



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 2, 2021 Vol. 2**

**2<sup>e</sup> cahier, 2021 Vol. 2**

Cited as [2021] 2 S.C.R. 291-570

Renvoi [2021] 2 R.C.S. 291-570

---

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

J. DAVID POWER

Acting Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire par intérim de la Cour suprême du Canada

General Counsel / Avocate générale  
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef  
GENEVIÈVE DOMEY

Senior Counsel / Avocate-conseil  
RENÉE MARIA TREMBLAY

Legal Counsel / Conseillers juridiques

MARYAM ARZANI  
ÉLOÏSE BENOIT  
AUDREY-ANNE BERGERON  
VALERIE DESJARLAIS  
ANNE DES ORMEAUX  
ANDRÉ GOLDENBERG

LEE ANN GORMAN  
LAUREN KOSHURBA  
KAREN LEVASSEUR  
EMILY K. MOREAU  
CRAIG MRACEK

IDA SMITH  
JACQUELINE STENCEL  
ANDREA SUURLAND  
LESLI TAKAHASHI  
CAMERON TAYLOR  
DIANE THERRIEN

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

Jurilinguists / Jurilinguistes

DAVID AUBRY  
STEPHEN BALOGH  
STÉPHANIE-CLAUDE BOUCHARD

MARIE-CHRISTIANE BOUCHER  
JULIE BOULANGER

LAURENCE ENDALE  
AUDRA POIRIER  
MARIE RODRIGUE

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques

CATHERINE BALOGH  
ANTHONY DELISLE

MYRIAM DUMAIS-DESROSIERS  
CHARLOTTE LAFONTAINE-DESPRÉS

Administrative Support Officer / Agente au soutien administratif  
KATHERINE LAURIN

Administrative Assistants / Adjoint administratifs

SÉBASTIEN GAGNÉ

KATHIA SÉGUIN

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

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



## CONTENTS

### **Reference re *Code of Civil Procedure* (Que.), art. 35 ..... 291**

Constitutional law — Courts — Provincial jurisdiction over administration of justice — Role of superior courts — Exclusive monetary jurisdiction over civil claims for less than \$85,000 granted to Court of Québec by provincial legislature — Whether grant of that exclusive jurisdiction is constitutional — Constitution Act, 1867, ss. 92(14), 96 — Code of Civil Procedure, CQLR, c. C-25.01, art. 35 para. 1.

### ***Southwind v. Canada* ..... 450**

Aboriginal law — Fiduciary duty — Reserve land — Remedy — Equitable compensation — Part of First Nation's reserve land flooded to power hydroelectricity generation without consent of First Nation, without compensation and without lawful authorization — Claim filed against Canada for breach of fiduciary duty and of obligations under Indian Act and applicable treaty — Trial judge concluding that Canada breached fiduciary duty to First Nation and awarding equitable compensation for loss of flooded land — Whether trial judge erred in assessment of equitable compensation.

### ***Corner Brook (City) v. Bailey* ..... 540**

Contracts — Interpretation — Releases — Scope of release — City employee struck by car — Driver suing city — Driver and city entering into release agreement to settle action — Driver subsequently bringing third party claim against city in separate action by employee against her — City applying for summary trial on basis that third party claim barred by release agreement — Application judge staying claim — Court of Appeal reinstating claim — Whether special interpretive rule applies to releases — Whether application judge made reviewable error in interpretation of release.

## SOMMAIRE

### **Renvoi relatif au *Code de procédure civile* (Qc), art. 35 ..... 291**

Droit constitutionnel — Tribunaux — Compétence provinciale en matière d'administration de la justice — Rôle des cours supérieures — Compétence pécuniaire exclusive sur les réclamations civiles de moins de 85 000 \$ attribuée à la Cour du Québec par le législateur provincial — L'attribution de cette compétence exclusive est-elle constitutionnelle? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(14), 96 — Code de procédure civile, RLRQ, c. C-25.01, art. 35 al. 1.

### ***Southwind c. Canada* ..... 450**

Droit des autochtones — Obligation fiduciaire — Terres de réserve — Réparation — Indemnisation en equity — Partie des terres de réserve d'une première nation inondée en vue de la production d'hydroélectricité sans le consentement de la première nation, sans indemnisation et sans autorisation légale — Action intentée contre le Canada pour manquement à l'obligation fiduciaire et aux obligations prévues dans la Loi des Indiens et le traité applicable — Juge de première instance concluant que le Canada a manqué à son obligation fiduciaire envers la première nation et accordant une indemnité en equity pour la perte des terres inondées — Le juge de première instance a-t-il commis une erreur dans son évaluation de l'indemnité en equity?

### ***Corner Brook (Ville) c. Bailey* ..... 540**

Contrats — Interprétation — Décharges de responsabilité — Portée d'une décharge de responsabilité — Employé de la ville heurté par un véhicule — Poursuites intentées contre la ville par la conductrice du véhicule — Accord de décharge de responsabilité conclu par la conductrice et la ville pour régler l'action à l'amiable — Demande de mise en cause présentée subséquemment contre la ville par la conductrice dans une action distincte intentée contre elle par l'employé — Requête en procès sommaire présentée par la ville pour cause d'irrecevabilité de la demande de mise en cause en raison de l'accord de décharge de responsabilité — Suspension de la demande de mise en cause ordonnée par le juge de la requête — Rétablissement de la demande par la Cour d'appel — Existe-t-il une règle spéciale d'interprétation applicable aux décharges de responsabilité? — Le juge de la requête a-t-il commis une erreur révisable dans son interprétation de la décharge de responsabilité?

**IN THE MATTER OF a Reference to the Court of Appeal of Quebec pertaining to the constitutional validity of the provisions of article 35 of the *Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25.01, which set at less than \$85,000 the exclusive monetary jurisdiction of the Court of Québec and to the appellate jurisdiction assigned to the Court of Québec**

**Conférence des juges de la Cour du Québec**  
*Appellant*

v.

**Chief Justice, Senior Associate Chief Justice and Associate Chief Justice of the Superior Court of Quebec** *Respondents*

and

**Attorney General of Canada,  
Attorney General of Ontario,  
Attorney General of Quebec,  
Attorney General of British Columbia,  
Attorney General of Alberta,  
Conseil de la magistrature du Québec,  
Canadian Association of Provincial  
Court Judges,  
Organisme d'autoréglementation du courtage  
immobilier du Québec,  
Canadian Council of Chief Judges,  
Trial Lawyers Association of British  
Columbia and  
Canadian Superior Courts Judges Association**  
*Intervenors*

- and -

**Attorney General of Quebec** *Appellant*

v.

**Chief Justice, Senior Associate Chief Justice and Associate Chief Justice of the Superior Court of Quebec** *Respondents*

**DANS L'AFFAIRE D'UN renvoi à la Cour d'appel du Québec portant sur la validité constitutionnelle des dispositions de l'article 35 du *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01, qui fixent à moins de 85 000 \$ la compétence pécuniaire exclusive de la Cour du Québec et sur la compétence d'appel attribuée à la Cour du Québec**

**Conférence des juges de la Cour du Québec**  
*Appelante*

c.

**Juge en chef, juge en chef associée et juge en chef adjointe de la Cour supérieure du Québec** *Intimés*

et

**Procureur général du Canada,  
procureur général de l'Ontario,  
procureur général du Québec,  
procureur général de la Colombie-Britannique,  
procureur général de l'Alberta,  
Conseil de la magistrature du Québec,  
Association canadienne des juges des  
cours provinciales,  
Organisme d'autoréglementation du courtage  
immobilier du Québec,  
Canadian Council of Chief Judges,  
Trial Lawyers Association of British  
Columbia et Association canadienne  
des juges des cours supérieures**  
*Intervenants*

- et -

**Procureur général du Québec** *Appellant*

c.

**Juge en chef, juge en chef associée et juge en chef adjointe de la Cour supérieure du Québec** *Intimés*

and

**Attorney General of Canada,  
Attorney General of Ontario,  
Attorney General of British Columbia,  
Attorney General of Alberta,  
Conseil de la magistrature du Québec,  
Canadian Association of Provincial Court  
Judges,  
Organisme d'autoréglementation du courtage  
immobilier du Québec,  
Conférence des juges de la Cour du Québec,  
Canadian Council of Chief Judges,  
Trial Lawyers Association of British  
Columbia and  
Canadian Superior Courts Judges Association**  
*Intervenors*

- and -

**Conseil de la magistrature du Québec**  
*Appellant*

v.

**Chief Justice, Senior Associate Chief Justice  
and Associate Chief Justice of  
the Superior Court of Quebec** *Respondents*

and

**Attorney General of Canada,  
Attorney General of Ontario,  
Attorney General of Quebec,  
Attorney General of British Columbia,  
Attorney General of Alberta,  
Canadian Association of Provincial Court  
Judges,  
Organisme d'autoréglementation du courtage  
immobilier du Québec,  
Conférence des juges de la Cour du Québec,  
Canadian Council of Chief Judges,**

et

**Procureur général du Canada,  
procureur général de l'Ontario,  
procureur général de la Colombie-  
Britannique,  
procureur général de l'Alberta,  
Conseil de la magistrature du Québec,  
Association canadienne des juges des cours  
provinciales,  
Organisme d'autoréglementation du courtage  
immobilier du Québec,  
Conférence des juges de la Cour du Québec,  
Canadian Council of Chief Judges,  
Trial Lawyers Association of British  
Columbia et Association canadienne  
des juges des cours supérieures**  
*Intervenants*

- et -

**Conseil de la magistrature du Québec**  
*Appelant*

c.

**Juge en chef, juge en chef associée et  
juge en chef adjointe de la Cour supérieure  
du Québec** *Intimés*

et

**Procureur général du Canada,  
procureur général de l'Ontario,  
procureur général du Québec,  
procureur général de la Colombie-  
Britannique,  
procureur général de l'Alberta,  
Association canadienne des juges des cours  
provinciales,  
Organisme d'autoréglementation du courtage  
immobilier du Québec,  
Conférence des juges de la Cour du Québec,**

**Trial Lawyers Association of British  
Columbia and  
Canadian Superior Courts Judges Association**  
*Intervenors*

**Canadian Council of Chief Judges,  
Trial Lawyers Association of British  
Columbia et Association canadienne  
des juges des cours supérieures**  
*Intervenants*

- and -

- et -

**Canadian Association of Provincial Court  
Judges** *Appellant*

**Association canadienne des juges des cours  
provinciales** *Appelante*

v.

c.

**Chief Justice, Senior Associate Chief Justice  
and Associate Chief Justice  
of the Superior Court of Quebec** *Respondents*

**Juge en chef, juge en chef associée et  
juge en chef adjointe de la Cour supérieure  
du Québec** *Intimés*

and

et

**Attorney General of Canada,  
Attorney General of Ontario,  
Attorney General of Quebec,  
Attorney General of British Columbia,  
Attorney General of Alberta,  
Conseil de la magistrature du Québec,  
Organisme d'autoréglementation du courtage  
immobilier du Québec,  
Conférence des juges de la Cour du Québec,  
Canadian Council of Chief Judges,  
Trial Lawyers Association of British  
Columbia and  
Canadian Superior Courts Judges Association**  
*Intervenors*

**Procureur général du Canada,  
procureur général de l'Ontario,  
procureur général du Québec,  
procureur général de la Colombie-Britannique,  
procureur général de l'Alberta,  
Conseil de la magistrature du Québec,  
Organisme d'autoréglementation du courtage  
immobilier du Québec,  
Conférence des juges de la Cour du Québec,  
Canadian Council of Chief Judges,  
Trial Lawyers Association of British  
Columbia et Association canadienne  
des juges des cours supérieures**  
*Intervenants*

- and -

- et -

**Chief Justice, Senior Associate Chief Justice and  
Associate Chief Justice of the Superior Court  
of Quebec** *Appellants*

**Juge en chef, juge en chef associée et  
juge en chef adjointe de la Cour supérieure  
du Québec** *Appelants*

v.

c.

**Attorney General of Quebec** *Respondent*

**Procureur général du Québec** *Intimé*

and

**Attorney General of Canada,  
Attorney General of Ontario,  
Attorney General of British Columbia,  
Attorney General of Alberta,  
Conseil de la magistrature du Québec,  
Canadian Association of Provincial Court  
Judges,  
Organisme d'autoréglementation du courtage  
immobilier du Québec and  
Conférence des juges de la Cour du Québec**  
*Intervenors*

**INDEXED AS: REFERENCE RE CODE OF CIVIL  
PROCEDURE (QUE.), ART. 35**

**2021 SCC 27**

File No.: 38837.

2020: September 24; 2021: June 30.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
QUEBEC**

*Constitutional law — Courts — Provincial jurisdiction over administration of justice — Role of superior courts — Exclusive monetary jurisdiction over civil claims for less than \$85,000 granted to Court of Québec by provincial legislature — Whether grant of that exclusive jurisdiction is constitutional — Constitution Act, 1867, ss. 92(14), 96 — Code of Civil Procedure, CQLR, c. C-25.01, art. 35 para. 1.*

On January 1, 2016, art. 35 para. 1 of Quebec's new *Code of Civil Procedure* came into force. This provision grants the Court of Québec exclusive jurisdiction over all civil disputes in which the value of the subject matter or the amount being claimed is less than \$85,000. The Chief Justice, Senior Associate Chief Justice and Associate Chief Justice of the Superior Court of Quebec filed an originating application seeking a declaratory judgment of unconstitutionality of art. 35 para. 1 *C.C.P.* in the Superior Court. In their submission, the provision is incompatible with s. 96 of the *Constitution Act, 1867*, because its effect

et

**Procureur général du Canada,  
procureur général de l'Ontario,  
procureur général de la Colombie-  
Britannique,  
procureur général de l'Alberta,  
Conseil de la magistrature du Québec,  
Association canadienne des juges des cours  
provinciales,  
Organisme d'autoréglementation du courtage  
immobilier du Québec et  
Conférence des juges de la Cour du Québec**  
*Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : RENVOI RELATIF AU CODE DE  
PROCÉDURE CIVILE (QC), ART. 35**

**2021 CSC 27**

N° du greffe : 38837.

2020 : 24 septembre; 2021 : 30 juin.

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

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC**

*Droit constitutionnel — Tribunaux — Compétence provinciale en matière d'administration de la justice — Rôle des cours supérieures — Compétence pécuniaire exclusive sur les réclamations civiles de moins de 85 000 \$ attribuée à la Cour du Québec par le législateur provincial — L'attribution de cette compétence exclusive est-elle constitutionnelle? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(14), 96 — Code de procédure civile, RLRQ, c. C-25.01, art. 35 al. 1.*

Le 1<sup>er</sup> janvier 2016, l'art. 35 al. 1 du nouveau *Code de procédure civile* du Québec est entré en vigueur. Cette disposition confère à la Cour du Québec une compétence exclusive pour tout litige en matière civile dont la valeur de l'objet ou la somme réclamée est inférieure à 85 000 \$. Le juge en chef, la juge en chef associée et la juge en chef adjointe de la Cour supérieure du Québec ont déposé une demande introductive d'instance à la Cour supérieure, recherchant une déclaration d'inconstitutionnalité de l'art. 35 al. 1 *C.p.c.* Selon eux, cette disposition serait incompatible avec l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle*



is to deny Quebec litigants the right to file any civil claim in the Superior Court in which the value of the subject matter of the dispute is less than \$85,000, thereby preventing the Superior Court from stating and advancing the law with respect to such claims. They also contested the appellate jurisdiction granted to the Court of Québec with respect to certain administrative decisions on the basis that the requirement of deference recognized in the case law is incompatible with the superior courts' power of judicial review.

In response to those legal proceedings, the Quebec government filed with the Court of Appeal, by order in council, a notice of reference submitting two questions to it: (1) Is art. 35 para. 1 *C.C.P.* valid with regard to s. 96 of the *Constitution Act, 1867*? and (2) Is the application of the obligation of judicial deference, which characterizes the application for judicial review, to administrative appeals to the Court of Québec compatible with s. 96 of the *Constitution Act, 1867*?

On the first question, the Court of Appeal concluded that art. 35 *C.C.P.* is unconstitutional because it infringes on the core jurisdiction of the Superior Court to adjudicate certain substantial civil disputes. On the second question, however, it was of the view that applying the obligation of judicial deference to administrative appeals to the Court of Québec is compatible with s. 96. This is because the Superior Court retains its full superintending and reforming power over administrative decisions and decisions of inferior tribunals as well as its fundamental role as the guardian of an independent and unified system of justice in Canada. The Conférence des juges de la Cour du Québec, the Conseil de la magistrature du Québec and the Canadian Association of Provincial Court Judges, which were interveners in the Court of Appeal, and the Attorney General of Quebec appeal to the Court as of right on the first question. The Chief Justice, Senior Associate Chief Justice and Associate Chief Justice of the Superior Court of Quebec, who also intervened in the Court of Appeal, appeal to the Court as of right on the second question.

*Held* (Wagner C.J. and Rowe J. dissenting in part and Abella J. dissenting): The appeals should be dismissed.

*Per* Moldaver, Karakatsanis, Côté and Martin JJ.: Article 35 para. 1 *C.C.P.* is unconstitutional. The monetary limit of the jurisdiction granted to the Court of Québec is too high when considered in its historical and institutional contexts. Because this grant has the effect of

*de 1867*, puisqu'elle a pour effet de nier aux justiciables québécois le droit de s'adresser à la Cour supérieure pour toute demande en matière civile dont la valeur de l'objet en litige est inférieure à 85 000 \$, empêchant ainsi la Cour supérieure d'énoncer et de faire évoluer le droit à l'égard de ces réclamations. Ils ont également contesté la compétence d'appel attribuée à la Cour du Québec à l'égard de certaines décisions administratives, au motif que l'obligation de déférence reconnue par la jurisprudence y étant liée serait incompatible avec le pouvoir de contrôle judiciaire des cours supérieures.

En réponse à ces procédures judiciaires, le gouvernement du Québec a déposé à la Cour d'appel, par décret, un Avis de renvoi, lui soumettant deux questions : (1) l'art. 35 al. 1 *C.p.c.* est-il valide au regard de l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*? et (2) l'application de l'obligation de déférence judiciaire, qui caractérise le pourvoi en contrôle judiciaire, aux appels administratifs à la Cour du Québec est-elle compatible avec l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Quant à la première question, la Cour d'appel a conclu que l'art. 35 *C.p.c.* est inconstitutionnel, puisqu'il entrave la compétence fondamentale de la Cour supérieure de trancher certains différends substantiels en matière civile. Par contre, en ce qui concerne la deuxième question, elle s'est dite d'avis que l'application de l'obligation de déférence judiciaire aux appels administratifs à la Cour du Québec est compatible avec l'art. 96, puisque la Cour supérieure conserve l'intégralité de son propre pouvoir de surveillance et de contrôle sur l'administration et les instances inférieures ainsi que son rôle fondamental de veiller à une justice indépendante et unifiée au Canada. La Conférence des juges de la Cour du Québec, le Conseil de la magistrature du Québec et l'Association canadienne des juges des cours provinciales, qui étaient intervenus devant la Cour d'appel, ainsi que le procureur général du Québec font appel de plein droit devant la Cour sur la première question. Le juge en chef, la juge en chef associée et la juge en chef adjointe de la Cour supérieure du Québec, qui étaient également intervenus devant la Cour d'appel, font appel de plein droit devant la Cour sur la deuxième question.

*Arrêt* (le juge en chef Wagner et le juge Rowe sont dissidents en partie et la juge Abella est dissidente) : Les pourvois sont rejetés.

*Les juges* Moldaver, Karakatsanis, Côté et Martin : L'article 35 al. 1 *C.p.c.* est inconstitutionnel. Le seuil pécuniaire de la compétence attribuée à la Cour du Québec est trop élevé, lorsque considéré dans son contexte historique et institutionnel. Cette attribution ayant pour effet

transforming the Court of Québec into a prohibited parallel court, the transfer of jurisdiction contemplated by art. 35 para. 1 *C.C.P.* exceeds the limits established by s. 96 of the *Constitution Act, 1867*. The question concerning the Court of Québec's application of the obligation of judicial deference when it hears an appeal from certain administrative decisions does not need to be answered, since it is now moot as a result of *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653, and the coming into force of s. 83.1 of the *Quebec Courts of Justice Act*.

The purpose of s. 96 of the *Constitution Act, 1867* is to give effect to the compromise reached at Confederation by protecting the special status of the superior courts of general jurisdiction as the cornerstone of Canada's unitary justice system. The principles of national unity and the rule of law are central to this organization of the judiciary.

Protecting the superior courts' status reinforces the national character of the Canadian judicial system. The superior courts form a network of related courts whose role is to unify and ensure the uniformity of justice in Canada. Protecting the essence of the superior courts thus preserves uniformity throughout the country in the judicial system.

The rule of law is maintained through the separation of judicial, legislative and executive functions. This separation allows the courts to implement the three fundamental facets of the rule of law: equality of all before the law, the creation and maintenance of an actual order of positive laws, and oversight of the exercise of public powers. Historically, the superior courts had primary responsibility for this task. Thus, in order to preserve the superior courts' role as the cornerstone of the judicial system, they must be able to continue acting as primary guardians of the rule of law. This role falls to them because they are ideally placed to ensure the maintenance of the rule of law. Because of their independence and national character, they are best suited to resolving disputes over the division of powers between the provinces and the federal government and ensuring that government actions do not conflict with the fundamental rights of citizens. Moreover, the superior courts' existence and status enjoy constitutional protection against legislative interference. Subject to constitutional guarantees of judicial independence, legislatures may abolish courts with provincially appointed judges or seriously fetter their powers without falling afoul of the Constitution, whereas superior courts are constitutionally protected from such legislative interference. Only the

de transformer la Cour du Québec en une cour parallèle prohibée, le transfert de compétence envisagé par l'art. 35 al. 1 *C.p.c.* excède les limites établies par l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La question portant sur l'application par la Cour du Québec de l'obligation de déférence judiciaire lorsqu'elle siège en appel de certaines décisions administratives ne nécessite pas de réponse, puisqu'elle est devenue théorique en raison du prononcé de l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653, ainsi que de l'entrée en vigueur de l'art. 83.1 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* du Québec.

L'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* vise à donner substance au compromis conclu à l'époque de la Confédération en protégeant le statut particulier des cours supérieures de juridiction générale à titre de pierre angulaire du système de justice unitaire canadien. Les principes de l'unité nationale et de la primauté du droit occupent une place centrale dans cette organisation judiciaire.

La protection du statut des cours supérieures renforce le caractère national du système judiciaire canadien. Les cours supérieures forment un réseau de tribunaux connexes ayant pour rôle d'unifier et d'uniformiser la justice au Canada. En protégeant l'essence des cours supérieures, l'uniformité du système judiciaire dans tout le pays est ainsi préservée.

La primauté du droit est maintenue grâce à la séparation des fonctions judiciaire, législative et exécutive. Cette séparation permet aux cours de justice de mettre en œuvre les trois facettes fondamentales de la primauté du droit que sont l'égalité de tous devant la loi, la création et le maintien d'un ordre réel de droit positif et la surveillance de l'exercice des pouvoirs publics. Historiquement, cette tâche relevait d'abord des cours supérieures. Ainsi, afin de préserver le rôle des cours supérieures à titre de pierre angulaire du système judiciaire, ces dernières doivent pouvoir continuer d'agir comme les premières gardiennes de la primauté du droit. Ce rôle leur revient, puisqu'elles sont dans une position idéale pour assurer le maintien de la primauté du droit. En raison de leur indépendance et caractère national, elles sont mieux outillées pour trancher les litiges en matière de partage de compétences entre les ordres provincial et fédéral et pour veiller à ce que l'action étatique soit conforme aux droits fondamentaux des citoyens. De plus, l'existence et le statut des cours supérieures sont garantis par la Constitution à l'encontre des ingérences législatives. Sous réserve des garanties constitutionnelles d'indépendance judiciaire, les législatures peuvent abolir les cours de nomination provinciale ou sérieusement entraver leurs pouvoirs sans que la Constitution n'y fasse

superior courts have constitutionally protected inherent powers that flow from their very nature, and the particular purpose of those powers is to enable the superior courts to ensure the maintenance of the rule of law in Canada's legal system. Finally, the superior courts have residual jurisdiction as courts of original general jurisdiction, meaning they may — without statutory authorization — hear any matter that has not been assigned to a statutory court, and this provides them with a comprehensive view of the law, allowing them to preserve the coherence of the judicial system and set its overall directions.

To ensure s. 96 of the *Constitution Act, 1867* can play its role to the fullest extent and achieve its purpose, the Court has developed a number of tests over the years in accordance with the living tree doctrine. The jurisprudence on s. 96 must thus not cause judicial functions to be frozen in an 1867 mould, and adaptations must be permitted to allow the legislatures scope to deal effectively with emerging social problems and concerns. However, despite this process of liberalization that has made it possible for s. 96 to be adapted to modern realities, the Court has consistently reiterated the prohibition against establishing parallel courts that usurp the functions reserved to superior courts, as such parallel courts would eviscerate the protection afforded by s. 96.

In *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714, the Court articulated the three-step test that limits the granting of power or jurisdiction over a type of dispute where, at the time of Confederation, the power or jurisdiction came exclusively or primarily within the remit of the superior courts. According to this test, it must first be determined whether the transferred jurisdiction conforms to a jurisdiction that was dominated by superior, district or county courts at the time of Confederation. If so, it must be asked whether the jurisdiction in question was exercised in the context of a judicial function and, if the answer is yes, whether the jurisdiction is either subsidiary or ancillary to an administrative function or necessarily incidental to the achievement of a broader policy goal of the legislature.

Before a court proceeds with the first step of the test, it must characterize the jurisdiction at issue. In this case, the jurisdiction granted to the Court of Québec by art. 35 para. 1 *C.C.P.* must be characterized as one over civil disputes concerning contractual and extracontractual

obstacle, tandis que les cours supérieures sont protégées par la Constitution contre ce type d'ingérence législative. En effet, seules les cours supérieures disposent de pouvoirs inhérents protégés constitutionnellement et découlant de leur nature même, ayant spécialement pour objectif de leur permettre d'assurer la primauté du droit au sein du système juridique canadien. Enfin, les cours supérieures sont pourvues d'une compétence résiduelle à titre de tribunal de droit commun leur permettant d'entendre toute affaire non confiée à un tribunal statutaire sans avoir besoin d'une habilitation législative, ce qui leur confère une perspective globale sur le droit à partir de laquelle elles peuvent assurer la cohérence du système judiciaire et en définir les grandes orientations.

Pour que l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* puisse jouer pleinement son rôle et atteindre son objet, la Cour a développé plusieurs tests au fil des années, conformément à la théorie de l'arbre vivant. La jurisprudence de l'art. 96 ne doit donc pas avoir pour effet de figer les fonctions judiciaires dans un moule datant de 1867 et des adaptations doivent être permises de façon à donner aux législatures la possibilité de faire face aux nouveaux problèmes et intérêts sociaux. Toutefois, nonobstant ce processus de libéralisation ayant permis à l'art. 96 de s'adapter à la réalité moderne, l'interdiction d'établir des cours parallèles qui usurpent les fonctions réservées aux cours supérieures a constamment été réitérée par la Cour, puisque de telles cours parallèles ont l'effet de rendre lettre morte la protection conférée par l'art. 96.

La Cour a articulé dans le *Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714, le test en trois volets qui restreint l'attribution d'un pouvoir ou d'une compétence sur un type de différend quand, à l'époque de la Confédération, ce pouvoir ou cette compétence relevaient exclusivement ou principalement des cours supérieures. Selon ce test, il convient d'abord de déterminer si le domaine de compétence transféré correspond à un domaine de compétence dont l'exercice était, au moment de la Confédération, dominé par les cours supérieures, de district ou de comté. Le cas échéant, il faut voir si ce domaine de compétence était exercé dans le cadre d'une fonction judiciaire, et, si oui, si ce domaine est complémentaire ou accessoire à une fonction administrative ou nécessairement inséparable de la réalisation des objectifs plus larges de la législature.

Avant d'aborder la première étape du test, il convient de qualifier la compétence en cause. En l'espèce, la compétence attribuée à la Cour du Québec par l'art. 35 al. 1 *C.p.c.* doit être qualifiée de compétence sur les litiges civils en matière d'obligations contractuelles et extracontractuelles.

obligations. While this characterization is not narrow as required by *Sobeys Stores Ltd. v. Yeomans and Labour Standards Tribunal (N.S.)*, [1989] 1 S.C.R. 238, its generality is a product of the expansive language of art. 35 para. 1 *C.C.P.*

The result of applying the first step of the test to this case is that there was a general shared involvement or a meaningful concurrency of power in the area of jurisdiction at issue: three of the four founding provinces' inferior courts had, at the time of Confederation, sufficient practical involvement in matters relating to contractual and extracontractual obligations. Accordingly, the *Residential Tenancies* test does not lead to the conclusion that art. 35 para. 1 *C.C.P.* is unconstitutional with respect to the types of disputes in question. It is therefore unnecessary to proceed to the second and third steps.

A characterization like the one required by the provision at issue inappropriately favours a finding of general shared involvement, which leads to a rather strange result: the broader a grant of jurisdiction, the greater the chance that it will escape the restrictions of the *Residential Tenancies* test. Thus, even though it was developed to prohibit the creation of parallel courts, that test does not deal effectively with the very jurisdiction-granting provisions that are the most likely to establish such courts because of their generality. This is why such a grant requires a tailored analytical framework for the purpose of determining whether a parallel court that undermines the role of the superior courts has been created.

It is therefore necessary to apply a second test, the core jurisdiction test adopted in *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725, which must be adapted to better reflect the principles underlying s. 96. This second test aims to do more than simply protect historical jurisdiction, as its purpose is to determine whether a grant of jurisdiction infringes on the superior courts' core jurisdiction either through an alteration of their essential nature or because they are prevented from playing their central role conferred by s. 96. Depending on the circumstances, there are various factors that can be helpful when it comes to determining whether, by granting a jurisdiction to a court with provincially appointed judges, a legislature has created a prohibited parallel court that impairs the superior court by preventing it from playing its constitutional role.

The core jurisdiction of the superior courts includes their ability to act as courts of original general jurisdiction, that is, to hear and determine matters not exclusively assigned by law to other courts. It therefore encompasses, by necessary implication, general jurisdiction over private

Bien que cette qualification ne soit pas étroite comme le requiert l'arrêt *Sobeys Stores Ltd. c. Yeomans et Labour Standards Tribunal (N.-É.)*, [1989] 1 R.C.S. 238, son niveau de généralité provient du libellé très englobant de l'art. 35 al. 1 *C.p.c.*

Appliquant le premier volet du test, il existe en l'espèce un engagement général partagé ou une compétence concurrente appréciable dans le domaine de la compétence en litige : les tribunaux inférieurs de trois des quatre provinces fondatrices exerçaient, au moment de la Confédération, un engagement pratique suffisant en matière d'obligations contractuelles et extracontractuelles. Par conséquent, le test du *Renvoi sur la location résidentielle* ne rend pas l'art. 35 al. 1 *C.p.c.* inconstitutionnel quant aux types de différends concernés, de sorte qu'il n'est pas nécessaire de passer aux deuxième et troisième volets.

Une qualification comme celle imposée par la disposition en cause favorise indûment une conclusion d'engagement général partagé, ce qui mène à un résultat plutôt incongru : plus l'attribution d'une compétence est vaste, plus elle risque d'échapper aux restrictions formulées par le test du *Renvoi sur la location résidentielle*. Ainsi, bien qu'il ait été conçu pour interdire la création de cours parallèles, ce test ne traite pas de manière efficace du type de dispositions attributives de compétence qui sont justement, par leur degré de généralité, les plus enclines à établir des cours parallèles. C'est pourquoi une telle attribution requiert un cadre d'analyse adapté afin de déterminer si une cour parallèle minant le rôle des cours supérieures a été créée.

Il y a donc lieu d'appliquer un second test, celui de la compétence fondamentale reconnu dans l'arrêt *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725, qu'il convient d'adapter pour mieux refléter les principes qui sous-tendent l'art. 96. Ce second test vise un objectif plus large que la protection des compétences historiques et cherche à déterminer si une attribution de compétence porte atteinte à la compétence fondamentale des cours supérieures, soit en changeant la nature essentielle de ces cours, soit en les empêchant de jouer le rôle central qui leur incombe en vertu de l'art. 96. Différents facteurs, selon le contexte, peuvent s'avérer utiles pour déterminer si, en attribuant une compétence à une cour de nomination provinciale, une législature a établi une cour parallèle prohibée qui affaiblit la cour supérieure en l'empêchant de remplir son rôle constitutionnel.

La compétence fondamentale des cours supérieures comprend leur capacité d'agir à titre de tribunal de droit commun, c'est-à-dire de connaître des affaires que la loi n'attribue pas exclusivement à d'autres tribunaux. Elle englobe donc, par déduction nécessaire, une compétence

law matters, which must be accompanied by a subject-matter jurisdiction that is broad enough to preserve the superior courts' role in providing jurisprudential guidance on private law. This requires significant involvement in the resolution of disputes falling under the most fundamental branches of private law, such as property law, the law of succession and the law of obligations. A province may assign portions or offshoots of these fields to courts whose judges it appoints, but cannot limit the superior court's involvement significantly without contravening s. 96.

In this case, the weighing of the six relevant factors leads to the conclusion that the grant to the Court of Québec of exclusive jurisdiction over civil claims for less than \$85,000 prevents the Quebec Superior Court from playing its role under s. 96 in cases concerning private law matters.

First of all, the scope of the jurisdiction granted to the Court of Québec is indicative of a significant encroachment on the general private law jurisdiction of the superior courts of general jurisdiction. Article 35 para. 1 *C.C.P.* grants to the Court of Québec almost the entirety of the law of obligations, the real heart of private law, for claims of less than \$85,000. Based on its scope and because of the fundamental nature of the field of law in question, the block of jurisdiction granted to the Court of Québec is unquestionably similar to the general private law jurisdiction exercised by the superior courts of general jurisdiction.

The exclusivity of the transfer accentuates the encroachment on the core jurisdiction of the superior courts. In this case, civil suits concerning contractual and extracontractual matters for less than \$85,000 have been removed from the Superior Court's jurisdiction, thereby undermining its role as the cornerstone of a unitary system of justice. The role left to the Quebec Superior Court in this field is minimal in comparison with the role of superior courts elsewhere in Canada.

The monetary ceiling of less than \$85,000 fixed by art. 35 para. 1 *C.C.P.* represents an increase of approximately 29 percent over the historical ceiling of \$100, which corresponds in today's dollars to an amount of between \$63,698 and \$66,008. It is true that this increase is not clearly disproportionate to the historical ceiling, and the adopted amount can reasonably be connected to that ceiling insofar as it falls into a similar range. However, a monetary limit is merely one of several factors to weigh, and it cannot be determinative in itself. It must therefore be analyzed in its context and in light of the other factors.

générale en matière de droit privé, laquelle doit s'accompagner d'une juridiction matérielle suffisamment étendue pour préserver le rôle des cours supérieures de développer la jurisprudence en matière de droit privé. Cela requiert un engagement appréciable dans la résolution des litiges relevant des branches les plus fondamentales du droit privé comme le droit des biens, le droit successoral ou le droit des obligations. Une province peut confier des portions ou des ramifications de ces domaines à des tribunaux dont elle nomme les juges, mais elle ne peut restreindre de façon importante l'engagement de la cour supérieure sans contrevenir à l'art. 96.

En l'espèce, la mise en balance des six facteurs pertinents mène à la conclusion que l'attribution à la Cour du Québec d'une compétence exclusive sur les réclamations civiles de moins de 85 000 \$ empêche la Cour supérieure du Québec de jouer le rôle qui lui incombe en vertu de l'art. 96 en matière de droit privé.

D'abord, l'étendue de la compétence attribuée à la Cour du Québec tend à démontrer un empiètement significatif sur la compétence générale en droit privé des cours supérieures de juridiction générale. L'article 35 al. 1 *C.p.c.* attribue à la Cour du Québec la quasi-totalité du droit des obligations, véritable cœur du droit privé, pour les réclamations inférieures à 85 000 \$. Par son étendue et par le caractère fondamental du domaine de droit concerné, le bloc de compétence attribué à la Cour du Québec s'apparente indéniablement à la compétence générale de droit privé qu'exercent les cours supérieures de juridiction générale.

Le caractère exclusif du transfert accentue l'empiètement sur la compétence fondamentale des cours supérieures. En l'espèce, les poursuites civiles en matière contractuelle et extracontractuelle de moins de 85 000 \$ ont été retirées de la compétence de la Cour supérieure, entravant son rôle comme pilier d'un système de justice unitaire. Le rôle laissé à la Cour supérieure du Québec dans ce domaine est minime en comparaison avec celui des cours supérieures ailleurs au Canada.

Le plafond pécuniaire de moins de 85 000 \$ fixé par l'art. 35 al. 1 *C.p.c.* représente une hausse d'environ 29 p. 100 par rapport au plafond pécuniaire historique de 100 \$, qui correspond en dollars d'aujourd'hui à une somme se situant entre 63 698 \$ et 66 008 \$. Certes, cette augmentation n'est pas manifestement hors de proportion avec ce plafond et le montant adopté peut raisonnablement s'y rattacher dans la mesure où il appartient à un même ordre de grandeur. Mais le seuil pécuniaire n'est qu'un facteur parmi d'autres à soupeser, et il ne saurait revêtir un caractère déterminant en soi. Il faut donc l'analyser dans son contexte et à la lumière des autres facteurs.

The fact that there is no accessible appeal mechanism that would enable the superior court of general jurisdiction to review decisions of the Court of Québec reinforces the conclusion that the two courts are parallel. This means that there is no hierarchical distinction between the two courts and the superior court of general jurisdiction has no sway over decisions of the court with provincially appointed judges. Furthermore, given that the threshold for an appeal as of right is fixed at \$60,000, litigants who wish to have decisions of the Court of Québec reviewed must, in most cases, go through a screening process in order to obtain leave to appeal. The Court of Québec's decisions are thus, to some extent, more shielded from appellate review than those of the Superior Court. This factor suggests that art. 35 para. 1 *C.C.P.* transforms the Court of Québec into a prohibited parallel court that undermines the role of the superior court of general jurisdiction.

Finally, the statistical evidence produced in this case does not make it possible to determine with certainty that art. 35 para. 1 *C.C.P.* has only a minimal impact on the Superior Court's caseload in the area of obligations. Similarly, no evidence was tendered to show that a ceiling of less than \$85,000 is needed in order to achieve an important societal objective such as promoting access to justice.

In its current form, therefore, art. 35 para. 1 *C.C.P.* is not valid with regard to s. 96, given that it encroaches impermissibly on the role the Constitution reserves to the superior court of general jurisdiction.

*Per* Wagner C.J. and Rowe J. (dissenting in part): The appeals relating to the first question should be allowed, but the appeal relating to the second question should be dismissed. Article 35 *C.C.P.* is not contrary to s. 96 of the *Constitution Act, 1867*. When properly characterized in terms of its subject matter, the jurisdiction conferred by art. 35 *C.C.P.* on the Court of Québec is civil jurisdiction over contractual and extracontractual obligations. This jurisdiction was not vested exclusively in the s. 96 courts at the time of Confederation. Moreover, art. 35 *C.C.P.* does not remove from the Quebec Superior Court any power that is within its core jurisdiction.

Sections 96 and 92(14) of the *Constitution Act, 1867*, taken together, reflect one of the important compromises reached by the Fathers of Confederation with respect to the administration of justice in Canada. On the one hand, s. 92(14) gives each province the power and responsibility to legislate in relation to the administration of justice,

L'absence d'un mécanisme d'appel accessible qui permettrait à la cour supérieure de juridiction générale de contrôler les décisions rendues par la Cour du Québec renforce la conclusion quant au parallélisme entre les deux cours. Cela signifie qu'il n'y a aucune différenciation hiérarchique entre les deux cours et que les décisions rendues par la cour de nomination provinciale échappent à l'emprise de la cour supérieure de juridiction générale. De plus, considérant que le seuil d'appel de plein droit est fixé à 60 000 \$, les justiciables souhaitant faire contrôler les décisions de la Cour du Québec doivent, dans la majorité des cas, passer par un filtre préalable afin d'obtenir la permission d'en appeler. Les décisions de la Cour du Québec sont donc, dans une certaine mesure, plus à l'abri du contrôle en appel que celles de la Cour supérieure. Ce facteur tend à indiquer que l'art. 35 al. 1 *C.p.c.* transforme la Cour du Québec en une cour parallèle prohibée qui entrave le rôle de la cour supérieure de juridiction générale.

Enfin, la preuve statistique produite en l'espèce ne permet pas de déterminer avec certitude que l'art. 35 al. 1 *C.p.c.* n'a qu'un impact minime sur le volume de dossiers de la Cour supérieure en matière d'obligations. De même, aucune preuve n'a été apportée quant à la nécessité d'un plafond de moins de 85 000 \$ pour atteindre un objectif social important tel que la promotion de l'accès à la justice.

Ainsi, sous sa forme actuelle, l'art. 35 al. 1 *C.p.c.* n'est pas valide au regard de l'art. 96, considérant qu'il empiète de façon inacceptable sur le rôle que la Constitution réserve à la cour supérieure de juridiction générale.

*Le juge en chef Wagner et le juge Rowe (dissidents en partie)* : Les appels portant sur la première question devraient être accueillis, mais le pourvoi portant sur la seconde question devrait être rejeté. L'article 35 *C.p.c.* ne contrevient pas à l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Adéquatement qualifiée en fonction de son objet, la compétence que confère l'art. 35 *C.p.c.* à la Cour du Québec est une compétence en matière civile sur des obligations contractuelles et extracontractuelles. Cette compétence n'appartenait pas exclusivement aux cours visées par l'art. 96 à l'époque de la Confédération. De plus, l'art. 35 *C.p.c.* ne retire à la Cour supérieure du Québec aucun pouvoir relevant de sa compétence fondamentale.

L'article 96 et le par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867* reflètent ensemble un des compromis importants dont ont convenu les Pères de la Confédération en ce qui concerne l'administration de la justice au Canada. D'une part, suivant le par. 92(14), chaque province a le pouvoir et la responsabilité de légiférer à l'égard de l'administration

including for the purpose of creating, transforming or abolishing judicial offices. The provinces' power is a wide one that gives them a great deal of flexibility, allowing them, among other things, to organize their courts in a manner that favours access to justice and strengthens public confidence in the judiciary while at the same time taking their specific needs and challenges into account. On the other hand, this provincial power is subject to what s. 96 subtracts in favour of Parliament, including the power to appoint the judges of the superior courts in each province. This power of appointment implicitly limits provincial competence to endow a provincial tribunal with the powers of s. 96 courts. However, it does not follow that s. 96 freezes the civil jurisdiction of the inferior courts at what it was at the time of Confederation. The scope of s. 96 remains limited to what is necessary to ensure that the underlying objectives of the Confederation compromise are achieved, and primarily the objective of ensuring a unified judicial presence throughout Canada. Section 96 should therefore not be given an overly broad scope that would unduly limit the provinces' ability to address complex and emerging legislative challenges related to the administration of justice.

The s. 96 analytical framework has two stages, which are concerned with the historical jurisdiction and the core jurisdiction of the superior courts. In accordance with *Residential Tenancies*, the first stage of the s. 96 analytical framework is to determine whether the grant of jurisdiction in question is permissible. The second stage is to decide whether the Superior Court's jurisdiction can be ousted, that is, whether an exclusive grant of jurisdiction is permissible.

The analytical framework for the historical jurisdiction of the superior courts consists of a three-step analysis that serves to determine the constitutionality of a provincial grant of jurisdiction. The first step, the historical test, involves answering the following question: Does the impugned power or jurisdiction broadly conform to an exclusive power or jurisdiction exercised by the superior, district or county courts at the time of Confederation? In the application of this test, all courts that existed in pre-Confederation Canada must be considered, and not only those of the province in question. If the impugned jurisdiction was exercised concurrently by the superior and inferior courts at the time of Confederation, it must be determined whether the inferior courts had a general shared involvement or a meaningful concurrency of power in this regard. If so, the grant will be considered valid under

de la justice, notamment pour créer, transformer et abolir des charges judiciaires. Il s'agit d'un pouvoir étendu, lequel accorde aux provinces une grande marge de manœuvre, qui leur permet notamment d'organiser leurs tribunaux d'une manière propre à favoriser l'accès à la justice et à renforcer la confiance du public envers le pouvoir judiciaire, tout en tenant compte de leurs besoins et défis spécifiques. D'autre part, ce pouvoir provincial est assujéti aux soustractions opérées par l'art. 96 en faveur du législateur fédéral, notamment le pouvoir de nommer les juges des cours supérieures dans chaque province. Ce pouvoir de nomination restreint implicitement la compétence des provinces de conférer les pouvoirs des cours visées à l'art. 96 à un tribunal provincial. Toutefois, il ne s'ensuit pas pour autant que l'art. 96 fige la compétence civile des tribunaux inférieurs à celle qu'ils possédaient au moment de la Confédération. La portée de l'art. 96 demeure restreinte à ce qui est nécessaire pour garantir la réalisation des objectifs sous-jacents du compromis confédératif, dont principalement celui d'assurer une présence judiciaire unifiée dans l'ensemble du Canada. Il faut en conséquence éviter d'attribuer à l'art. 96 une portée démesurée, qui limiterait indûment la capacité des provinces de relever des défis législatifs complexes et émergents en matière d'administration de la justice.

Le cadre d'analyse de l'art. 96 comprend deux étapes, soit celles liées à la compétence historique et à la compétence fondamentale des cours supérieures. Conformément au *Renvoi sur la location résidentielle*, la première étape du cadre d'analyse de l'art. 96 consiste à déterminer si l'attribution de compétence en cause est permise. La deuxième étape consiste à décider si la compétence de la Cour supérieure peut être écartée, c'est-à-dire déterminer si une attribution exclusive de compétence est permise.

Le cadre d'analyse de la compétence historique des cours supérieures consiste en une analyse à trois volets qui permet de statuer sur la constitutionnalité d'une attribution de compétence par une province. Le premier volet, soit le critère historique, consiste à répondre à la question suivante : Est-ce que le pouvoir ou la compétence qu'on attaque correspond de façon générale à un pouvoir ou à une compétence de nature exclusive qu'exerçaient les cours supérieures, de district ou de comté au moment de la Confédération? Aux fins d'application de ce critère, il faut tenir compte de tous les tribunaux qui existaient jadis dans le Canada préconfédératif, et non seulement ceux de la province concernée. Si, à l'époque de la Confédération, la compétence contestée était exercée de manière concurrente par les cours supérieures et inférieures, il faut déterminer s'il existait un engagement général partagé ou

the historical test. On the other hand, if the jurisdiction was exclusive to the superior courts, then it is necessary to proceed to the second and third steps of the analytical framework.

The application of the historical test must begin with a proper characterization of the jurisdiction in issue. The characterization of the impugned jurisdiction must go beyond a technical analysis of remedies, it must not be focused on the particular remedy sought, and its effect must not be to freeze the jurisdiction of the inferior courts at what it was in 1867. In addition, the allegedly exclusive nature of the jurisdiction cannot be included in its characterization. If a grant of jurisdiction satisfies both stages of the s. 96 analytical framework, then it can be exclusive. The exclusivity of the grant therefore results from the fact that both stages are met. It cannot be allowed to influence the analysis by being included in the characterization prematurely.

A proper characterization of the jurisdiction in issue must be focused rather on the type of dispute, the area of jurisdiction and the subject-matter of the decision. This is a crucial question, as the manner in which the jurisdiction in issue is characterized can be determinative in the application of the historical test. Monetary limits are only one factor in the overall assessment among several others, including the geographic reach of the jurisdiction and the range of disputes the court could decide. There are two additional factors for assessing the extent of the courts' shared involvement in exercising the jurisdiction in question, namely the percentage of the population that would have used the inferior courts and the frequency with which disputes amenable to their process arose. Depending on the context, certain factors will have more weight than others.

The second stage of the s. 96 analytical framework, that is, the analysis of the core jurisdiction of the superior courts, requires that two questions be answered. First, is the power in question within the core jurisdiction of the superior courts? Second, does the law have the effect of removing the power from their core jurisdiction?

The core jurisdiction of the superior courts comprises those powers which are essential to the administration of justice and the maintenance of the rule of law. This jurisdiction is therefore a very narrow one which includes

une compétence concurrente appréciable des tribunaux inférieurs à ce sujet, auquel cas, l'attribution sera jugée valide selon le critère historique. Par contre, s'il s'agit d'une compétence exclusive des cours supérieures, il faut alors procéder aux deuxième et troisième volets du cadre d'analyse.

Dans l'examen du critère historique, il faut d'abord qualifier adéquatement la compétence en cause. La qualification de la compétence contestée ne doit pas se limiter à une analyse formaliste des recours, ne doit pas être axée sur la réparation demandée et ne doit pas avoir pour effet de figer la compétence des tribunaux inférieurs à ce qu'elle était en 1867. Par ailleurs, le prétendu caractère exclusif de la compétence ne peut être inclus dans la qualification de celle-ci. Si l'attribution d'une compétence satisfait aux deux étapes du cadre d'analyse de l'art. 96, elle pourra alors être exclusive. Partant, l'exclusivité de l'attribution résulte du fait que celle-ci satisfait aux deux étapes, et il ne peut être permis qu'elle influe sur l'analyse en l'incluant prématurément dans la qualification.

Pour bien qualifier la compétence en cause, il faut plutôt s'intéresser au type de différend, au domaine de compétence, à l'objet de la décision et à la nature du litige. Il s'agit d'une question cruciale, puisque la manière dont la compétence en cause est qualifiée peut s'avérer déterminante dans l'examen du critère historique. En ce qui concerne les limites pécuniaires, elles ne constituent qu'un facteur parmi d'autres dans l'évaluation globale, notamment les limites géographiques de la compétence et l'éventail des différends que le tribunal peut trancher. Deux autres facteurs s'ajoutent pour apprécier l'étendue de l'engagement partagé des tribunaux dans l'exercice de la compétence en question, soit le pourcentage de la population qui avait recours aux tribunaux inférieurs et la fréquence des différends relevant de la compétence de ces tribunaux. Selon le contexte, certains facteurs seront plus importants que d'autres.

La seconde étape du cadre d'analyse de l'art. 96, soit l'analyse de la compétence fondamentale des cours supérieures, nécessite une réponse à deux questions. Premièrement, le pouvoir examiné fait-il partie de la compétence fondamentale des cours supérieures? Deuxièmement, la loi a-t-elle pour effet de retirer ce pouvoir de la compétence fondamentale des cours supérieures?

La compétence fondamentale des cours supérieures comprend les pouvoirs qui sont essentiels à l'administration de la justice et au maintien de la primauté du droit. Cette compétence est donc très limitée et ne comprend que



only critically important jurisdictions. Removing such powers from a superior court would, in other words, make it something other than a superior court and deprive it of its essential character. Section 96 of the *Constitution Act, 1867* gives the superior courts a core jurisdiction that allows them to resolve disputes between individuals and decide questions of private and public law. This power is meaningful only if the superior courts, as courts of original general jurisdiction, have substantial jurisdiction that allows them to state and develop the civil law in Quebec and the common law in the other provinces. The question is therefore not whether the superior court can still adjudicate substantial civil disputes, but rather whether its jurisdiction in this regard is substantial enough that it is capable of ensuring this development.

Three quantitative and qualitative factors are relevant in determining whether a statutory provision removes from a superior court part of its core jurisdiction in matters of private law: (a) the impact on the number of cases that the superior court continues to deal with; (b) the impact on the proportion of cases within the superior court's jurisdiction compared with those within the jurisdiction of a provincially constituted court; (c) the impact on the nature and importance of the cases within the superior court's jurisdiction. As long as the superior courts continue to hear a volume of cases that is sufficient in number and proportion and varied enough in nature and importance that they are able to state and develop the civil law in Quebec and the common law in the other provinces, they will, as a result, continue to play their unifying role in Canada's constitutional and judicial system. Under such conditions, the legislatures can, without infringing on the superior courts' core jurisdiction in matters of private law, confer subject-matter jurisdiction on provincially constituted courts to empower them to hear a certain number of civil claims.

In this case, the analysis of the historical test shows that the vast majority — at least 80 percent — of civil disputes in pre-Confederation Canada, with the exception of Lower Canada, came before the inferior courts. Although that jurisdiction was subject to monetary limits in several matters, it nevertheless indicates that there was significant coextensive involvement by the inferior courts in contractual and extracontractual matters. With regard to the Superior Court's core jurisdiction in civil matters, the application of the three factors shows that the Superior Court continues to deal with a large number of civil cases,

les pouvoirs qui ont une importance cruciale. En d'autres termes, le fait de retirer ces pouvoirs à une cour supérieure ferait de ce tribunal quelque chose d'autre qu'une cour supérieure, elle en perdrait son caractère essentiel. L'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère aux cours supérieures une compétence fondamentale leur permettant de résoudre des différends opposant des particuliers et de trancher des questions de droit privé et de droit public. Ce pouvoir n'a de sens que si les cours supérieures, en tant que tribunaux de droit commun, détiennent une compétence substantielle leur permettant de dire et de faire évoluer le droit civil au Québec et la common law dans les autres provinces. Il ne s'agit donc pas de décider si la cour supérieure peut toujours trancher des différends substantiels en matière civile, mais plutôt de se demander si la compétence qu'elle détient à cet égard est à ce point substantielle qu'elle lui permet d'assurer cette évolution.

Pour décider si une disposition législative retire à une cour supérieure une partie de sa compétence fondamentale en matière de droit privé, trois facteurs de nature quantitative et qualitative sont pertinents : a) l'impact sur le nombre de dossiers que la cour supérieure continue de traiter; b) l'impact sur la proportion des dossiers relevant de la cour supérieure par rapport à ceux relevant d'un tribunal de création provinciale; c) l'impact sur la nature et l'importance des dossiers relevant de la compétence de la cour supérieure. Tant et aussi longtemps que les cours supérieures continueront d'entendre un volume suffisant — en nombre et en proportion — d'affaires suffisamment variées en nature et en importance pour être en mesure de dire et de faire évoluer le droit civil au Québec et la common law dans les autres provinces, elles continueront par le fait même à jouer leur rôle unificateur au sein du système constitutionnel et judiciaire canadien. Dans de telles conditions, les législatures peuvent, sans porter atteinte à la compétence fondamentale des cours supérieures en matière de droit privé, accorder aux tribunaux de création provinciale une compétence matérielle leur permettant d'entendre un certain nombre de réclamations civiles.

En l'espèce, l'analyse du critère historique démontre qu'à l'exception du Bas-Canada, les tribunaux inférieurs étaient saisis de la grande majorité, soit au moins 80 p. 100, des litiges civils dans le Canada préconfédératif. Bien qu'en plusieurs matières cette compétence ait été limitée sur le plan pécuniaire, elle révèle néanmoins un engagement parallèle important des tribunaux inférieurs en matière contractuelle et extracontractuelle. Au sujet de la compétence fondamentale de la Cour supérieure en matière civile, l'application des trois facteurs révèle que la Cour supérieure continue à traiter un grand nombre

that the number of cases opened at the Superior Court in comparison with those opened at the Court of Québec remains relatively stable, and that the Superior Court continues to hear claims on a variety of subjects as well as the judicial applications that are the most substantial in monetary terms. Article 35 *C.C.P.* therefore does not have the effect of removing from the Quebec Superior Court its jurisdiction over substantial civil claims.

*Per* Abella J. (dissenting): The appeal should be allowed. Article 35 *C.C.P.* is valid with regard to s. 96 of the *Constitution Act, 1867*. Both the superior and provincial courts shared jurisdiction over substantial monetary claims at Confederation and the expansion of the jurisdiction of the provincial Court of Québec by \$15,000, from \$70,000 to \$85,000, does not impair the core of the Superior Court's jurisdiction in any way.

Section 92(14) of the *Constitution Act, 1867* empowers provincial governments to create provincial courts and to appoint their judges. Since Confederation, provincial courts have been a key component of Canada's justice system, playing an indispensable role in the development of the law. The significance of the provincial courts in Canada today cannot be overstated. Parties appear before provincial court judges to have their liberty or livelihood or support and custody rights determined. Provincial courts combine with the superior courts to form a strong network of courts for litigants across Canada.

Nonetheless, over the years, the Court has occasionally limited the provinces' authority under s. 92(14) because s. 96 guarantees that some jurisdiction must remain in the hands of federally appointed superior courts. In an effort to operationalize the jurisprudence's approach to resolving the tension between ss. 92(14) and 96, a three-stage test was developed in *Residential Tenancies* for analyzing the validity of a provincial grant of jurisdiction. It is essentially an historical inquiry. The first stage of the test asks whether superior, district or county courts at the time of Confederation had exclusive jurisdiction over the subject matter now being given to the provincial court. If provincial courts in a majority of the four original provinces had a practical involvement in adjudicating cases related to the particular subject matter at Confederation, there could be no finding of exclusive jurisdiction for s. 96 courts, since the jurisdiction was shared at the time. If the

de dossiers en matière civile, que le nombre de dossiers ouverts en Cour supérieure par comparaison avec ceux ouverts en Cour du Québec demeure relativement stable et que la Cour supérieure continue d'entendre des demandes portant sur des sujets variés, de même que les demandes en justice les plus substantielles sur le plan pécuniaire. L'article 35 *C.p.c.* n'a donc pas pour effet de retirer à la Cour supérieure du Québec sa compétence sur les demandes substantielles en matière civile.

*La* juge Abella (dissidente): L'appel devrait être accueilli. L'article 35 *C.p.c.* est valide au regard de l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Tant les cours supérieures que les cours provinciales se partageaient la compétence à l'égard des réclamations pécuniaires substantielles au moment de la Confédération, et la hausse de 15 000 \$ de la compétence de la cour provinciale, la Cour du Québec, qui la fait passer de 70 000 \$ à 85 000 \$, n'affaiblit d'aucune manière la compétence fondamentale de la Cour supérieure.

Le paragraphe 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867* habilite les gouvernements provinciaux à créer des tribunaux provinciaux et à nommer les juges qui y siègent. Depuis la Confédération, les tribunaux provinciaux constituent une composante clé du système de justice canadien, jouant un rôle indispensable dans l'évolution du droit. L'importance des cours provinciales au Canada aujourd'hui ne saurait être surestimée. Des parties se présentent devant les juges des cours provinciales pour faire trancher leur droit à la liberté ou à leur gagne-pain, ou encore leurs droits à une pension alimentaire ou à la garde de leurs enfants. Les cours provinciales forment, de concert avec les cours supérieures, un solide réseau de tribunaux servant les plaideurs partout au Canada.

Néanmoins, au fil des ans, la Cour a occasionnellement limité le pouvoir dont disposent les provinces en vertu du par. 92(14), parce que l'art. 96 garantit que certaines compétences doivent demeurer entre les mains des cours supérieures, lesquelles sont composées de juges nommés par le fédéral. Dans un effort en vue d'opérationnaliser la méthode établie par la jurisprudence pour résoudre les conflits entre le par. 92(14) et l'art. 96, une analyse en trois étapes a été élaborée dans le *Renvoi sur la location résidentielle* afin d'examiner la validité d'une attribution de compétence par une province. Il s'agit essentiellement d'une analyse historique. La première étape de l'analyse consiste à se demander si, au moment de la Confédération, les cours supérieures, de district ou de comté avaient compétence exclusive sur la matière qui est maintenant attribuée à la cour provinciale. Si, dans une majorité des quatre provinces originales, les cours

jurisdiction at issue was exclusively held by a s. 96 court at Confederation, the second stage of the analysis asks whether the provincial body is acting in a judicial capacity. If it is, the third stage of the analysis is triggered, which involves the assessment of the provincial court or tribunal in its institutional context in order to determine whether it is exercising a judicial power that is merely subsidiary or ancillary to general administrative functions, or one that is necessary to achieve a broad policy goal. In either of these circumstances, the grant is constitutionally permissible.

A layer was added to the test in *MacMillan Bloedel*, when the Court concluded that the legislature may not, even if its grant of jurisdiction passed the *Residential Tenancies* test, reduce or impair the core of superior court jurisdiction. The focus of this new requirement was determining whether a grant of exclusive jurisdiction to a provincial body frustrated the ability of superior courts to execute their functions.

As the jurisprudence shows, the first step in analyzing the validity of a provincial grant of jurisdiction is to characterize that grant. The boundaries of provincial court jurisdiction need not be drawn along the precise borders that existed at Confederation; rather, the inquiry centers on the type of case being heard. It is a functional approach which examines the purpose of the grant of jurisdiction. In determining the historical involvement of provincial courts in deciding civil claims, it is instructive to look at the proportion of cases that were heard by different courts at Confederation. At the time, in most provinces, a majority of civil claims were heard by provincial courts; therefore, the superior courts did not have exclusive jurisdiction over civil claims in general. Any exclusive jurisdiction was limited to a small proportion of civil claims above a certain monetary threshold. This threshold was not, however, a marker which indicated when claims became substantial, it simply aimed to maintain a balance between the different types of courts in operation at the time. In this case, the comparison of the proportion of cases heard at Confederation with today's distribution shows that a grant of \$85,000 of civil jurisdiction not only continues to respect the balance struck at the time of Confederation,

provinciales avaient au moment de la Confédération un engagement pratique dans la résolution de litiges relatifs à la matière en cause, il était impossible de conclure que les cours visées à l'art. 96 avaient compétence exclusive, puisque la compétence était partagée à cette époque. Si la compétence en cause appartenait exclusivement à une cour visée à l'art. 96 au moment de la Confédération, il faut, à la deuxième étape de l'analyse, répondre à la question de savoir si l'organisme provincial agit à titre judiciaire. Si la réponse est affirmative, se met alors en branle la troisième étape de l'analyse, laquelle consiste à considérer le tribunal judiciaire ou administratif provincial dans son contexte institutionnel, afin de déterminer s'il exerce un pouvoir judiciaire qui est simplement complémentaire ou accessoire à des fonctions administratives générales, ou qui est nécessaire à la réalisation d'un vaste objectif de politique générale. Dans l'un ou l'autre cas, l'attribution de compétence est permise par la Constitution.

Dans l'arrêt *MacMillan Bloedel*, la Cour a ajouté une exigence additionnelle à l'analyse lorsqu'elle a conclu que, même si l'attribution de compétence satisfait à l'analyse établie dans le *Renvoi sur la location résidentielle*, la législature ne peut réduire le noyau de la compétence des cours supérieures, leur compétence fondamentale, ou y porter atteinte. Cette nouvelle exigence visait à déterminer si l'attribution d'une compétence exclusive à un organisme provincial entravait la capacité des cours supérieures de s'acquitter de leurs fonctions.

Comme le démontre la jurisprudence, la première étape de l'analyse de la validité d'une attribution de compétence par une province consiste à qualifier cette attribution. Il n'est pas nécessaire que les limites de la compétence des cours provinciales correspondent aux frontières précises qui existaient au moment de la Confédération; l'analyse doit plutôt être axée sur le type d'affaires qu'elles entendent. Il s'agit d'une approche fonctionnelle, qui s'attache à examiner l'objet de l'attribution de compétence. Pour déterminer quel était, sur le plan historique, l'engagement des cours provinciales dans la résolution des litiges civils, il est instructif d'examiner la proportion d'affaires qui étaient entendues par différents tribunaux au moment de la Confédération. À ce moment-là, dans la plupart des provinces, la majorité des litiges civils étaient entendus par les cours provinciales; par conséquent, les cours supérieures n'avaient pas compétence exclusive sur les réclamations civiles en général. Dans les cas où il y avait compétence exclusive, celle-ci se limitait à une petite proportion de réclamations civiles dont la valeur dépassait un seuil pécuniaire donné. Toutefois, ce seuil ne constituait pas une marque indiquant le point où les réclamations devenaient substantielles, il visait simplement à

but leaves superior courts with more civil jurisdiction than they had at that time. The *Residential Tenancies* test is therefore met.

At the “core jurisdiction” stage of the test, the Court has held that legislation cannot have the effect of taking away the authority superior courts need in order to make sure that they can effectively adjudicate the claims which are properly before them and to enforce their orders in those cases. However, core jurisdiction has been held to be a narrow concept, not a malleable one. It is intended to protect only the essential role and function of superior courts. As long as the essential character of superior courts is neither undermined nor impaired, provincial legislatures are constitutionally entitled to exercise their jurisdiction under s. 92(14) by creating and authorizing provincial courts, even exclusively, to respond to local justice needs, not as those needs existed at Confederation, but as they exist now. The notion that superior courts have inherited some core power over the development of private law from the pre-Confederation English courts of inherent jurisdiction is irreconcilable with the fact that superior courts, since Confederation, have shared that role with a number of provincial courts. Superior courts have never had the exclusive responsibility of guiding the development of private law. This role, therefore, cannot be part of superior courts’ core jurisdiction.

Although the classic application of the *Residential Tenancies/MacMillan Bloedel* test is dispositive of the appeal, this case reveals some of the fault lines of that approach. It may be time to consider replacing the test in a way that updates the law on the relationship between ss. 92(14) and 96 and synchronizes it with the Court’s approach to constitutional interpretation generally and, in particular, with the defining admonition that the Constitution is a living tree to be interpreted flexibly. Cooperative federalism is an approach to federalism that not only accepts that an overlap between federal and provincial powers is inevitable, but is also useful because it allows governments to respond to a complex interplay of

maintenir l’équilibre entre les différents types de tribunaux qui existaient à l’époque. En l’espèce, la comparaison entre la proportion des affaires entendues au moment de la Confédération et la proportion actuelle révèle que l’attribution d’une compétence pécuniaire de 85 000 \$ en matière civile respecte non seulement l’équilibre établi au moment de la Confédération, mais accorde également aux cours supérieures une compétence civile plus vaste que celle dont elles disposaient alors. Il est en conséquence satisfait à l’analyse établie dans le *Renvoi sur la location résidentielle*.

La Cour a statué que, à l’étape de l’analyse qui porte sur la « compétence fondamentale », une mesure législative ne peut pas avoir pour effet de retirer aux cours supérieures le pouvoir dont elles ont besoin pour statuer efficacement sur les litiges qui leur sont régulièrement soumis et pour faire respecter les ordonnances qu’elle rendent dans ces affaires. Cependant, il a été jugé que la compétence fondamentale est un concept étroit, et non pas un concept malléable. Il vise à protéger uniquement la fonction et le rôle essentiels des cours supérieures. Tant que le caractère essentiel des cours supérieures n’est ni compromis ni affaibli, les législatures provinciales sont constitutionnellement autorisées à exercer la compétence que leur accorde le par. 92(14) en créant des cours provinciales et en les habilitant, même de façon exclusive, à répondre aux besoins locaux en matière de justice, et ce, non pas aux besoins tels qu’ils existaient au moment de la Confédération, mais tels qu’ils existent maintenant. L’idée selon laquelle les cours supérieures ont hérité des tribunaux anglais préconfédératifs dotés d’une compétence inhérente un certain pouvoir fondamental sur l’évolution du droit privé est incompatible avec le fait que, depuis la Confédération, les cours supérieures ont partagé ce rôle avec un certain nombre de cours provinciales. Les cours supérieures n’ont jamais eu la responsabilité exclusive de guider l’évolution du droit privé. Par conséquent, ce rôle ne saurait faire partie de la compétence fondamentale des cours supérieures.

Bien que l’application classique de l’analyse établie dans les arrêts *Renvoi sur la location résidentielle* et *MacMillan Bloedel* permette de trancher le pourvoi, la présente affaire révèle certaines des lacunes de cette approche. Il est peut-être temps d’envisager de remplacer l’analyse de manière à actualiser le droit relatif à l’interaction entre le par. 92(14) et l’art. 96 et à le mettre en phase avec la méthode d’interprétation constitutionnelle de la Cour en général et, plus particulièrement, avec la mise en garde déterminante selon laquelle la Constitution est comme un arbre et doit recevoir une interprétation souple. Le fédéralisme coopératif est une approche à l’égard du fédéralisme qui accepte non seulement qu’un chevauchement entre

issues. There is no reason why such an approach should not be extended to the understanding of the relationship between ss. 92(14) and 96. There is a need for a generous approach to the authority of provincial governments to make jurisdictional grants to provincial adjudicative bodies since provincial governments are closer to the issues affecting most people who use the courts and to the realities of local issues. They are therefore better placed to recognize and address local concerns with the justice system.

The benefits of cooperative federalism were not a particular concern in *Residential Tenancies*. Rather, it was animated by a number of protective aspirations for s. 96 courts. The first was the desire to promote national unity through the preservation of a unitary court system and the second was ensuring that disputes are adjudicated by impartial and independent courts. The Court's approach to s. 96 was said to reinforce the theory that certain cases must be heard by superior courts because they must be decided by independent courts. But the assumption that the Constitution protected the independence only of superior courts disintegrated in the *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3, where the Court recognized that provincial courts also enjoy constitutionally protected independence and are as well placed to uphold the rule of law independently as the superior courts. Appeals to the rule of law and independence, therefore, can no longer serve to narrow the jurisdiction of provincial courts. Increased constitutional recognition of the important role of provincially appointed judges within the Canadian judiciary does nothing to diminish the independence and impartiality of the superior courts. On the contrary, it enhances the judiciary as a whole and the public's perception that the provincial court judges they appear before are no less judicial because they are appointed by a different level of government. This acknowledgment of the independence of provincial courts makes them a partner in protecting national unity.

The \$15,000 increase in exclusive provincial court jurisdiction has not prevented the Superior Court of Quebec

les pouvoirs fédéraux et provinciaux est inévitable, mais également qu'il est utile parce qu'il permet aux gouvernements de répondre à un ensemble complexe de questions. Il n'y a aucune raison de ne pas élargir cette approche à la conception de la relation entre le par. 92(14) et l'art. 96. Il est nécessaire d'interpréter libéralement le pouvoir des gouvernements provinciaux d'attribuer des compétences aux organismes juridictionnels provinciaux, étant donné que les gouvernements provinciaux sont plus près des questions qui touchent la plupart des personnes s'adressant aux tribunaux, ainsi que des réalités des enjeux locaux. Ils sont en conséquence mieux placés pour reconnaître les préoccupations locales concernant le système de justice et pour y répondre.

Les avantages du fédéralisme coopératif n'étaient pas une préoccupation particulière dans l'arrêt *Renvoi sur la location résidentielle*. Cette décision était plutôt animée par un certain nombre d'aspirations protectrices à l'égard des cours visées à l'art. 96. La première était le désir de promouvoir l'unité nationale par la préservation d'un système judiciaire unitaire, et la seconde était de veiller à ce que les litiges soient tranchés par des tribunaux impartiaux et indépendants. On a dit que l'approche de la Cour en ce qui concerne l'art. 96 renforçait la théorie selon laquelle certaines affaires doivent être entendues par des cours supérieures, parce qu'elles doivent être tranchées par des tribunaux indépendants. Cependant, la thèse voulant que la Constitution protège uniquement l'indépendance des cours supérieures s'est effritée dans l'arrêt *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, où la Cour a reconnu que les cours provinciales jouissent elles aussi d'une indépendance protégée constitutionnellement et sont aussi bien placées que les cours supérieures pour faire respecter de manière indépendante la primauté du droit. Il n'est donc plus justifié désormais d'invoquer la primauté du droit et l'indépendance pour restreindre la compétence des cours provinciales. La reconnaissance constitutionnelle accrue du rôle important que jouent les juges nommés par les provinces au sein de l'appareil judiciaire canadien ne diminue en rien l'indépendance et l'impartialité des cours supérieures. Au contraire, elle renforce l'ensemble de l'appareil judiciaire ainsi que la perception des membres du public selon laquelle les juges des cours provinciales devant lesquels ils se présentent n'agissent pas moins judiciairement parce qu'ils sont nommés par un ordre de gouvernement différent. Cette reconnaissance de l'indépendance des cours provinciales fait de celles-ci des partenaires dans la protection de l'unité nationale.

L'augmentation de 15 000 \$ de la compétence exclusive de la cour provinciale n'a pas empêché de quelque

in any material way from playing its usual role in deciding the kind of civil cases it has always heard. No matter the approach taken in analyzing art. 35 *C.C.P.*, it is a valid exercise of the province's right under s. 92(14) to administer justice and to constitute courts of civil jurisdiction in Quebec.

### Cases Cited

By Côté and Martin JJ.

**Applied:** *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725; **considered:** *Trial Lawyers Association of British Columbia v. British Columbia (Attorney General)*, 2014 SCC 59, [2014] 3 S.C.R. 31; *Tomko v. Labour Relations Board (N.S.)*, [1977] 1 S.C.R. 112; *Reference re Amendments to the Residential Tenancies Act (N.S.)*, [1996] 1 S.C.R. 186; *Sobeys Stores Ltd. v. Yeomans and Labour Standards Tribunal (N. S.)*, [1989] 1 S.C.R. 238; **referred to:** *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653; *Renvoi touchant la constitutionnalité de la Loi concernant la juridiction de la Cour de Magistrat de Québec*, [1965] S.C.R. 772; *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220; *Reference re Senate Reform*, 2014 SCC 32, [2014] 1 S.C.R. 704; *Reference re Supreme Court Act, ss. 5 and 6*, 2014 SCC 21, [2014] 1 S.C.R. 433; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Comeau*, 2018 SCC 15, [2018] 1 S.C.R. 342; *Windsor (City) v. Canadian Transit Co.*, 2016 SCC 54, [2016] 2 S.C.R. 617; *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307; *Reference re Young Offenders Act (P.E.I.)*, [1991] 1 S.C.R. 252; *Scowby v. Glendinning*, [1986] 2 S.C.R. 226; *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626; *McEvoy v. Attorney General for New Brunswick*, [1983] 1 S.C.R. 704; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2005 SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 473; *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854; *Amax Potash Ltd. v. Government of Saskatchewan*, [1977] 2 S.C.R. 576; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *R. v. Ahmad*, 2011 SCC 6, [2011] 1 S.C.R. 110; *Ontario v. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3; *U.E.S., local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Toronto Corporation v. York Corporation*, [1938] A.C. 415; *Reference re Adoption Act*, [1938] S.C.R. 398;

manière concrète que ce soit la Cour supérieure du Québec de jouer son rôle habituel et de juger le genre d'affaires civiles qu'elle a toujours entendues. Peu importe l'approche adoptée pour analyser l'art. 35 *C.p.c.*, cette disposition représente un exercice valide du droit dont dispose la province en vertu du par. 92(14) d'administrer la justice et de créer des cours de compétence civile au Québec.

### Jurisprudence

Citée par les juges Côté et Martin

**Arrêts appliqués :** *Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725; **arrêts examinés :** *Trial Lawyers Association of British Columbia c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2014 CSC 59, [2014] 3 R.C.S. 31; *Tomko c. Labour Relations Board (N.-É.)*, [1977] 1 R.C.S. 112; *Renvoi relatif à certaines modifications à la Residential Tenancies Act (N.-É.)*, [1996] 1 R.C.S. 186; *Sobeys Stores Ltd. c. Yeomans et Labour Standards Tribunal (N.-É.)*, [1989] 1 R.C.S. 238; **arrêts mentionnés :** *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653; *Renvoi touchant la constitutionnalité de la Loi concernant la juridiction de la Cour de Magistrat de Québec*, [1965] R.C.S. 772; *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220; *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, 2014 CSC 32, [2014] 1 R.C.S. 704; *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6*, 2014 CSC 21, [2014] 1 R.C.S. 433; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Comeau*, 2018 CSC 15, [2018] 1 R.C.S. 342; *Windsor (City) c. Canadian Transit Co.*, 2016 CSC 54, [2016] 2 R.C.S. 617; *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307; *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants (Î.-P.-É.)*, [1991] 1 R.C.S. 252; *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626; *McEvoy c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1983] 1 R.C.S. 704; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2005 CSC 49, [2005] 2 R.C.S. 473; *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854; *Amax Potash Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1977] 2 R.C.S. 576; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *R. c. Ahmad*, 2011 CSC 6, [2011] 1 R.C.S. 110; *Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3; *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008

*Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works, Ltd.*, [1949] A.C. 134; *Attorney General of Quebec v. Grondin*, [1983] 2 S.C.R. 364; *Massey-Ferguson Industries Ltd. v. Government of Saskatchewan*, [1981] 2 S.C.R. 413; *Chrysler Canada Ltd. v. Canada (Competition Tribunal)*, [1992] 2 S.C.R. 394; *Noël v. Société d'énergie de la Baie James*, 2001 SCC 39, [2001] 2 S.C.R. 207; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837; *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *Hunt v. T&N plc*, [1993] 4 S.C.R. 289; *Attorney General of Quebec v. Farrah*, [1978] 2 S.C.R. 638; *Re: B.C. Family Relations Act*, [1982] 1 S.C.R. 62; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*, [1912] A.C. 571; *Reference re Public Schools Act (Man.)*, s. 79(3), (4) and (7), [1993] 1 S.C.R. 839; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1998] 1 S.C.R. 3; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *Reference Re Certification in the Manitoba Health Sector*, 2019 MBCA 18, [2019] 5 W.W.R. 614; *Ontario (Attorney General) v. G*, 2020 SCC 38, [2020] 3 S.C.R. 629.

By Wagner C.J. (dissenting in part)

*Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714; *Renvoi concernant la constitutionnalité de la Loi concernant la juridiction de la Cour de magistrat, 11-12 Elizabeth II, chapitre 62*, [1965] B.R. 1; *Séminaire de Chicoutimi v. La Cité de Chicoutimi*, [1973] S.C.R. 681; *Re Cour de Magistrat de Québec*, [1965] S.C.R. 772; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Reference re Same-Sex Marriage*, 2004 SCC 79, [2004] 3 S.C.R. 698; *Reference re Senate Reform*, 2014 SCC 32, [2014] 1 S.C.R. 704; *Conférence des juges de paix magistrats du Québec v. Québec (Attorney General)*, 2016 SCC 39, [2016] 2 S.C.R. 116; *Reference re Adoption Act*, [1938] S.C.R. 398; *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2005 SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 473; *Trial Lawyers Association of British Columbia v. British Columbia (Attorney General)*, 2014 SCC 59, [2014] 3 S.C.R. 31; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725; *Citizens Insurance Co. of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96; *Sobeys Stores Ltd. v. Yeomans and Labour Standards Tribunal (N.S.)*, [1989] 1 S.C.R. 238; *Re: B.C. Family Relations Act*,

*CSC 9*, [2008] 1 R.C.S. 190; *Toronto Corporation c. York Corporation*, [1938] A.C. 415; *Reference re Adoption Act*, [1938] R.C.S. 398; *Labour Relations Board of Saskatchewan c. John East Iron Works, Ltd.*, [1949] A.C. 134; *Procureur général du Québec c. Grondin*, [1983] 2 R.C.S. 364; *Massey-Ferguson Industries Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1981] 2 R.C.S. 413; *Chrysler Canada Ltd. c. Canada (Tribunal de la concurrence)*, [1992] 2 R.C.S. 394; *Noël c. Société d'énergie de la Baie James*, 2001 CSC 39, [2001] 2 R.C.S. 207; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837; *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289; *Procureur général du Québec c. Farrah*, [1978] 2 R.C.S. 638; *Renvoi : Family Relations Act (C.-B.)*, [1982] 1 R.C.S. 62; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Attorney-General for Ontario c. Attorney-General for Canada*, [1912] A.C. 571; *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, art. 79(3), (4) et (7), [1993] 1 R.C.S. 839; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1998] 1 R.C.S. 3; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *Reference Re Certification in the Manitoba Health Sector*, 2019 MBCA 18, [2019] 5 W.W.R. 614; *Ontario (Procureur général) c. G*, 2020 CSC 38, [2020] 3 S.C.R. 629.

Citée par le juge en chef Wagner (dissident en partie)

*Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714; *Renvoi concernant la constitutionnalité de la Loi concernant la juridiction de la Cour de magistrat, 11-12 Elizabeth II, chapitre 62*, [1965] B.R. 1; *Séminaire de Chicoutimi c. La Cité de Chicoutimi*, [1973] R.C.S. 681; *Re Cour de Magistrat de Québec*, [1965] R.C.S. 772; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79, [2004] 3 R.C.S. 698; *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, 2014 CSC 32, [2014] 1 R.C.S. 704; *Conférence des juges de paix magistrats du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2016 CSC 39, [2016] 2 R.C.S. 116; *Reference re Adoption Act*, [1938] R.C.S. 398; *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2005 CSC 49, [2005] 2 R.C.S. 473; *Trial Lawyers Association of British Columbia c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2014 CSC 59, [2014] 3 R.C.S. 31; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725; *Citizens Insurance Co. of Canada c. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96; *Sobeys Stores Ltd. c. Yeomans et*

[1982] 1 S.C.R. 62; *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2; *Reference re Young Offenders Act (P.E.I.)*, [1991] 1 S.C.R. 252; *Reference re Amendments to the Residential Tenancies Act (N.S.)*, [1996] 1 S.C.R. 186; *Dupont v. Inglis*, [1958] S.C.R. 535; *Attorney General of Quebec v. Grondin*, [1983] 2 S.C.R. 364; *R. v. Comeau*, 2018 SCC 15, [2018] 1 S.C.R. 342; *Babcock v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 57, [2002] 3 S.C.R. 3; *R. v. Ahmad*, 2011 SCC 6, [2011] 1 S.C.R. 110; *Ontario v. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3; *Windsor (City) v. Canadian Transit Co.*, 2016 SCC 54, [2016] 2 S.C.R. 617; *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220; *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307; *Attorney General of Quebec v. Farrah*, [1978] 2 S.C.R. 638; *Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works, Ltd.*, [1949] A.C. 134; *New State Ice Co. v. Liebmann*, 285 U.S. 262 (1932); *R. v. Zelensky*, [1978] 2 S.C.R. 940; *Clark v. Canadian National Railway Co.*, [1988] 2 S.C.R. 680.

By Abella J. (dissenting)

*Reference re Adoption Act*, [1938] S.C.R. 398; *Re Cour de Magistrat de Québec*, [1965] S.C.R. 772; *Tomko v. Labour Relations Board (N.S.)*, [1977] 1 S.C.R. 112; *Mississauga (City) v. Peel (Municipality)*, [1979] 2 S.C.R. 244; *Attorney General of Quebec v. Farrah*, [1978] 2 S.C.R. 638; *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714; *Sobeys Stores Ltd. v. Yeomans and Labour Standards Tribunal (N.S.)*, [1989] 1 S.C.R. 238; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725; *Reference re Amendments to the Residential Tenancies Act (N.S.)*, [1996] 1 S.C.R. 186; *Babcock v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 57, [2002] 3 S.C.R. 3; *Ontario v. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3; *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220; *Noël v. Société d'énergie de la Baie James*, 2001 SCC 39, [2001] 2 S.C.R. 207; *Trial Lawyers Association of British Columbia v. British Columbia (Attorney General)*, 2014 SCC 59, [2014] 3 S.C.R. 31; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *R. v. Comeau*, 2018 SCC 15, [2018] 1 S.C.R. 342; *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, 2002 SCC 31, [2002] 2 S.C.R. 146; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66,

*Labour Standards Tribunal (N.-É.)*, [1989] 1 R.C.S. 238; *Renvoi : Family Relations Act (C.-B.)*, [1982] 1 R.C.S. 62; *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2; *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants (Î.-P.-É.)*, [1991] 1 R.C.S. 252; *Renvoi relatif à certaines modifications à la Residential Tenancies Act (N.-É.)*, [1996] 1 R.C.S. 186; *Dupont c. Inglis*, [1958] R.C.S. 535; *Procureur général du Québec c. Grondin*, [1983] 2 R.C.S. 364; *R. c. Comeau*, 2018 CSC 15, [2018] 1 R.C.S. 342; *Babcock c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 57, [2002] 3 R.C.S. 3; *R. c. Ahmad*, 2011 CSC 6, [2011] 1 R.C.S. 110; *Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3; *Windsor (City) c. Canadian Transit Co.*, 2016 CSC 54, [2016] 2 R.C.S. 617; *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220; *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307; *Procureur général du Québec c. Farrah*, [1978] 2 R.C.S. 638; *Labour Relations Board of Saskatchewan c. John East Iron Works, Ltd.*, [1949] A.C. 134; *New State Ice Co. c. Liebmann*, 285 U.S. 262 (1932); *R. c. Zelensky*, [1978] 2 R.C.S. 940; *Clark c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1988] 2 R.C.S. 680.

Citée par la juge Abella (dissidente)

*Reference re Adoption Act*, [1938] R.C.S. 398; *Re Cour de Magistrat de Québec*, [1965] R.C.S. 772; *Tomko c. Labour Relations Board (N.-É.)*, [1977] 1 R.C.S. 112; *Mississauga (Ville) c. Peel (Municipalité)*, [1979] 2 R.C.S. 244; *Procureur général du Québec c. Farrah*, [1978] 2 R.C.S. 638; *Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714; *Sobeys Stores Ltd. c. Yeomans et Labour Standards Tribunal (N.-É.)*, [1989] 1 R.C.S. 238; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725; *Renvoi relatif à certaines modifications à la Residential Tenancies Act (N.-É.)*, [1996] 1 R.C.S. 186; *Babcock c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 57, [2002] 3 R.C.S. 3; *Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3; *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220; *Noël c. Société d'énergie de la Baie James*, 2001 CSC 39, [2001] 2 R.C.S. 207; *Trial Lawyers Association of British Columbia c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2014 CSC 59, [2014] 3 R.C.S. 31; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *R. c. Comeau*, 2018 CSC 15, [2018] 1 R.C.S. 342; *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, 2002 CSC 31, [2002] 2 R.C.S. 146; *Multiple Access Ltd.*



[2011] 3 S.C.R. 837; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *NIL/TU, O Child and Family Services Society v. B.C. Government and Service Employees' Union*, 2010 SCC 45, [2010] 2 S.C.R. 696; *Chatterjee v. Ontario (Attorney General)*, 2009 SCC 19, [2009] 1 S.C.R. 624; *Orphan Well Association v. Grant Thornton Ltd.*, 2019 SCC 5, [2019] 1 S.C.R. 150; *Saskatchewan (Attorney General) v. Lemare Lake Logging Ltd.*, 2015 SCC 53, [2015] 3 S.C.R. 419; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, 2001 SCC 40, [2001] 2 S.C.R. 241; *Reference re Assisted Human Reproduction Act*, 2010 SCC 61, [2010] 3 S.C.R. 457; *McEvoy v. Attorney General for New Brunswick*, [1983] 1 S.C.R. 704; *Ontario (Attorney General) v. Pembina Exploration Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 206; *Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission)*, 2003 SCC 55, [2003] 2 S.C.R. 585; *Reference re Young Offenders Act (P.E.I.)*, [1991] 1 S.C.R. 252.

### Statutes and Regulations Cited

*An Act further to amend the law respecting District Magistrates in this Province*, S.Q. 1871, c. 9, s. 1.  
*An Act respecting District Magistrates in this Province*, S.Q. 1869, c. 23, ss. 13, 16, 17.  
*An Act respecting the jurisdiction of the District Magistrate's Court*, S.Q. 1946, c. 53, s. 1.  
*An Act respecting the jurisdiction of the Magistrate's Court*, S.Q. 1963, c. 62, s. 1.  
*An Act to again amend the Code of Civil Procedure*, S.Q. 1969, c. 81, s. 2.  
*An Act to amend the Code of Civil Procedure*, S.Q. 1952-53, c. 18, s. 12.  
*An Act to amend the Code of Civil Procedure and other legislation*, S.Q. 1979, c. 37, s. 8.  
*An Act to amend the Code of Civil Procedure and other legislation*, S.Q. 1984, c. 26, s. 3.  
*An Act to amend the Code of Civil Procedure and the Act respecting municipal courts*, S.Q. 1995, c. 2, s. 2.  
*An Act to amend the Code of Civil Procedure respecting the district magistrate's court*, S.Q. 1921, c. 100, s. 1.  
*An Act to amend the Code of Civil Procedure respecting the jurisdiction of the Circuit and Magistrates' Courts*, S.Q. 1922, c. 94.  
*An Act to amend the Courts of Justice Act*, S.Q. 1952-53, c. 29, s. 17.  
*An Act to amend the Courts of Justice Act*, S.Q. 1965, c. 17, s. 1.

*c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *NIL/TU, O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees' Union*, 2010 CSC 45, [2010] 2 R.C.S. 696; *Chatterjee c. Ontario (Procureur général)*, 2009 CSC 19, [2009] 1 R.C.S. 624; *Orphan Well Association c. Grant Thornton Ltd.*, 2019 CSC 5, [2019] 1 R.C.S. 150; *Saskatchewan (Procureur général) c. Lemare Lake Logging Ltd.*, 2015 CSC 53, [2015] 3 R.C.S. 419; *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c. Hudson (Ville)*, 2001 CSC 40, [2001] 2 R.C.S. 241; *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61, [2010] 3 R.C.S. 457; *McEvoy c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1983] 1 R.C.S. 704; *Ontario (Procureur général) c. Pembina Exploration Canada Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 206; *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, 2003 CSC 55, [2003] 2 R.C.S. 585; *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants (Î.-P.-É.)*, [1991] 1 R.C.S. 252.

### Lois et règlements cités

*Acte amendant la loi relative aux magistrats de districts*, S.Q. 1888, c. 20, art. 1.  
*Acte amendant la loi relative aux magistrats de district*, S.Q. 1889, c. 30, art. 1.  
*Acte concernant les Magistrats de District en cette Province*, S.Q. 1869, c. 23, art. 13, 16, 17.  
*Acte pour amender de nouveau la loi concernant les Magistrats de District en cette Province*, S.Q. 1871, c. 9, art. 1.  
*Charte canadienne des droits et libertés*.  
*Civil Resolution Tribunal Act*, S.B.C. 2012, c. 25, art. 2, 118, 133.  
*Code civil du Québec*.  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46.  
*Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01, art. 30, 31, 33 al. 1 et 2, 34 al. 1, 35, 536 à 570.  
*Code de procédure civile*, S.Q. 1965, c. 80, art. 34.  
*Décret 880-2017*, (2017) 149 G.O. II, 4495.  
*Loi amendant le Code de procédure civile relativement à la Cour de magistrat de district*, S.Q. 1921, c. 100, art. 1.  
*Loi amendant le Code de procédure civile, relativement à la juridiction de la Cour de circuit et de la Cour de magistrat*, S.Q. 1922, c. 94.  
*Loi concernant la juridiction de la Cour de magistrat*, S.Q. 1963, c. 62, art. 1.  
*Loi concernant la juridiction de la Cour de magistrat de district*, S.Q. 1946, c. 53, art. 1.

- An Act to amend the Courts of Justice Act and other legislation to establish the Court of Québec*, S.Q. 1988, c. 21, ss. 1 to 5.
- An Act to amend the law respecting District Magistrates*, S.Q. 1888, c. 20, s. 1.
- An Act to amend the law respecting district magistrates*, S.Q. 1889, c. 30, s. 1.
- An Act to amend various legislation*, S.Q. 1982, c. 58, s. 19.
- An Act to establish the new Code of Civil Procedure*, S.Q. 2014, c. 1, s. 35.
- An Act to reform the Code of Civil Procedure*, S.Q. 2002, c. 7, s. 5.
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*.
- Civil Code of Québec*.
- Civil Resolution Tribunal Act*, S.B.C. 2012, c. 25, ss. 2, 118, 133.
- Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25.01, arts. 30, 31, 33 paras. 1 and 2, 34 para. 1, 35, 536 to 570.
- Code of Civil Procedure*, S.Q. 1965, c. 80, art. 34.
- Constitution Act, 1867*, preamble, ss. 91, 92, 96 to 100, 101, 129, 133.
- Courts of Justice Act*, CQLR, c. T-16, ss. 2, 79, 83.1 [ad. 2020, c. 12, s. 84], 106.
- Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.
- Décret 880-2017, (2017) 149 G.O. II, 4495.
- Provincial Court Civil Division Amendment Regulation*, Alta. Reg. 139/2014.
- Small Claims Act*, R.S.B.C. 1996, c. 430, s. 3.
- Small Claims Act, 2016*, S.S. 2016, c. S-50.12, s. 4.
- Small Claims Amendment Regulations, 2016*, Sask. Reg. 4/2016, s. 3.
- Small Claims Court Monetary Limit Regulation*, B.C. Reg. 179/2005, s. 1 [am. B.C. Reg. 120/2017, Sch. 1].
- Small Claims Regulations, 2017*, R.R.S., c. S-50.12, Reg. 1, s. 3.
- Statutes Amendment Act, 2015*, S.A. 2015, c. 12, s. 6(4)(a)(v).
- Tribunal Small Claims Regulation*, B.C. Reg. 232/2018, s. 3.
- Loi constitutionnelle de 1867*, préambule, art. 91, 92, 96 à 100, 101, 129, 133.
- Loi de 2016 sur les petites créances*, L.S. 2016, c. S-50.12, art. 4.
- Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, L.Q. 2014, c. 1, art. 35.
- Loi modifiant de nouveau le Code de procédure civile*, L.Q. 1969, c. 81, art. 2.
- Loi modifiant diverses dispositions législatives*, L.Q. 1982, c. 58, art. 19.
- Loi modifiant la Loi des tribunaux judiciaires*, S.Q. 1952-53, c. 29, art. 17.
- Loi modifiant la Loi des tribunaux judiciaires*, S.Q. 1965, c. 17, art. 1.
- Loi modifiant la Loi sur les tribunaux judiciaires et d'autres dispositions législatives en vue d'instituer la Cour du Québec*, L.Q. 1988, c. 21, art. 1 à 5.
- Loi modifiant le Code de procédure civile*, S.Q. 1952-53, c. 18, art. 12.
- Loi modifiant le Code de procédure civile et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1979, c. 37, art. 8.
- Loi modifiant le Code de procédure civile et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1984, c. 26, art. 3.
- Loi modifiant le Code de procédure civile et la Loi sur les cours municipales*, L.Q. 1995, c. 2, art. 2.
- Loi portant réforme du Code de procédure civile*, L.Q. 2002, c. 7, art. 5.
- Loi sur les tribunaux judiciaires*, RLRQ, c. T-16, art. 2, 79, 83.1 [aj. 2020, c. 12, art. 84], 106.
- Provincial Court Civil Division Amendment Regulation*, Alta. Reg. 139/2014.
- Règlement de 2017 sur les petites créances*, R.R.S., c. S-50.12, règl. 1, art. 3.
- Règlement modificatif de 2016 sur les petites créances*, Règl. de la Sask. 4/2016, art. 3.
- Small Claims Act*, R.S.B.C. 1996, c. 430, art. 3.
- Small Claims Court Monetary Limit Regulation*, B.C. Reg. 179/2005, art. 1 [mod. B.C. Reg. 120/2017, ann. 1].
- Statutes Amendment Act, 2015*, S.A. 2015, c. 12, art. 6(4)(a)(v).
- Tribunal Small Claims Regulation*, B.C. Reg. 232/2018, art. 3.

### Authors Cited

- Baker, John. *An Introduction to English Legal History*, 5th ed. Oxford: Oxford University Press, 2019.
- Bingham, Tom. *The Rule of Law*. London: Allen Lane, 2010.
- Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, Book I. Oxford: Clarendon Press, 1765.
- Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, Book III. Oxford: Clarendon Press, 1768.

### Doctrine et autres documents cités

- Baker, John. *An Introduction to English Legal History*, 5th ed., Oxford, Oxford University Press, 2019.
- Bingham, Tom. *The Rule of Law*, London, Allen Lane, 2010.
- Blackstone, William. *Commentaires sur les lois anglaises*, t. I, traduit par N. M. Chompré, Paris, Bossange, 1822.
- Blackstone, William. *Commentaires sur les lois anglaises*, t. II, traduit par N. M. Chompré, Paris, Bossange, 1822.

- Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 6<sup>e</sup> éd. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2014.
- Canada. Department of Justice. *Correspondence, Reports of the Ministers of Justice and Orders in Council Upon the Subject of Dominion and Provincial Legislation 1867-1895*, by W. E. Hodgins. Ottawa, 1896.
- Crépeau, Paul-André. “La fonction du droit des obligations” (1998), 43 *McGill L.J.* 729.
- Daly, Paul. “Section 96: Striking a Balance between Legal Centralism and Legal Pluralism”, in Richard Albert, Paul Daly and Vanessa MacDonnell, eds., *The Canadian Constitution in Transition*. Toronto: University of Toronto Press, 2019, 84.
- Deslauriers, Jacques. “La Cour provinciale et l’art. 96 de l’A.A.N.B.” (1977), 18 *C. de D.* 881.
- Garant, Patrice. “La Cour du Québec et la justice administrative” (2012), 53 *C. de D.* 229.
- Girard, Philip, Jim Phillips and R. Blake Brown. *A History of Law in Canada*, vol. 1, *Beginnings to 1866*. Toronto: University of Toronto Press, 2018.
- Healy, Patrick. “Constitutional Limitations upon the Allocation of Trial Jurisdiction to the Superior or Provincial Court in Criminal Matters” (2003), 48 *Crim. L.Q.* 31.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, 5th ed. Supp. Toronto: Thomson Reuters, 2019 (loose-leaf updated 2019, release 1).
- Hogg, Peter W., and Cara F. Zwibel. “The rule of law in the Supreme Court of Canada” (2005), 55 *U.T.L.J.* 715.
- Huppé, Luc. *Le régime juridique du pouvoir judiciaire*. Montréal: Wilson & Lafleur, 2000.
- Johnson, (Alyn) James. “The *Judges Reference* and the *Secession Reference* at Twenty: Reassessing the Supreme Court of Canada’s Unfinished Unwritten Constitutional Principles Project” (2019), 56 *Alta. L. Rev.* 1077.
- Jones, David Phillip. “A Constitutionally Guaranteed Role for the Courts” (1979), 57 *Can. Bar Rev.* 669.
- Lamer, Antonio. “The Rule of Law and Judicial Independence: Protecting Core Values in Times of Change” (1996), 45 *U.N.B.L.J.* 3.
- Lederman, W. R. “The Independence of the Judiciary” (1956), 34 *Can. Bar Rev.* 769 and 1139.
- Lyon, Noël. “Is Amendment of Section 96 Really Necessary?” (1987), 36 *U.N.B.L.J.* 79.
- Migneault, Gaétan. “L’administration de la justice et la structure judiciaire canadienne” (2006), 37 *R.D.U.S.* 41.
- Monahan, Patrick J., Byron Shaw and Padraic Ryan. *Constitutional Law*, 5th ed. Toronto: Irwin Law, 2017.
- Blackstone, William. *Commentaires sur les lois anglaises*, t. IV, traduit par N. M. Chompré, Paris, Bossange, 1823.
- Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 6<sup>e</sup> éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014.
- Canada. Department of Justice. *Correspondence, Reports of the Ministers of Justice and Orders in Council Upon the Subject of Dominion and Provincial Legislation 1867-1895*, by W. E. Hodgins, Ottawa, 1896.
- Crépeau, Paul-André. « La fonction du droit des obligations » (1998), 43 *R.D. McGill* 729.
- Daly, Paul. « Section 96 : Striking a Balance between Legal Centralism and Legal Pluralism », in Richard Albert, Paul Daly and Vanessa MacDonnell, eds., *The Canadian Constitution in Transition*, Toronto, University of Toronto Press, 2019, 84.
- Deslauriers, Jacques. « La Cour provinciale et l’art. 96 de l’A.A.N.B. » (1977), 18 *C. de D.* 881.
- Garant, Patrice. « La Cour du Québec et la justice administrative » (2012), 53 *C. de D.* 229.
- Girard, Philip, Jim Phillips and R. Blake Brown. *A History of Law in Canada*, vol. 1, *Beginnings to 1866*, Toronto, University of Toronto Press, 2018.
- Healy, Patrick. « Constitutional Limitations upon the Allocation of Trial Jurisdiction to the Superior or Provincial Court in Criminal Matters » (2003), 48 *Crim. L.Q.* 31.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, 5th ed., Supp., Toronto, Thomson Reuters, 2019 (loose-leaf updated 2019, release 1).
- Hogg, Peter W., and Cara F. Zwibel. « The rule of law in the Supreme Court of Canada » (2005), 55 *U.T.L.J.* 715.
- Huppé, Luc. *Le régime juridique du pouvoir judiciaire*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2000.
- Johnson, (Alyn) James. « The *Judges Reference* and the *Secession Reference* at Twenty : Reassessing the Supreme Court of Canada’s Unfinished Unwritten Constitutional Principles Project » (2019), 56 *Alta. L. Rev.* 1077.
- Jones, David Phillip. « A Constitutionally Guaranteed Role for the Courts » (1979), 57 *R. du B. can.* 669.
- Lamer, Antonio. « The Rule of Law and Judicial Independence : Protecting Core Values in Times of Change » (1996), 45 *R.D. U.N.-B.* 3.
- Lederman, W. R. « The Independence of the Judiciary » (1956), 34 *R. du B. can.* 769 and 1139.
- Lyon, Noël. « Is Amendment of Section 96 Really Necessary? » (1987), 36 *R.D. U.N.-B.* 79.

- Morley, J. Gareth. “Dead Hands, Living Trees, Historic Compromises: The Senate Reform and Supreme Court Act References Bring the Originalism Debate to Canada” (2016), 53 *Osgoode Hall L.J.* 745.
- Normand, Sylvio. *La Cour du Québec: Genèse et développement*. Montréal: Wilson & Lafleur, 2013.
- Pépin, Gilles. *Les tribunaux administratifs et la Constitution — Étude des articles 96 à 101 de l’A.A.N.B.* Montréal: Presses de l’Université de Montréal, 1969.
- Pépin, René. “Les parlements peuvent-ils vider les cours supérieures de leur juridiction? Ont-elles des pouvoirs ‘inhérents’, ‘inaliénables’? Réflexions sur la décision *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*” (1997), 22 *Queen’s L.J.* 487.
- Québec. Assemblée législative. “Bill 20 — Code de procédure civile”, *Débats de l’Assemblée législative*, vol. 2, n° 85, 4<sup>e</sup> sess., 27<sup>e</sup> lég., 14 juillet 1965, p. 4294.
- Québec. Assemblée législative. “Bill No 75 — Loi modifiant la loi des tribunaux judiciaires”, *Débats de l’Assemblée législative*, vol. 2, n° 84, 4<sup>e</sup> sess., 27<sup>e</sup> lég., 13 juillet 1965, p. 4232-4235.
- Québec. Assemblée législative. “Projet de loi: Code de procédure civile”, *Débats de l’Assemblée législative*, vol. 1, 1<sup>re</sup> sess., 24<sup>e</sup> lég., 12 et 16 décembre 1952, p. 273, 284.
- Québec. Assemblée nationale. “Bill 74 — Loi modifiant de nouveau le code de procédure civile”, *Débats de l’Assemblée nationale*, vol. 8, n° 100, 4<sup>e</sup> sess., 28<sup>e</sup> lég., 9 décembre 1969, p. 4746-4748, 4750.
- Québec. Assemblée nationale. “Projet de loi 41 — Loi modifiant le Code de procédure civile et la Loi sur les cours municipales”, *Journal des débats*, vol. 34, n° 8, 1<sup>re</sup> sess., 35<sup>e</sup> lég., 8 décembre 1994, p. 359-360.
- Québec. Assemblée nationale. “Projet de loi 83 — Loi modifiant le Code de procédure civile et d’autres dispositions législatives”, *Journal des débats*, vol. 27, n° 91, 4<sup>e</sup> sess., 32<sup>e</sup> lég., 15 mai 1984, p. 6033.
- Québec. Assemblée nationale. “Projet de loi 83 — Loi modifiant le Code de procédure civile et d’autres dispositions législatives”, *Journal des débats*, vol. 27, n° 103, 4<sup>e</sup> sess., 32<sup>e</sup> lég., 7 juin 1984, p. 6826-6831.
- Québec. Assemblée nationale. “Projet de loi n° 28 — Loi instituant le nouveau Code de procédure civile”, *Journal des débats*, vol. 43, n° 72, 1<sup>re</sup> sess., 40<sup>e</sup> lég., 24 septembre 2013, p. 4502-4509.
- Québec. Assemblée nationale. “Projet de loi n° 40 — Loi modifiant le Code de procédure civile et d’autres dispositions législatives”, *Journal des débats*, vol. 21, n° 36, 4<sup>e</sup> sess., 31<sup>e</sup> lég., 5 juin 1979, p. 1686.
- Québec. Assemblée nationale. “Projet de loi n° 54 — Loi portant réforme du Code de procédure civile”, *Journal*
- Migneault, Gaétan. « L’administration de la justice et la structure judiciaire canadienne » (2006), 37 *R.D.U.S.* 41.
- Monahan, Patrick J., Byron Shaw and Padraic Ryan. *Constitutional Law*, 5th ed., Toronto, Irwin Law, 2017.
- Morley, J. Gareth. « Dead Hands, Living Trees, Historic Compromises : The Senate Reform and Supreme Court Act References Bring the Originalism Debate to Canada » (2016), 53 *Osgoode Hall L.J.* 745.
- Normand, Sylvio. *La Cour du Québec : Genèse et développement*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2013.
- Pépin, Gilles. *Les tribunaux administratifs et la Constitution — Étude des articles 96 à 101 de l’A.A.N.B.*, Montréal, Presses de l’Université de Montréal, 1969.
- Pépin, René. « Les parlements peuvent-ils vider les cours supérieures de leur juridiction? Ont-elles des pouvoirs “inhérents”, “inaliénables”? Réflexions sur la décision *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson* » (1997), 22 *Queen’s L.J.* 487.
- Québec. Assemblée législative. « Bill 20 — Code de procédure civile », *Débats de l’Assemblée législative*, vol. 2, n° 85, 4<sup>e</sup> sess., 27<sup>e</sup> lég., 14 juillet 1965, p. 4294.
- Québec. Assemblée législative. « Bill No 75 — Loi modifiant la loi des tribunaux judiciaires », *Débats de l’Assemblée législative*, vol. 2, n° 84, 4<sup>e</sup> sess., 27<sup>e</sup> lég., 13 juillet 1965, p. 4232-4235.
- Québec. Assemblée législative. « Projet de loi : Code de procédure civile », *Débats de l’Assemblée législative*, vol. 1, 1<sup>re</sup> sess., 24<sup>e</sup> lég., 12 et 16 décembre 1952, p. 273, 284.
- Québec. Assemblée nationale. « Bill 74 — Loi modifiant de nouveau le code de procédure civile », *Débats de l’Assemblée nationale*, vol. 8, n° 100, 4<sup>e</sup> sess., 28<sup>e</sup> lég., 9 décembre 1969, p. 4746-4748, 4750.
- Québec. Assemblée nationale. « Projet de loi 41 — Loi modifiant le Code de procédure civile et la Loi sur les cours municipales », *Journal des débats*, vol. 34, n° 8, 1<sup>re</sup> sess., 35<sup>e</sup> lég., 8 décembre 1994, p. 359-360.
- Québec. Assemblée nationale. « Projet de loi 83 — Loi modifiant le Code de procédure civile et d’autres dispositions législatives », *Journal des débats*, vol. 27, n° 91, 4<sup>e</sup> sess., 32<sup>e</sup> lég., 15 mai 1984, p. 6033.
- Québec. Assemblée nationale. « Projet de loi 83 — Loi modifiant le Code de procédure civile et d’autres dispositions législatives », *Journal des débats*, vol. 27, n° 103, 4<sup>e</sup> sess., 32<sup>e</sup> lég., 7 juin 1984, p. 6826-6831.
- Québec. Assemblée nationale. « Projet de loi n° 28 — Loi instituant le nouveau Code de procédure civile », *Journal des débats*, vol. 43, n° 72, 1<sup>re</sup> sess., 40<sup>e</sup> lég., 24 septembre 2013, p. 4502-4509.

- des débats*, vol. 37, n° 58, 2<sup>e</sup> sess., 36<sup>e</sup> lég., 20 novembre 2001, p. 3769-3771.
- Québec. Assemblée nationale. «Projet de loi n° 101 — Loi modifiant diverses dispositions législatives», *Journal des débats*, vol. 26, n° 100, 3<sup>e</sup> sess., 32<sup>e</sup> lég., 13 décembre 1982, p. 7105.
- Québec. Assemblée nationale. Commission permanente de la justice. «Projet de loi n° 101 — Loi modifiant diverses dispositions législatives», *Journal des débats*, n° 226, 3<sup>e</sup> sess., 32<sup>e</sup> lég., 16 décembre 1982, p. B-11320 à B-11321.
- Québec. Assemblée nationale. Commission permanente des institutions. «Étude détaillée du projet de loi n° 54 — Loi portant sur la réforme du Code de procédure civile», *Journal des débats*, vol. 37, n° 71, 2<sup>e</sup> sess., 36<sup>e</sup> lég., 2 mai 2002, p. 6-7, 9.
- Roach, Kent. *Criminal Law*, 7th ed. Toronto: Irwin Law, 2018.
- Rubin, Gerald. «The Nature, Use and Effect of Reference Cases in Canadian Constitutional Law» (1960), 6 *McGill L.J.* 168.
- Russell, Peter H. *The Judiciary in Canada: The Third Branch of Government*. Toronto: McGraw-Hill Ryerson, 1987.
- Seniuk, Gerald T. G., and Noël Lyon. «The Supreme Court of Canada and The Provincial Court in Canada» (2000), 79 *Can. Bar Rev.* 77.
- Shaw, George Bernard. *Pygmalion*. Waiheke Island, N.Z.: Floating Press, 1913 (2008 reprint).
- St-Louis, Huguette. «Reform of the Trial Courts in Quebec», in Peter H. Russell, ed., *Canada's Trial Courts: Two Tiers or One?* Toronto: Toronto University Press, 2007, 123.
- Trudel, Gérard. *Traité de droit civil du Québec*, t. 7, *Des contrats*. Montréal: Wilson & Lafleur, 1946.
- Québec. Assemblée nationale. «Projet de loi n° 40 — Loi modifiant le Code de procédure civile et d'autres dispositions législatives», *Journal des débats*, vol. 21, n° 36, 4<sup>e</sup> sess., 31<sup>e</sup> lég., 5 juin 1979, p. 1686.
- Québec. Assemblée nationale. «Projet de loi n° 54 — Loi portant réforme du Code de procédure civile», *Journal des débats*, vol. 37, n° 58, 2<sup>e</sup> sess., 36<sup>e</sup> lég., 20 novembre 2001, p. 3769-3771.
- Québec. Assemblée nationale. «Projet de loi n° 101 — Loi modifiant diverses dispositions législatives», *Journal des débats*, vol. 26, n° 100, 3<sup>e</sup> sess., 32<sup>e</sup> lég., 13 décembre 1982, p. 7105.
- Québec. Assemblée nationale. Commission permanente de la justice. «Projet de loi n° 101 — Loi modifiant diverses dispositions législatives», *Journal des débats*, n° 226, 3<sup>e</sup> sess., 32<sup>e</sup> lég., 16 décembre 1982, p. B-11320 à B-11321.
- Québec. Assemblée nationale. Commission permanente des institutions. «Étude détaillée du projet de loi n° 54 — Loi portant sur la réforme du Code de procédure civile», *Journal des débats*, vol. 37, n° 71, 2<sup>e</sup> sess., 36<sup>e</sup> lég., 2 mai 2002, p. 6-7, 9.
- Roach, Kent. *Criminal Law*, 7th ed., Toronto, Irwin Law, 2018.
- Rubin, Gerald. «The Nature, Use and Effect of Reference Cases in Canadian Constitutional Law» (1960), 6 *R.D. McGill* 168.
- Russell, Peter H. *The Judiciary in Canada : The Third Branch of Government*, Toronto, McGraw-Hill Ryerson, 1987.
- Seniuk, Gerald T. G., and Noël Lyon. «The Supreme Court of Canada and The Provincial Court in Canada» (2000), 79 *R. du B. can.* 77.
- Shaw, George Bernard. *Pygmalion*, traduit par Augustin et Henriette Hamon, Paris, Aubier-Montaigne, 1967.
- St-Louis, Huguette. «Reform of the Trial Courts in Quebec», in Peter H. Russell, ed., *Canada's Trial Courts : Two Tiers or One?*, Toronto, Toronto University Press, 2007, 123.
- Trudel, Gérard. *Traité de droit civil du Québec*, t. 7, *Des contrats*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1946.

APPEALS from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Duval Hesler C.J. and Bich, Kasirer, Levesque, Vaclair, Mainville and Hogue J.J.A.), 2019 QCCA 1492, [2019] AZ-51627804, [2019] Q.J. No. 7806 (QL), 2019 CarswellQue 10358 (WL Can.), in the matter of the reference pertaining to the constitutional validity of the provisions of article 35 of the *Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25.01, which set at less than \$85,000 the exclusive monetary

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (la juge en chef Duval Hesler et les juges Bich, Kasirer, Levesque, Vaclair, Mainville et Hogue), 2019 QCCA 1492, [2019] AZ-51627804, [2019] J.Q. n° 7806 (QL), 2019 CarswellQue 8040 (WL Can.), dans l'affaire d'un renvoi portant sur la validité constitutionnelle des dispositions de l'article 35 du *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01, qui fixent à moins de 85 000 \$ la compétence pécuniaire

jurisdiction of the Court of Québec and to the appellate jurisdiction assigned to the Court of Québec. Appeals dismissed, Wagner C.J. and Rowe J. dissenting in part and Abella J. dissenting.

*François Grondin and Guy J. Pratte*, for Conférence des juges de la Cour du Québec.

*Dominique Rousseau and Francis Demers*, for the Attorney General of Quebec.

*Marc-André Fabien and Vincent Cérat Lagana*, for Conseil de la magistrature du Québec.

*Audrey Mayrand and Jennifer Klinck*, for the Canadian Association of Provincial Court Judges.

*Sean Griffin and William J. Atkinson*, for the Chief Justice, Senior Associate Chief Justice and Associate Chief Justice of the Superior Court of Quebec.

*Bernard Letarte*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Daniel Huffaker*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*Gareth Morley*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Written submissions only by *Randy Steele*, for the intervener the Attorney General of Alberta.

No one appeared for the intervener Organisme d'autoréglementation du courtage immobilier du Québec.

*P. Jonathan Faulds, Q.C.*, for the intervener the Canadian Council of Chief Judges.

*Ryan D. W. Dalziel*, for the intervener the Trial Lawyers Association of British Columbia.

*Pierre Bienvenu*, for the intervener the Canadian Superior Courts Judges Association.

exclusive de la Cour du Québec et sur la compétence d'appel attribuée à la Cour du Québec. Pourvois rejetés, le juge en chef Wagner et le juge Rowe sont dissidents en partie et la juge Abella est dissidente.

*François Grondin et Guy J. Pratte*, pour la Conférence des juges de la Cour du Québec.

*Dominique Rousseau et Francis Demers*, pour le procureur général du Québec.

*Marc-André Fabien et Vincent Cérat Lagana*, pour le Conseil de la magistrature du Québec.

*Audrey Mayrand et Jennifer Klinck*, pour l'Association canadienne des juges des cours provinciales.

*Sean Griffin et William J. Atkinson*, pour le juge en chef, la juge en chef associée et la juge en chef adjointe de la Cour supérieure du Québec.

*Bernard Letarte*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Daniel Huffaker*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Gareth Morley*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Argumentation écrite seulement par *Randy Steele*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Personne n'a comparu pour l'intervenant l'Organisme d'autoréglementation du courtage immobilier du Québec.

*P. Jonathan Faulds, c.r.*, pour l'intervenant Canadian Council of Chief Judges.

*Ryan D. W. Dalziel*, pour l'intervenante Trial Lawyers Association of British Columbia.

*Pierre Bienvenu*, pour l'intervenante l'Association canadienne des juges des cours supérieures.

English version of the judgment of Moldaver, Karakatsanis, Côté and Martin JJ. delivered by

Le jugement des juges Moldaver, Karakatsanis, Côté et Martin a été rendu par

CÔTÉ AND MARTIN JJ. —

LES JUGES CÔTÉ ET MARTIN —

## TABLE OF CONTENTS

## TABLE DES MATIÈRES

	Paragraph		Paragraphe
I. <u>Overview</u> .....	1	I. <u>Aperçu</u> .....	1
II. <u>Background to the Reference to the Quebec Court of Appeal</u> .....	12	II. <u>Contexte du renvoi à la Cour d’appel du Québec</u> .....	12
III. <u>Quebec Court of Appeal, 2019 QCCA 1492</u> .....	19	III. <u>Cour d’appel du Québec, 2019 QCCA 1492</u> .....	19
IV. <u>Analysis on the First Question</u> .....	26	IV. <u>Analyse de la première question</u> .....	26
A. <i>Scope of the First Reference Question</i> .....	26	A. <i>La portée de la première question du renvoi</i> .....	26
B. <i>Constitutional Framework</i> .....	29	B. <i>Le cadre constitutionnel</i> .....	29
(1) <u>Compromise Reached at Confederation</u> .....	32	(1) <u>Le compromis conclu à l’époque de la Confédération</u> .....	32
(2) <u>Role and Purpose of Section 96</u> .....	41	(2) <u>Le rôle et l’objet de l’art. 96</u> .....	41
(a) <i>National Unity</i> .....	43	a) <i>L’unité nationale</i> .....	43
(b) <i>Rule of Law</i> .....	46	b) <i>La primauté du droit</i> .....	46
(3) <u>Concept Common to the Section 96 Tests: Prohibition Against Creating Parallel Courts That Undermine the Role of the Superior Courts</u> .....	53	(3) <u>Une notion commune aux tests découlant de l’art. 96 : l’interdiction de créer des cours parallèles qui affaiblissent le rôle des cours supérieures</u> .....	53
(a) <i>Historical Jurisdiction</i> .....	55	a) <i>Les compétences historiques</i> .....	55
(b) <i>Core Jurisdiction</i> .....	63	b) <i>La compétence fondamentale</i> .....	63
(c) <i>Conclusion</i> .....	70	c) <i>Conclusion</i> .....	70
C. <i>Application</i> .....	71	C. <i>Application</i> .....	71
(1) <u>Three-Step Residential Tenancies Test</u> .....	72	(1) <u>Le test en trois volets du Renvoi sur la location résidentielle</u> .....	72
(a) <i>Characterizing the Jurisdiction</i> .....	72	a) <i>La qualification de la compétence</i> .....	72
(b) <i>Historical Analysis</i> .....	75	b) <i>L’analyse historique</i> .....	75

(2) <u>Core Jurisdiction Test</u> .....	80	(2) <u>Le test de la compétence fondamentale</u> .....	80
(a) <i>General Private Law Jurisdiction</i> .....	82	a) <i>La compétence générale en droit privé</i> .....	82
(b) <i>Purpose of the Analysis and Factors to Consider</i> .....	87	b) <i>L'objet de l'analyse et les facteurs à considérer</i> .....	87
(i) <u>Scope of the Jurisdiction Being Granted</u> .....	96	(i) <u>L'étendue de la compétence attribuée</u> .....	96
(ii) <u>Whether the Grant Is Exclusive or Concurrent</u> .....	101	(ii) <u>Le caractère exclusif ou concurrent de l'attribution</u> .....	101
(iii) <u>Monetary Limit</u> .....	105	(iii) <u>Le seuil pécuniaire</u> .....	105
(iv) <u>Appeal Mechanisms</u> .....	119	(iv) <u>Les mécanismes d'appel</u> .....	119
(v) <u>Impact on the Caseload of the Superior Court of General Jurisdiction</u> .....	124	(v) <u>L'impact sur le volume de dossiers de la cour supérieure de juridiction générale</u> .....	124
(vi) <u>Pursuit of an Important Societal Objective</u> .....	126	(vi) <u>La poursuite d'un objectif social important</u> .....	126
(c) <i>Weighing the Factors</i> .....	131	c) <i>La mise en balance</i> .....	131
V. <u>Analysis on the Second Question</u> .....	146	V. <u>Analyse de la seconde question</u> .....	146
VI. <u>Effect of the Decision</u> .....	151	VI. <u>Effet de la décision</u> .....	151
VII. <u>Disposition</u> .....	160	VII. <u>Dispositif</u> .....	160
<u>Appendix</u>		<u>Annexe</u>	

## I. Overview

[1] The unified national judicial system is a defining feature of Canada's judiciary. This system ensures the joint participation of the federal government and the provinces.<sup>1</sup> On the one hand, the Constitution grants exclusive jurisdiction over the administration of justice to the provinces, thereby empowering them to create courts and organize them. On the other hand, it places a specific category of courts, the superior courts, at the centre of the Canadian judiciary and vests the federal government with the power to appoint their judges.

<sup>1</sup> For the sake of readability of these reasons, references only to the provinces will be understood to include Canada's territories.

## I. Aperçu

[1] Le système judiciaire national unifié représente une caractéristique déterminante du régime judiciaire canadien. Ce système assure une participation conjointe de l'État fédéral et des provinces<sup>1</sup>. D'une part, la Constitution reconnaît aux provinces une compétence exclusive en matière d'administration de la justice en vertu de laquelle elles peuvent créer des tribunaux et les organiser. D'autre part, elle place une catégorie particulière de cours de justice, les cours supérieures, au centre de l'ordre judiciaire canadien et en confie la nomination de leurs juges à l'État fédéral.

<sup>1</sup> Pour alléger les présents motifs, nous ne référons qu'aux provinces, mais il demeure entendu que les territoires canadiens sont également visés.



[2] Over the years, the courts have endeavoured to give meaning to this characteristic of Canada's judicial system, which stems from ss. 92(14) and 96 to 100 of the *Constitution Act, 1867*. The case law sought to strike a proper balance between provincial initiatives on the administration of justice and respect for one of the important compromises of the Fathers of Confederation, on which the special and inalienable status conferred on the s. 96 courts is grounded.

[3] The first question raised in these appeals is whether art. 35 para. 1 of the *Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25.01 (“C.C.P.”), is consistent with s. 96 of the *Constitution Act, 1867*. Put differently, does granting exclusive jurisdiction over civil claims for less than \$85,000 to the Court of Québec create a parallel or shadow court that usurps the role reserved by the Constitution to the superior courts? In this case, the legislature has not transferred a specific jurisdiction to the provincial court, but rather an extensive and exclusive jurisdiction over a vast area at the heart of private law. This case presents an opportunity for this Court to clarify the line that the provinces must not cross in exercising their jurisdiction over the administration of justice. This question represents a new milestone in the evolution of the case law on s. 96, as it concerns a wholesale court-to-court transfer of jurisdiction over contractual and extracontractual obligations below a specific monetary limit, which has the effect of removing these matters from the jurisdiction of the superior courts.

[4] The purpose of s. 96 is to give effect to the compromise reached at Confederation by protecting the special status of the superior courts of general jurisdiction as the cornerstone of our unitary justice system. The principles of national unity and the rule of law are central to this organization of the judiciary. To ensure that s. 96 fulfills its function, this Court has developed various tests over time, the most recent being the three-step test from *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714 (“*Residential Tenancies*”), and the core jurisdiction test adopted in *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*,

[2] Au fil des années, les tribunaux se sont efforcés de donner un sens à cette particularité du système judiciaire canadien qui découle du par. 92(14) et des art. 96 à 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La jurisprudence atteste de la recherche d'un juste équilibre entre les initiatives provinciales en matière d'administration de la justice et le respect d'un des compromis importants acceptés par les Pères de la Confédération, une entente qui confère un statut spécial et inaliénable aux cours visées à l'art. 96.

[3] La première question posée par les présents pourvois nous invite à déterminer si l'art. 35 al. 1 du *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01 (« C.p.c. »), se justifie au regard de l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. En d'autres termes, l'attribution exclusive à la Cour du Québec d'une compétence sur les réclamations civiles de moins de 85 000 \$ crée-t-elle une cour parallèle qui usurpe le rôle réservé par la Constitution aux cours supérieures? En l'espèce, la législature transfère au tribunal provincial non pas une compétence précise ou spécifique, mais une compétence exclusive étendue dans un vaste domaine situé au cœur du droit privé. La présente affaire offre à notre Cour l'occasion de clarifier la frontière que les provinces ne doivent pas franchir dans l'exercice de leur compétence en matière d'administration de la justice. Cette question constitue un nouveau jalon dans l'évolution de la jurisprudence relative à l'art. 96, puisqu'elle concerne un transfert en bloc de compétences d'une cour judiciaire vers une autre en matière d'obligations contractuelles et extracontractuelles se situant sous un seuil pécuniaire particulier, et retirant donc ces matières de la compétence des cours supérieures.

[4] L'article 96 vise à donner substance au compromis conclu à l'époque de la Confédération en protégeant le statut particulier des cours supérieures de juridiction générale à titre de pierre angulaire de notre système de justice unitaire. Les principes de l'unité nationale et de la primauté du droit occupent une place centrale dans cette organisation judiciaire. Pour que l'art. 96 remplisse sa mission, notre Cour a développé toute une variété de tests à travers le temps, dont les manifestations les plus récentes sont le test en trois volets du *Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714

[1995] 4 S.C.R. 725. These two tests are based on a shared concern reflected in earlier jurisprudence: the nature and role of superior courts are to be protected, and the creation of courts with provincially appointed judges that mirror or usurp the functions of superior courts is not permitted.

[5] The three-step *Residential Tenancies* test limits the granting of power or jurisdiction over a type of dispute where, at the time of Confederation, the power or jurisdiction came exclusively or primarily within the remit of the superior courts. In our view, the application of this test does not on its own render art. 35 para. 1 *C.C.P.* unconstitutional. Indeed, there was sufficient general involvement by the inferior courts in civil disputes pertaining to the law of contractual and extracontractual obligations in three of the four founding provinces.

[6] The second test aims to determine whether a grant of jurisdiction infringes on the superior courts' core jurisdiction either through an alteration of their essential nature or because they are prevented from playing their central role conferred by s. 96. Article 35 para. 1 *C.C.P.* infringes on the superior courts' general private law jurisdiction — an essential feature that forms part of their core jurisdiction — in a way that is inconsistent with the Constitution. Both the Superior Court and the Court of Québec play an important part in maintaining the rule of law, enjoy the guarantees of judicial independence, are composed of professional, qualified judges, and promote access to justice. These shared characteristics are essential to the proper functioning of both courts and to the protection of the public. While we acknowledge these realities, the question is nevertheless whether the province's wholesale transfer of an exclusive jurisdiction to a court with provincially appointed judges complies with s. 96.

(« *Renvoi sur la location résidentielle* »), ainsi que celui de la compétence fondamentale reconnu dans l'arrêt *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725. Ces deux cadres d'analyse reposent sur une préoccupation commune qui animait déjà la jurisprudence antérieure à leur élaboration : la nature et le rôle des cours supérieures doivent être protégés et la création de cours de nomination provinciale qui sont parallèles aux cours supérieures ou qui usurpent leurs fonctions n'est pas permise.

[5] Le test en trois volets du *Renvoi sur la location résidentielle* restreint l'attribution d'un pouvoir ou d'une compétence sur un type de différend quand, à l'époque de la Confédération, ce pouvoir ou cette compétence relevaient exclusivement ou principalement des cours supérieures. Selon nous, la seule application du test en trois volets du *Renvoi sur la location résidentielle* n'a pas pour effet de rendre inconstitutionnel l'art. 35 al. 1 *C.p.c.* De fait, il existait un engagement général suffisant des tribunaux inférieurs en matière de litiges civils fondés sur le droit des obligations contractuelles et extracontractuelles dans trois des quatre provinces fondatrices.

[6] Le deuxième test cherche à déterminer si une attribution de compétence porte atteinte à la compétence fondamentale des cours supérieures, soit en changeant la nature essentielle de ces cours, soit en les empêchant de jouer le rôle central qui leur incombe en vertu de l'art. 96. L'article 35 al. 1 *C.p.c.* porte atteinte à la compétence générale en droit privé des cours supérieures — une caractéristique essentielle faisant partie de leur compétence fondamentale — d'une manière qui ne saurait être permise par la Constitution. Tant la Cour supérieure que la Cour du Québec jouent un rôle important quant au maintien de la primauté du droit, bénéficient des garanties d'indépendance judiciaire, sont composées de juges professionnels et qualifiés et promeuvent l'accès à la justice. Ces caractéristiques communes sont essentielles au bon fonctionnement des deux cours et à la protection du public. Bien que nous reconnaissons ces réalités, la question demeure celle de savoir si l'art. 96 permet à la province de transférer en bloc une compétence exclusive à une cour de nomination provinciale.

[7] In this distinct context, we have looked to a wide range of factors to answer that question: the scope of the jurisdiction granted by art. 35 para. 1 *C.C.P.*, the exclusivity of the grant, the high monetary limit, the available appeal mechanisms, and the absence of a societal objective capable of justifying the legislation. The weighing of the relevant factors leads us to conclude that the grant to the Court of Québec of exclusive jurisdiction over civil disputes concerning contractual and extracontractual obligations up to a value of less than \$85,000 unduly compromises the position of s. 96 courts and is unconstitutional. The scope of the jurisdiction granted by art. 35 para. 1 *C.C.P.*, combined with the various features of the institutional context in which that jurisdiction is exercised, transforms the Court of Québec into a prohibited parallel court and impermissibly infringes on the core jurisdiction of the Superior Court. This necessarily undermines the crucial role the Quebec Superior Court plays in the Canadian judicial system.

[8] We agree with the Court of Appeal that the monetary limit is too high when considered in its historical and institutional contexts. It is noteworthy that the transfer of jurisdiction to the Court of Québec not only grants a broad civil jurisdiction in the area of obligations that is circumscribed by a monetary limit, but also removes that jurisdiction from the Quebec Superior Court. This improperly impinges on the Superior Court's ability to hear and rule on disputes in a field at the heart of Quebec private law. No other court with provincially appointed judges in Canada has a comparable exclusive jurisdiction in civil matters: the other provinces retain a form of concurrent jurisdiction between courts with provincially appointed judges and s. 96 courts.

[9] Other characteristics of the Court of Québec likewise support the conclusion that the impugned article oversteps the bounds of constitutionality. Both courts hear civil cases involving contractual and extracontractual matters and apply the same laws

[7] À la lumière de ce contexte particulier, nous avons examiné une vaste gamme de facteurs afin de répondre à cette question : l'étendue de la compétence attribuée par l'art. 35 al. 1 *C.p.c.*, le caractère exclusif de l'attribution, le seuil pécuniaire élevé, les mécanismes d'appel prévus par la loi et l'absence d'un objectif social susceptible de justifier la mesure législative. La mise en balance des facteurs pertinents nous mène à la conclusion que l'attribution d'une compétence exclusive à la Cour du Québec sur les litiges civils en matière d'obligations contractuelles et extracontractuelles jusqu'à une valeur de moins de 85 000 \$ compromet indûment la position des cours visées à l'art. 96 et est inconstitutionnelle. L'ampleur de la compétence attribuée par l'art. 35 al. 1 *C.p.c.*, jumelée avec les différents attributs du contexte institutionnel dans le cadre duquel elle s'exerce, transforme la Cour du Québec en une cour parallèle prohibée et porte une atteinte inadmissible à la compétence fondamentale de la Cour supérieure. Cela affaiblit nécessairement le rôle primordial que la Cour supérieure du Québec est appelée à jouer au sein du système judiciaire canadien.

[8] Nous sommes d'accord avec la Cour d'appel que le seuil pécuniaire est trop élevé, lorsque considéré dans son contexte historique et institutionnel. Il est important de noter que le transfert de compétence à la Cour du Québec ne confère pas seulement une vaste compétence civile en matière d'obligations encadrée par un seuil monétaire, il retire également cette compétence à la Cour supérieure du Québec. Cela affecte d'une manière inadmissible sa capacité d'entendre et de trancher les litiges relevant d'un domaine situé au cœur du droit privé québécois. Aucune autre cour de nomination provinciale au Canada ne possède une compétence exclusive comparable en matière civile : les autres provinces maintiennent une certaine forme de compétence concurrente entre les cours de nomination provinciale et celles visées à l'art. 96.

[9] D'autres caractéristiques de la Cour du Québec appuient aussi la conclusion que l'article contesté franchit la ligne de la constitutionnalité. En effet, les deux cours entendent des litiges civils en matière contractuelle et extracontractuelle et tranchent ces

and procedural rules in adjudicating them. Further, the Court of Québec's decisions can be appealed directly to the Quebec Court of Appeal. As a result, the jurisdiction provided for in art. 35 para. 1 *C.C.P.* gives the Court of Québec every appearance of being a parallel court and undermines the central role reserved to the superior courts in the Canadian judicial system by ss. 96 to 100 of the *Constitution Act, 1867*. It is difficult to see what remains to distinguish the Court of Québec from a constitutionally protected superior court.

[10] In our view, the second reference question, which relates to the Court of Québec's application of the obligation of judicial deference when it hears an appeal from an administrative decision under certain provincial statutes, is now moot as a result of this Court's decision in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653, and the coming into force of s. 83.1 of the *Courts of Justice Act*, CQLR, c. T-16. We therefore decide not to address it.

[11] For the reasons that follow, we would dismiss the appeals on the basis that art. 35 para. 1 *C.C.P.* is unconstitutional and the second question is moot.

## II. Background to the Reference to the Quebec Court of Appeal

[12] On January 1, 2016, the new *Code of Civil Procedure*, including art. 35, came into force. Article 35 grants the Court of Québec exclusive jurisdiction over all civil disputes in which the value of the subject matter or the amount being claimed is less than \$85,000. However, this jurisdiction excludes family matters other than adoption, and any other jurisdiction that is exclusively assigned by law to another court or adjudicative body. Article 35 para. 1 *C.C.P.* reads as follows:

The Court of Québec has exclusive jurisdiction to hear and determine applications in which the value of the subject matter of the dispute or the amount claimed, including

derniers en appliquant les mêmes lois et les mêmes règles procédurales. De plus, les décisions rendues par la Cour du Québec peuvent faire l'objet d'un appel directement à la Cour d'appel du Québec. Donc, la compétence édictée à l'art. 35 al. 1 *C.p.c.* confère à la Cour du Québec toutes les apparences d'une cour parallèle et affaiblit la position centrale réservée aux cours supérieures dans le système judiciaire canadien par les art. 96 à 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il est devenu difficile de voir ce qui distingue encore la Cour du Québec d'une cour supérieure constitutionnellement protégée.

[10] À notre avis, la seconde question du renvoi, portant sur l'application par la Cour du Québec de l'obligation de déférence judiciaire lorsqu'elle entend un appel d'une décision administrative en vertu de certaines lois provinciales, est devenue théorique en raison du prononcé de l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653, ainsi que de l'entrée en vigueur de l'art. 83.1 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, RLRQ, c. T-16. Nous décidons donc de ne pas y répondre.

[11] Pour les motifs qui suivent, nous sommes d'avis de rejeter les pourvois au motif que l'art. 35 al. 1 *C.p.c.* est inconstitutionnel et que la seconde question est théorique.

## II. Contexte du renvoi à la Cour d'appel du Québec

[12] Le 1<sup>er</sup> janvier 2016, le nouveau *Code de procédure civile*, incluant l'art. 35, est entré en vigueur. L'article 35 confère à la Cour du Québec une compétence exclusive pour tout litige en matière civile dont la valeur de l'objet ou la somme réclamée est inférieure à 85 000 \$. Toutefois, cette compétence exclut les matières familiales, autres que l'adoption, et toute autre compétence attribuée exclusivement par la loi à un autre tribunal ou organisme juridictionnel. Le libellé de l'art. 35 al. 1 *C.p.c.* se lit comme suit :

La Cour du Québec a compétence exclusive pour entendre les demandes dans lesquelles soit la valeur de l'objet du litige, soit la somme réclamée, y compris en matière

in lease resiliation matters, is less than \$85,000, exclusive of interest; it also hears and determines applications ancillary to such an application, including those for the specific performance of a contractual obligation. However, it does not have such jurisdiction in cases where jurisdiction is formally and exclusively assigned to another court or adjudicative body, or in family matters other than adoption.

[13] The structure of Quebec's judicial organization, of which art. 35 forms part, can be understood by briefly reviewing the scope of the Superior Court's and the Court of Québec's current jurisdictions in order to get a full picture of the issues raised by these appeals.

[14] The Court of Québec, as a statutory court, may exercise only the jurisdiction conferred on it by the legislature. Under Quebec legislation, the Court of Québec has jurisdiction throughout Quebec over civil, criminal and penal matters, as well as over youth matters. This three-pronged jurisdiction is reflected in the three divisions of the court (ss. 2, 79 and 106 of the *Courts of Justice Act*). The court also sits on administrative matters and on appeals in cases provided for by law (s. 79). Pursuant to art. 35 *C.C.P.*, the Court of Québec's Civil Division has exclusive jurisdiction to hear and determine applications where the value of the subject matter is less than \$85,000. Applications not exceeding \$15,000 are heard by the Civil Division's Small Claims Division (art. 536 *C.C.P.*).

[15] By contrast, the Quebec Superior Court, as the court of original general jurisdiction, has province-wide jurisdiction to hear and determine any matter that is not formally and exclusively assigned to another court (art. 33 para. 1 *C.C.P.*). As a result, it hears, *inter alia*, civil suits in which the amount at issue is at least \$85,000, cases relating to immovable property or its dismemberments, successions and wills, and most family law cases, including divorce applications. The Superior Court also has exclusive jurisdiction over class actions and injunctions (art. 33 para. 2 *C.C.P.*), a general power of judicial review (art. 34 para. 1 *C.C.P.*) and jurisdiction to hear and determine a number of civil proceedings provided for

de résiliation de bail, est inférieure à 85 000 \$, sans égard aux intérêts; elle entend également les demandes qui leur sont accessoires portant notamment sur l'exécution en nature d'une obligation contractuelle. Néanmoins, elle n'exerce pas cette compétence dans les cas où la loi l'attribue formellement et exclusivement à une autre juridiction ou à un organisme juridictionnel, non plus que dans les matières familiales autres que l'adoption.

[13] Pour bien comprendre la structure de l'organisation judiciaire québécoise dans laquelle s'inscrit l'art. 35, il convient d'exposer succinctement l'étendue des compétences actuelles de la Cour supérieure et de la Cour du Québec, afin d'avoir une vue d'ensemble des enjeux soulevés par les présents pourvois.

[14] La Cour du Québec, à titre de cour statutaire, n'est compétente que dans les limites prévues par la loi. En vertu de la législation québécoise, la Cour du Québec a compétence sur tout le territoire du Québec en matière civile, criminelle et pénale, ainsi que dans les matières relatives à la jeunesse. Cette triple compétence se reflète dans les trois chambres la constituant (art. 2, 79 et 106 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*). De plus, la cour siège en matière administrative et en appel dans les cas prévus par la loi (art. 79). En vertu de l'art. 35 *C.p.c.*, la Chambre civile de la Cour du Québec est seule compétente pour entendre les demandes dont la valeur de l'objet en litige est inférieure à 85 000 \$. Les demandes d'au plus 15 000 \$ sont entendues à la Division des petites créances de cette même chambre (art. 536 *C.p.c.*).

[15] En ce qui concerne la Cour supérieure du Québec, étant le tribunal de droit commun, elle est compétente à l'échelle provinciale pour entendre toute demande en toute matière non attribuée de manière formelle et exclusive à une autre juridiction (art. 33 al. 1 *C.p.c.*). Conséquemment, la Cour supérieure entend, entre autres, les litiges en matière civile dont la valeur est de 85 000 \$ et plus, ainsi que ceux relatifs à la propriété immobilière ou à ses démembrements, aux affaires successorales et testamentaires et la majorité des litiges en matière familiale, y compris les demandes en divorce. De plus, elle possède la compétence exclusive en matière d'actions collectives et d'injonctions (art. 33 al. 2

in federal legislation, such as applications relating to bankruptcy and insolvency.

[16] The Chief Justice, Senior Associate Chief Justice and Associate Chief Justice of the Superior Court of Quebec (“Chief Justice of the Superior Court et al.”) argue that the effect of art. 35 *C.C.P.* is to deny Quebec litigants the right to file any civil claim in the Superior Court in which the value of the subject matter of the dispute is less than \$85,000. They argue this provision prevents the Superior Court from stating and advancing the law with respect to such claims. The Chief Justice of the Superior Court et al. challenge the constitutionality of art. 35 *C.C.P.* on this basis.

[17] For this very reason, at the time of the *Code of Civil Procedure* reform, the Chief Justice of the Superior Court et al. urged the Quebec legislature not to raise the ceiling of the Court of Québec’s civil jurisdiction from \$70,000 to \$85,000. Moreover, they asked the Quebec government to submit a reference to the Quebec Court of Appeal to ask that court to rule on the constitutionality of the Court of Québec’s civil jurisdiction. After these requests were denied, the Chief Justice of the Superior Court et al. filed an originating application on July 19, 2017, seeking a declaratory judgment of unconstitutionality in the Superior Court. In their application, they also contested the appellate jurisdiction granted to the Court of Québec with respect to certain administrative decisions on the basis that the requirement of deference recognized in the case law is incompatible with the superior courts’ power of judicial review.

[18] In August 2017, in response to those legal proceedings, the Quebec government issued Order in Council 880-2017, *Concernant un renvoi à la Cour d’appel portant sur la validité constitutionnelle des dispositions de l’article 35 du Code de procédure civile qui fixent à moins de 85 000 \$ la compétence pécuniaire exclusive de la Cour du Québec et sur la compétence d’appel attribuée à la Cour du Québec,*

*C.p.c.*), est investie d’un pouvoir général de contrôle judiciaire (art. 34 al. 1 *C.p.c.*) et est compétente pour entendre nombre de recours en matière civile prévus à des lois fédérales, comme les demandes relatives à la faillite et à l’insolvabilité.

[16] Selon le juge en chef, la juge en chef associée et la juge en chef adjointe de la Cour supérieure du Québec (« juge en chef de la Cour supérieure *et al.* »), l’art. 35 *C.p.c.* a pour effet de nier aux justiciables québécois le droit de s’adresser à la Cour supérieure pour toute demande en matière civile dont la valeur de l’objet en litige est inférieure à 85 000 \$. Ils prétendent que cette disposition empêche la Cour supérieure d’énoncer et de faire évoluer le droit à l’égard de ces réclamations. Le juge en chef de la Cour supérieure *et al.* remettent ainsi en question la constitutionnalité de l’art. 35 *C.p.c.*

[17] C’est d’ailleurs pourquoi, au moment de la réforme du *Code de procédure civile*, le juge en chef de la Cour supérieure *et al.* ont pressé le législateur québécois de ne pas hausser le plafond de compétence civile de la Cour du Québec de 70 000 \$ à 85 000 \$. Ils ont également demandé au gouvernement du Québec de soumettre à la Cour d’appel du Québec un renvoi afin qu’elle se prononce sur la constitutionnalité de la compétence civile de la Cour du Québec. Ces demandes ayant été refusées, le juge en chef de la Cour supérieure *et al.* ont déposé, le 19 juillet 2017, une demande introductive d’instance à la Cour supérieure recherchant une déclaration d’inconstitutionnalité. Dans cette même demande, ils contestaient également la compétence d’appel attribuée à la Cour du Québec à l’égard de certaines décisions administratives, au motif que l’obligation de déférence reconnue par la jurisprudence y étant liée serait incompatible avec le pouvoir de contrôle judiciaire des cours supérieures.

[18] En août 2017, en réponse à ces procédures judiciaires, le gouvernement du Québec adoptait le Décret 880-2017, *Concernant un renvoi à la Cour d’appel portant sur la validité constitutionnelle des dispositions de l’article 35 du Code de procédure civile qui fixent à moins de 85 000 \$ la compétence pécuniaire exclusive de la Cour du Québec et sur la compétence d’appel attribuée à la Cour du Québec,*

(2017) 149 G.O. II, 4495. In October 2017, the Attorney General of Quebec (“AGQ”) filed with the Court of Appeal a notice of reference submitting the following questions:

[TRANSLATION]

1. Are the provisions of the first paragraph of article 35 of the *Code of Civil Procedure* (chapter C-25.01), setting at less than \$85,000 the limit to the exclusive monetary jurisdiction of the Court of Québec, valid with regard to section 96 of the *Constitution Act, 1867*, given the jurisdiction of Quebec over the administration of justice under paragraph 14 of section 92 of the *Constitution Act, 1867*?
2. Is it compatible with section 96 of the *Constitution Act, 1867* to apply the obligation of judicial deference, which characterizes the application for judicial review, to the appeals to the Court of Québec provided for in sections 147 of the *Act respecting access to documents held by public bodies and the protection of personal information* (chapter A-2.1), 115.16 of the *Act respecting the Autorité des marchés financiers* (chapter A-33.2), 100 of the *Real Estate Brokerage Act* (chapter C-73.2), 379 of the *Act respecting the distribution of financial products and services* (chapter D-9.2), 159 of the *Act respecting administrative justice* (chapter J-3), 240 and 241 of the *Police Act* (chapter P-13.1), 91 of the *Act respecting the Régie du logement* (chapter R-8.1) and 61 of the *Act respecting the protection of personal information in the private sector* (chapter P-39.1)?

(Order in Council, at p. 4496)

### III. Quebec Court of Appeal, 2019 QCCA 1492

[19] The Court of Appeal first outlined the origin and purpose of the provisions of the *Constitution Act, 1867* relating to the courts and the organization of justice, namely ss. 96 to 100, 129 and 133. Noting that these provisions are intended to reflect the United Kingdom’s judicial system, the court concluded that the Constitution does not allow superior courts to be abolished or deprived of their core powers. Similarly, the court held that there is [TRANSLATION] “a prohibition against creating courts with provincially appointed judges that exercise, in whole or in part, the jurisdiction of the superior courts as ‘shadows’ or ‘mirrors’ thereof” (paras. 35 and 46-47

(2017) 149 G.O. II, 4495. En octobre 2017, la procureure générale du Québec (« PGQ ») déposait à la Cour d’appel un Avis de renvoi dans lequel les questions suivantes lui étaient soumises :

1. Les dispositions du premier alinéa de l’article 35 du *Code de procédure civile* (chapitre C-25.01) fixant, à moins de 85 000 \$, le seuil de la compétence pécuniaire exclusive de la Cour du Québec, sont-elles valides au regard de l’article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, étant donné la compétence du Québec sur l’administration de la justice aux termes du paragraphe 92 (14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?
2. Est-il compatible avec l’article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* d’appliquer l’obligation de déférence judiciaire, qui caractérise le pourvoi en contrôle judiciaire, aux appels à la Cour du Québec prévus aux articles 147 de la *Loi sur l’accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels* (chapitre A-2.1), 115.16 de la *Loi sur l’Autorité des marchés financiers* (chapitre A-33.2), 100 de la *Loi sur le courtage immobilier* (chapitre C-73.2), 379 de la *Loi sur la distribution des produits et services financiers* (chapitre D-9.2), 159 de la *Loi sur la justice administrative* (chapitre J-3), 240 et 241 de la *Loi sur la police* (chapitre P-13.1), 91 de la *Loi sur la Régie du logement* (chapitre R-8.1) et 61 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé* (chapitre P-39.1)?

(Décret, p. 4496)

### III. Cour d’appel du Québec, 2019 QCCA 1492

[19] La Cour d’appel a d’abord brossé un tableau de l’origine et de l’objet des dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867*, portant sur les tribunaux et l’organisation de la justice, soit les art. 96 à 100, 129 et 133. Rappelant que ces dispositions cherchent à refléter le système judiciaire du Royaume-Uni, la Cour d’appel a conclu que la Constitution interdit d’abolir les cours supérieures ou de leur retirer leurs pouvoirs fondamentaux. Similairement, la cour a conclu qu’il est « interdit d’établir des cours de nomination provinciale qui exerceraient, en tout ou en partie, la compétence des cours supérieures comme cours “parallèles” ou “miroirs” de celles-ci » (par. 35

(CanLII)). The Court of Appeal noted that the test developed in *Residential Tenancies* is generally used for this purpose.

[20] The Court of Appeal considered whether art. 35 *C.C.P.* infringes on the core jurisdiction of the Quebec Superior Court (para. 102). Relying on *Trial Lawyers Association of British Columbia v. British Columbia (Attorney General)*, 2014 SCC 59, [2014] 3 S.C.R. 31, the court held that the Quebec legislature may increase the amount of the Court of Québec's monetary jurisdiction only if it can do so without altering the core jurisdiction of the superior courts to "resolve disputes between individuals and decide questions of private . . . law" (para. 141, quoting *Trial Lawyers*, at para. 32).

[21] To identify the monetary limit beyond which an infringement on the core jurisdiction could not be justified, the Court of Appeal reviewed the structure of the courts in the other provinces. It then concluded that, [TRANSLATION] "[i]n light of the historical context as well as the objectives tied to the rule of law and national unity arising from section 96 of the *Constitution Act, 1867* . . . the Superior Court can retain its core jurisdiction to adjudicate civil disputes only if that jurisdiction applies to 'substantial' claims of litigants" (para. 148 (emphasis added)).

[22] The Court of Appeal took the amount of \$100 as the starting point for its analysis, because that was the amount of [TRANSLATION] "the maximum monetary jurisdiction exercised in 1867 by some of the inferior courts charged with hearing certain civil matters" (para. 144). However, it stressed that updating the amount [TRANSLATION] "is only one of the elements for determining whether a claim is substantial for a present-day litigant" (para. 153). An increase over and above the actual updated amount would not automatically infringe on the core jurisdiction of the superior courts (para. 154). Other factors must be considered, such as [TRANSLATION] "(1) the monetary threshold for appeals as of right to the Court of Appeal; (2) the legislative objectives

et 46-47 (CanLII)). La Cour d'appel a rappelé que le test généralement utilisé à cette fin est celui élaboré dans le *Renvoi sur la location résidentielle*.

[20] La Cour d'appel s'est penchée sur la question de savoir si l'art. 35 *C.p.c.* portait atteinte à la compétence fondamentale de la Cour supérieure du Québec (par. 102). Se fondant sur l'arrêt *Trial Lawyers Association of British Columbia c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2014 CSC 59, [2014] 3 R.C.S. 31, la cour a conclu que le législateur québécois ne pouvait accroître la compétence pécuniaire de la Cour du Québec que s'il le faisait sans altérer la compétence fondamentale des cours supérieures de « résoudre des différends opposant des particuliers et de trancher des questions de droit privé » (par. 141, citant *Trial Lawyers*, par. 32).

[21] Pour identifier le seuil pécuniaire à partir duquel une atteinte injustifiée à la compétence fondamentale se produirait, la Cour d'appel a considéré la structure des tribunaux dans les autres provinces. Elle a ensuite conclu « qu'en tenant compte tant du contexte historique que des objectifs de primauté du droit et d'unité nationale découlant de l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, la Cour supérieure ne peut conserver sa compétence fondamentale de trancher des différends en matière civile que si celle-ci s'applique à l'égard des réclamations "substantielles" des justiciables » (par. 148 (nous soulignons)).

[22] La Cour d'appel a retenu le montant de 100 \$ comme point de départ de l'analyse, puisqu'il correspond « à la compétence pécuniaire maximale qu'exerçaient, en 1867, quelques-unes des cours inférieures chargées d'entendre certaines matières civiles » (par. 144). Elle a souligné que l'actualisation de la somme « ne constitue cependant qu'un des éléments permettant de déterminer le caractère substantiel d'une réclamation pour un justiciable contemporain » (par. 153). Une augmentation au-delà de l'actualisation réelle n'enfreindrait pas automatiquement la compétence fondamentale des cours supérieures (par. 154). D'autres facteurs doivent être considérés tels que « (1) le seuil pécuniaire prévu pour l'appel de plein droit à la Cour d'appel; (2) les



of the limits set on the jurisdiction of the Court of Québec and, consequently, of the Superior Court; and (3) empirical and statistical data” (para. 155).

[23] The Court of Appeal concluded that art. 35 *C.C.P.* is unconstitutional because it infringes on the core jurisdiction of the Superior Court to adjudicate certain substantial civil disputes by granting the Court of Québec jurisdiction over civil claims for less than \$85,000, with the exception of certain excluded civil matters. In reaching this conclusion, the court considered, among other things, (i) the updated value of an amount of \$100, which was a “substantial” amount in 1867, (ii) the threshold of \$60,000 established by the Quebec legislature for an appeal as of right, and (iii) the legislative background regarding the determination of the ceiling. In light of the evidence and the applicable principles, the maximum limit for the jurisdiction of the Court of Québec must, to be consistent with s. 96, fall between \$55,000 and \$70,000, subject to future updates (para. 188).

[24] After reviewing increases in the threshold for appeals as of right and in the monetary ceiling of the civil jurisdiction of the Court of Québec, the Court of Appeal observed [TRANSLATION] “that there has long been parity between the threshold for appeals as of right to the Court of Appeal and the ceiling for the Court of Québec’s exclusive jurisdiction” (para. 174). It emphasized that when these amounts were increased in 1995, the purpose was [TRANSLATION] “to foster greater efficiency within the judicial system, by [among other things] adjusting the jurisdiction of the Court of Québec and reducing waiting times for hearings in the Superior Court” (para. 178). In the Court of Appeal’s opinion, the situation became problematic when legislative amendments in 2002 raised the jurisdictional ceiling from \$30,000 to \$70,000 with a view to reducing costs and delays, as that increase was greater than the one that would result from converting the 1867 amount of \$100 to 2002 dollars (\$37,175.75) (para. 181). The Court of Appeal noted that the legislative debates revealed that the idea [TRANSLATION] “that inflation had eroded the Court of Québec’s jurisdiction” seemed to have been the primary motivation behind these

objectifs du législateur lorsqu’il fixe les limites de la compétence de la Cour du Québec, et, de ce fait, celles de la Cour supérieure; et (3) les données empiriques et statistiques » (par. 155).

[23] La Cour d’appel a conclu que l’art. 35 *C.p.c.* est inconstitutionnel, puisqu’il entrave la compétence fondamentale de la Cour supérieure de trancher certains différends substantiels en matière civile en attribuant à la Cour du Québec une compétence sur les réclamations civiles de moins de 85 000 \$, hormis dans certaines matières civiles exclues. La cour est arrivée à cette conclusion en considérant notamment (i) l’actualisation de la somme « substantielle » de 100 \$ en 1867, (ii) le seuil de 60 000 \$ établi par le législateur québécois pour un appel de plein droit et (iii) le contexte législatif relatif à la fixation du plafond. Au regard de la preuve et des principes applicables, la limite maximale de la compétence de la Cour du Québec doit se situer entre 55 000 \$ et 70 000 \$, sous réserve d’actualisations futures, afin de respecter l’art. 96 (par. 188).

[24] En examinant les augmentations du seuil de l’appel de plein droit et du plafond pécuniaire de la compétence de la Cour du Québec en matière civile, la Cour d’appel a constaté « qu’il a longtemps existé une parité entre le seuil de l’appel de plein droit à la Cour d’appel et la limite supérieure de la compétence exclusive de la Cour du Québec » (par. 174). Elle a souligné que lorsque les seuils ont été augmentés en 1995, l’objectif était de « favoriser une plus grande efficacité du système judiciaire, notamment par la revalorisation de la compétence de la Cour du Québec et par une réduction des délais d’audition en Cour supérieure » (par. 178). De l’avis de la Cour d’appel, la situation devient problématique lors de la modification législative de 2002, lorsque le plafond de la compétence passe de 30 000 \$ à 70 000 \$ dans un objectif de réduction des coûts et des délais, puisque cette hausse est supérieure à l’actualisation du montant de 100 \$ en 1867 à la valeur du dollar courant en 2002 (37 175,75 \$) (par. 181). La Cour d’appel a noté que les débats parlementaires révèlent que « l’idée que l’inflation gruge la compétence de la Cour du Québec » semble avoir été la principale motivation de ces augmentations (par. 182). Pour la plus récente

increases (para. 182). For the most recent increase brought about as part of the *C.C.P.* reform in 2014, the legislature merely considered the previous ceiling of \$70,000 and updated it to \$85,000. The Court of Appeal concluded that this last increase was [TRANSLATION] “the extension of an ever-growing erosion of the constitutional jurisdiction of the Quebec Superior Court over civil matters” (para. 187).

[25] On the second reference question, the Court of Appeal held that applying the obligation of judicial deference to administrative appeals to the Court of Québec is compatible with s. 96. This is because the Superior Court retains [TRANSLATION] “its full superintending and reforming power over administrative decisions and decisions of inferior tribunals as well as its fundamental role as the guardian of an independent and unified system of justice in Canada” (paras. 365 and 367). We note, however, that the Court of Appeal issued its opinion before our decision in *Vavilov*.

#### IV. Analysis on the First Question

##### A. *Scope of the First Reference Question*

[26] The first question before this Court differs from the one it considered in *Renvoi touchant la constitutionnalité de la Loi concernant la juridiction de la Cour de Magistrat*, [1965] S.C.R. 772. That decision dealt with the constitutionality of amending legislation that had raised the monetary jurisdiction of the Magistrate’s Court from \$200 to \$500. In that case, this Court reversed the Quebec Court of Appeal’s opinion on the basis that it had ruled on the whole of the Magistrate Court’s jurisdiction rather than specifically addressing the particular concern underlying the reference question and the recitals contained in the order in council giving rise to the reference.

[27] The reference question in this case has been stated in much broader terms, and we are not limited to looking only at the legislation that increased the amount of the Court of Québec’s monetary jurisdiction from \$70,000 to \$85,000. With respect for the Court of Appeal, we do not agree that the question confines our analysis to “the monetary ceiling

hausse effectuée au moment de la réforme du *C.p.c.* en 2014, le législateur n’a fait que retenir le plafond antérieur de 70 000 \$ pour l’actualiser à 85 000 \$. La Cour d’appel a conclu que la dernière hausse est « la continuation d’une érosion de plus en plus prononcée de la compétence constitutionnelle de la Cour supérieure du Québec en matière civile » (par. 187).

[25] Quant à la seconde question du renvoi, la Cour d’appel a conclu qu’appliquer l’obligation de déférence judiciaire aux appels administratifs à la Cour du Québec est compatible avec l’art. 96, puisque la Cour supérieure conserve « l’intégralité de son propre pouvoir de surveillance et de contrôle sur l’administration et les instances inférieures ainsi que son rôle fondamental de veiller à une justice indépendante et unifiée au Canada » (par. 365 et 367). Nous soulignons, toutefois, que la Cour d’appel a émis cet avis avant que notre Cour rende l’arrêt *Vavilov*.

#### IV. Analyse de la première question

##### A. *La portée de la première question du renvoi*

[26] La première question dont notre Cour est saisie diffère de celle en cause dans le *Renvoi touchant la constitutionnalité de la Loi concernant la juridiction de la Cour de Magistrat*, [1965] R.C.S. 772. Cette décision concernait la constitutionnalité d’une loi modificative portant sur la compétence pécuniaire de la Cour de Magistrat de 200 \$ à 500 \$. Dans cette affaire, notre Cour a renversé l’opinion de la Cour d’appel du Québec au motif que celle-ci s’était prononcée sur l’ensemble de la juridiction de la Cour de Magistrat, au lieu de répondre spécifiquement à la préoccupation sous-jacente à la question et aux considérants contenus au décret à l’origine du renvoi.

[27] La question soumise par renvoi en l’espèce est formulée en termes beaucoup plus généraux et il ne s’agit pas ici d’examiner uniquement la mesure législative qui a porté la compétence pécuniaire de la Cour du Québec de 70 000 \$ à 85 000 \$. Avec égards pour la Cour d’appel, nous ne croyons pas que la question restreigne l’analyse au « plafond monétaire

imposed by article 35 *C.C.P.*” (C.A. reasons, at para. 102; see also paras. 137-38). As worded, the question expressly mentions the monetary limit and the exclusivity of the Court of Québec’s jurisdiction. These are distinctive characteristics of Québec’s court structure. Unlike in other provinces, the principal distinction in Québec between the court with provincially appointed judges and the superior court, aside from certain remedies, is the monetary limit for the disputes each court may hear. Apart from this distinction, the two courts hear and determine identical applications, apply the same *Code of Civil Procedure*, and the decisions of both can be appealed to the Québec Court of Appeal. Québec’s judicial system is also unique in that all civil disputes falling within the scope of art. 35 *C.C.P.* are removed from the Superior Court’s jurisdiction and assigned exclusively to the Court of Québec.

[28] Although the monetary limit and the exclusivity of the grant of jurisdiction are both important to the analysis, the language of the reference question requires a more wide-ranging analysis that takes into account how courts with provincially appointed judges and superior courts operate. The question requires a more comprehensive answer on the constitutionality of art. 35 para. 1 *C.C.P.* in light of ss. 92(14) and 96 of the *Constitution Act, 1867*. Whether the grant is constitutional must therefore be examined having regard not only to the distinctive characteristics underlined above, but also to other characteristics relating to the broader context of the grant. Such an approach is necessary to determine the impact the grant might have on the jurisdiction of the province’s superior court. In cases where this Court has examined s. 96, it has always been careful to consider the provisions at issue in their context rather than in the abstract (*Tomko v. Labour Relations Board (N.S.)*, [1977] 1 S.C.R. 112, at p. 120; *Residential Tenancies*, at p. 735; *Crevier v. Attorney General of Québec*, [1981] 2 S.C.R. 220, at p. 234; *MacMillan Bloedel*, at paras. 12 and 59). That is the approach that must be taken here.

imposé par l’article 35 *C.p.c.* » (motifs de la C.A., par. 102; voir aussi par. 137-138). La question telle que formulée mentionne expressément le seuil pécuniaire et la compétence exclusive de la Cour du Québec. Ces derniers sont des traits distinctifs de la structure judiciaire québécoise. Contrairement aux autres provinces, la distinction principale au Québec entre la cour de justice de nomination provinciale et la cour supérieure, exception faite de certaines réparations, s’avère le seuil pécuniaire en ce qui a trait aux litiges que chacune peut entendre. Hormis cette distinction, les deux cours connaissent des demandes identiques, appliquent le même *Code de procédure civile* et leurs décisions peuvent toutes deux faire l’objet d’un appel à la Cour d’appel du Québec. Le système judiciaire québécois est également unique en ce que tous les litiges civils relevant du champ de l’art. 35 *C.p.c.* sont retranchés de la compétence de la Cour supérieure et attribués exclusivement à la Cour du Québec.

[28] Bien que le seuil pécuniaire et l’exclusivité de l’attribution de compétence soient deux dimensions importantes de l’analyse, le libellé de la question posée par renvoi requiert une analyse plus vaste qui doit tenir compte du fonctionnement des cours de nomination provinciale et des cours supérieures. En effet, cette question appelle une réponse plus large sur la constitutionnalité de l’art. 35 al. 1 *C.p.c.* au regard du par. 92(14) et de l’art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La constitutionnalité de l’attribution doit donc être examinée non seulement en fonction des traits distinctifs soulevés plus haut, mais également à la lumière d’autres caractéristiques s’inscrivant dans le contexte plus général de l’attribution. Une telle approche est nécessaire afin de déterminer l’impact éventuel de cette attribution sur la compétence de la cour supérieure de la province. La jurisprudence de notre Cour relative à l’art. 96 s’est d’ailleurs toujours montrée soucieuse de considérer les dispositions à l’étude dans leur contexte plutôt que dans l’abstrait (*Tomko c. Labour Relations Board (N.-É.)*, [1977] 1 R.C.S. 112, p. 120; *Renvoi sur la location résidentielle*, p. 735; *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220, p. 234; *MacMillan Bloedel*, par. 12 et 59). C’est l’approche qui doit être retenue ici.

## B. Constitutional Framework

[29] Superior courts are the centrepiece of the unitary judicial system created by ss. 92(14), 96 to 100 and 129 of the *Constitution Act, 1867*. These provisions lay one of the key foundations of Canada's Constitution, as they represent the balance struck between our federation's national and provincial aspirations (*Reference re Senate Reform*, 2014 SCC 32, [2014] 1 S.C.R. 704, at para. 23; *Reference re Supreme Court Act, ss. 5 and 6*, 2014 SCC 21, [2014] 1 S.C.R. 433, at para. 87).

[30] Constitutional provisions must be “placed in [their] proper linguistic, philosophic and historical contexts” and interpreted in a broad and purposive manner (*R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344; see also *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at pp. 155-56; *R. v. Comeau*, 2018 SCC 15, [2018] 1 S.C.R. 342, at para. 52; *Reference re Supreme Court Act*, at para. 19). To properly understand the scope of the protection of the superior courts under s. 96, we must therefore consider the historical context, that is, the compromise reached at Confederation that is central to Canada's judicial system, as well as the role and purpose of s. 96.

[31] This Court's jurisprudence on s. 96 of the *Constitution Act, 1867* upholds the two fundamental principles underlying this provision, namely national unity and the rule of law. The case law has sought to safeguard the compromise reached at Confederation by preserving the unitary nature of our judicial system. To achieve this objective, the Court has, over the years, developed various tests designed to protect the status of the superior courts. The creation of courts that mirror the superior courts has always been considered an important limit that cannot be overstepped. All the tests have had the purpose, among others, of precluding such an outcome. If the role of the superior courts were undermined by the creation of parallel courts, Canada's judicial system would be stripped of its unitary nature and could be

## B. Le cadre constitutionnel

[29] Les cours supérieures sont la pièce maîtresse du système judiciaire unitaire mis en œuvre par le par. 92(14) ainsi que les art. 96 à 100 et 129 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ces dispositions établissent l'un des fondements importants de la Constitution du Canada, puisqu'elles représentent l'équilibre atteint entre les aspirations nationales et provinciales de notre fédération (*Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, 2014 CSC 32, [2014] 1 R.C.S. 704, par. 23; *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6*, 2014 CSC 21, [2014] 1 R.C.S. 433, par. 87).

[30] Les textes constitutionnels doivent être « situé[s] dans [leurs] contextes linguistique, philosophique et historique appropriés » et être interprétés de manière généreuse conformément à leur objet (*R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344; voir aussi *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 155-156; *R. c. Comeau*, 2018 CSC 15, [2018] 1 R.C.S. 342, par. 52; *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, par. 19). Pour bien comprendre la portée de la protection des cours supérieures découlant de l'art. 96, il importe donc de se pencher sur le contexte historique, c'est-à-dire le compromis conclu à l'époque de la Confédération qui se situe au cœur du système judiciaire canadien, ainsi que sur le rôle et l'objet de l'art. 96.

[31] La jurisprudence de notre Cour relative à l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* repose sur deux grands principes fondamentaux, soit l'unité nationale et la primauté du droit. Les décisions de notre Cour visent à donner substance au compromis conclu à l'époque de la Confédération en préservant le caractère unitaire de notre système judiciaire. Pour atteindre cet objectif, notre Cour a développé à travers le temps une variété de tests destinés à sauvegarder le statut des cours supérieures. De tout temps, la création de cours parallèles aux cours supérieures a été considérée comme une importante limite à ne pas franchir. Tous les tests ont eu pour objectif, entre autres, de prévenir une telle situation. Si le rôle des cours supérieures s'affaiblit par la création de cours parallèles, le système judiciaire canadien

transformed into a dualistic system like that of the United States.

(1) Compromise Reached at Confederation

[32] Historically, the English judicial system was based on a dichotomy between so-called inferior courts and the superior courts whose judges were appointed by the monarch (W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (1765), Book I, at pp. 258 and 327). The term “inferior court” was based on the fact that the powers and jurisdiction of such courts were strictly limited by their constitutions. The superior courts, on the other hand, had an inherent general jurisdiction. The advantage of the inferior courts was their accessibility; their decentralization allowed for justice to be delivered to the door of everyone in the country, whereas the royal courts were less accessible to the ordinary citizen. However, royal courts historically had more extensive legal expertise than inferior courts. For this reason, royal courts exercised a power of control and supervision over decisions of inferior courts (G. Pépin, *Les tribunaux administratifs et la Constitution — Étude des articles 96 à 101 de l’A.A.N.B.* (1969), at pp. 134-35, quoting Halsbury, *The Laws of England* (3rd ed. 1954), vol. 9, at pp. 348-50).

[33] This fundamental dichotomy was imported into the colonies of British North America. Although the colonies established a three-tiered system consisting of a superior court, intermediate courts and inferior courts, the classification of the courts of the Canadian provinces reflected the dichotomy of the English system. There were superior courts on the one hand, and the non-superior courts on the other hand (Pépin, at pp. 134-35). This judicial system was maintained until the *Constitution Act, 1867* was enacted (J. Baker, *An Introduction to English Legal History* (5th ed. 2019), at pp. 57-59).

serait dépouillé de sa nature unitaire et risquerait de se transformer en un système dualiste, comme celui existant aux États-Unis.

(1) Le compromis conclu à l’époque de la Confédération

[32] Historiquement, le système judiciaire anglais s’appuyait sur une dichotomie entre les cours dites inférieures et les cours supérieures dont les juges étaient nommés par le monarque (W. Blackstone, *Commentaires sur les lois anglaises* (1822), t. I, p. 488-489, et t. II, p. 1). L’expression « cours inférieures » découlait du fait que leurs pouvoirs et compétences étaient strictement limités par leur constitution. Pour leur part, les cours supérieures détenaient une compétence générale inhérente. L’avantage des cours inférieures était leur accessibilité; leur décentralisation permettait d’amener la justice au pas de la porte de chaque personne à travers le pays, alors que les cours royales étaient moins accessibles pour le citoyen ordinaire. Cependant, les cours royales bénéficiaient historiquement d’une expertise plus approfondie du droit que les cours inférieures. Pour cette raison, les cours royales exerçaient un pouvoir de contrôle et de surveillance des décisions des cours inférieures (G. Pépin, *Les tribunaux administratifs et la Constitution — Étude des articles 96 à 101 de l’A.A.N.B.* (1969), p. 134-135, citant Halsbury, *The Laws of England* (3<sup>e</sup> éd. 1954), vol. 9, p. 348-350).

[33] Cette dichotomie fondamentale a été importée dans les colonies de l’Amérique du Nord britannique. En effet, quoique les colonies aient mis en place un système à trois niveaux comportant une cour supérieure, des cours intermédiaires et des tribunaux inférieurs, la classification des cours de justice des provinces canadiennes reflétait aussi cette dichotomie fondamentale d’origine anglaise. Il y avait les cours supérieures d’une part, et les autres cours d’autre part (Pépin, p. 134-135). Ce système judiciaire est demeuré en place jusqu’au moment de l’adoption de la *Loi constitutionnelle de 1867* (J. Baker, *An Introduction to English Legal History* (5<sup>e</sup> éd. 2019), p. 57-59).

[34] At the time of Confederation, the founding fathers chose to establish a constitution similar in principle to that of the United Kingdom, as recognized in the preamble to the *Constitution Act, 1867*. The judicial system and the constitutional arrangements passed on to us by the United Kingdom therefore constitute the historical foundation of our judicial system.

[35] However, because the founding provinces opted for a federal union rather than a unitary system like the one that existed in the United Kingdom, the British judicial system required adaptation. It was modified to take into account the fact that powers in Canada are shared by two levels of government — the provinces and the federal government.

[36] To guarantee both national unity and provincial autonomy, the Fathers of Confederation reached a compromise, creating a unitary justice system characterized by federal-provincial cooperation.<sup>2</sup> To begin, all courts of civil and criminal jurisdiction of the founding provinces would continue to exist (s. 129 of the *Constitution Act, 1867*). Thus, the distinction between superior and non-superior courts that characterized the British system was expressly maintained.

[37] In addition, s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867* ensured that the provinces' exclusive power over the administration of justice would remain intact, thereby preserving their autonomy in that regard. A province could therefore reorganize its courts to reflect its own reality and needs. However, ss. 96 to 100 created an exception to the provinces' power by conferring on the federal government the power to appoint judges to the superior courts, fix their remuneration and remove them (*Residential Tenancies*, at p. 728). Another exception, s. 101 of the *Constitution Act, 1867*, gave the federal government the power to create federal statutory courts.

<sup>2</sup> The constitutional provisions reflecting this compromise reached at Confederation are reproduced in the Appendix.

[34] Au moment de la Confédération, les Pères fondateurs ont fait le choix d'établir une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni, tel que le reconnaît le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le système judiciaire et les ententes constitutionnelles qui nous ont été transmises par le Royaume-Uni constituent donc le fondement historique de notre système judiciaire.

[35] Cependant, les provinces fondatrices ayant opté pour une union fédérale plutôt qu'un système unitaire comme celui qui prévalait au Royaume-Uni, le système judiciaire britannique ne pouvait être transposé sans adaptations. Ce système a donc dû être modifié afin de tenir compte du fait qu'au Canada, les compétences sont partagées entre deux ordres de gouvernement — les provinces et le fédéral.

[36] Pour garantir à la fois l'unité nationale et l'autonomie des provinces, les Pères de la Confédération en sont venus à un compromis en créant un système de justice unitaire marqué par la coopération fédérale-provinciale<sup>2</sup>. D'abord, tous les tribunaux de juridiction civile et criminelle au sein des provinces fondatrices continueraient d'exister (art. 129 de la *Loi constitutionnelle de 1867*). Ainsi, la distinction entre les cours supérieures et les cours non supérieures, caractérisant le système britannique, était expressément maintenue.

[37] En outre, le par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867* laissait intact le pouvoir exclusif des provinces d'administrer la justice, préservant ainsi leur autonomie en la matière. Les provinces pouvaient donc réorganiser leurs tribunaux en fonction de leur propre réalité et de leurs besoins. Toutefois, les art. 96 à 100 créaient une exception au pouvoir des provinces en conférant au fédéral le pouvoir de nommer les juges des cours supérieures, de fixer leur rémunération et de les destituer (*Renvoi sur la location résidentielle*, p. 728). Autre exception, l'art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* attribuait au fédéral le pouvoir de créer des cours statutaires fédérales.

<sup>2</sup> Les dispositions constitutionnelles reflétant ce compromis conclu à l'époque de la Confédération sont reproduites en annexe.

This power was limited, however, as such courts would be confined by their constitutional boundaries to the administration of federal laws (*Windsor (City) v. Canadian Transit Co.*, 2016 SCC 54, [2016] 2 S.C.R. 617, at para. 33).

[38] The Fathers of Confederation thus rejected the creation of a dualistic system like the ones established in other federations, including the United States. They preferred instead to establish a unitary system whose objective was national unity (*Residential Tenancies*, at p. 728).

[39] The superior courts of the various provinces were called upon to form the cornerstone of this system and to act as a “unifying force”, thereby enabling the development of the law nationwide (*MacMillan Bloedel*, at paras. 11, 29 and 37; see also *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307, at p. 327; *Reference re Young Offenders Act (P.E.I.)*, [1991] 1 S.C.R. 252, at p. 264; *Reference re Amendments to the Residential Tenancies Act (N.S.)*, [1996] 1 S.C.R. 186 (*Reference re Residential Tenancies Act (N.S.)*), at para. 72; *Windsor*, at para. 32). Because the superior courts were given an inherent general jurisdiction like that of their British predecessors, they were empowered to interpret and apply both provincial and federal law (*Scowby v. Glendinning*, [1986] 2 S.C.R. 226, at pp. 249-50, per La Forest J., dissenting on another point).

[40] In short, the aim of the compromise reached at Confederation was not simply to maintain the pre-existing justice system. It created a system in which responsibilities were shared between the provinces and the federal government, enabling each province to shape the judicial landscape in its own territory in accordance with local realities. Thus, there is no requirement that the judiciary be structured uniformly from one province to the next; for a province to have established its own standards or made unique choices does not in itself amount to a constitutional defect. On the contrary, ss. 92(14) and 96 work together to advance access to justice by allowing the superior courts to coexist with tribunals and courts

Ce pouvoir était toutefois limité, puisque celles-ci demeureraient astreintes à leurs limites constitutionnelles, c’est-à-dire l’administration des lois fédérales (*Windsor (City) c. Canadian Transit Co.*, 2016 CSC 54, [2016] 2 R.C.S. 617, par. 33).

[38] De ce fait, les Pères de la Confédération ont rejeté la création d’un système dualiste tel que celui mis en place dans d’autres fédérations comme les États-Unis. Ils ont plutôt préféré établir un système unitaire ayant pour objectif l’unité nationale (*Renvoi sur la location résidentielle*, p. 728).

[39] Les cours supérieures de chacune des provinces étaient appelées à être la pierre angulaire de ce système et à agir comme une « force unificatrice » permettant de développer le droit à l’échelle nationale (*MacMillan Bloedel*, par. 11, 29 et 37; voir aussi *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307, p. 327; *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants (Î.-P.-É.)*, [1991] 1 R.C.S. 252, p. 264; *Renvoi relatif à certaines modifications à la Residential Tenancies Act (N.-É.)*, [1996] 1 R.C.S. 186 (*Renvoi relatif à la Residential Tenancies Act (N.-É.)*), par. 72; *Windsor*, par. 32). En effet, les cours supérieures étant dotées d’une compétence générale inhérente à l’image de leurs ancêtres britanniques, elles avaient la capacité d’interpréter et d’appliquer tant le droit provincial que le droit fédéral (*Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226, p. 249-250, le juge La Forest, dissident sur un autre point).

[40] En bref, le compromis conclu à l’époque de la Confédération ne visait pas uniquement à maintenir le système de justice tel qu’il existait antérieurement. Il a établi un régime à responsabilité partagée entre les provinces et le fédéral permettant à celles-ci de façonner le paysage judiciaire sur leur territoire en fonction des particularités locales. Ainsi, il n’y a aucune exigence relative à l’uniformité de la structure judiciaire entre les provinces; que ces dernières aient établi leurs propres normes ou fait des choix singuliers ne donne pas en soi naissance à un vice constitutionnel. Au contraire, le par. 92(14) conjugué à l’art. 96 favorise l’accès à la justice en permettant la coexistence des cours supérieures et des cours ou

with provincially appointed members, as long as the unitary system, of which the superior courts are the cornerstone, is preserved.

(2) Role and Purpose of Section 96

[41] The superior courts recognized by s. 96 “have always occupied a position of prime importance in the constitutional pattern of this country” (*Law Society of British Columbia*, at p. 327; see also *Windsor*, at para. 32). Although s. 96 may on its face appear to relate solely to the federal government’s power to appoint judges, it has been interpreted by this Court as guaranteeing a nucleus to the superior courts (*Sobeys Stores Ltd. v. Yeomans and Labour Standards Tribunal (N.S.)*, [1989] 1 S.C.R. 238, at p. 264; *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626, at para. 27; see also *Tomko*, at p. 120). In this way, s. 96 forms a safeguard against erosion of the historic compromise. This means that neither the provinces nor the federal government may confer functions reserved to the superior courts on other courts to which s. 96 does not apply (*Residential Tenancies*, at p. 728; *Scowby*, at para. 34; *McEvoy v. Attorney General for New Brunswick*, [1983] 1 S.C.R. 704, at pp. 720-21; *Windsor*, at para. 32). If a province or the federal government could, by statute, confer the essential functions of the superior courts on another court, the role of the superior courts as the cornerstone of the judicial system would evidently be eroded and the system’s unitary nature would, in turn, be undermined. A transfer of jurisdiction from the superior courts to the provincial courts could ultimately transform the Canadian system into a dualistic system. If that were to happen, it would be impossible to achieve the purpose of the compromise reached at Confederation (*Residential Tenancies*, at p. 728).

[42] The superior courts’ role as the cornerstone of Canada’s judicial system is based on two key principles: national unity and the rule of law.

tribunaux administratifs de nomination provinciale, tant et aussi longtemps que le système unitaire, dont les cours supérieures sont la pierre angulaire, est préservé.

(2) Le rôle et l’objet de l’art. 96

[41] Les cours supérieures reconnues par l’art. 96 « ont toujours occupé une position de premier plan à l’intérieur du régime constitutionnel de ce pays » (*Law Society of British Columbia*, p. 327; voir aussi *Windsor*, par. 32). Bien que le texte de l’art. 96 puisse, en apparence, sembler ne concerner que le pouvoir du gouvernement fédéral de nommer les juges, notre Cour a interprété cet article comme garantissant « un noyau de compétence » aux cours supérieures (*Sobeys Stores Ltd. c. Yeomans et Labour Standards Tribunal (N.-É.)*, [1989] 1 R.C.S. 238, p. 264; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626, par. 27; voir aussi *Tomko*, p. 120). En ce sens, l’art. 96 constitue une protection contre l’érosion du compromis historique. Tant les provinces que le fédéral ne peuvent donc conférer les fonctions réservées aux cours supérieures à d’autres tribunaux qui ne sont pas visés par l’art. 96 (*Renvoi sur la location résidentielle*, p. 728; *Scowby*, par. 34; *McEvoy c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1983] 1 R.C.S. 704, p. 720-721; *Windsor*, par. 32). Si une province ou le fédéral pouvait, par législation, attribuer les fonctions essentielles des cours supérieures à un autre tribunal, le rôle de pierre angulaire du système judiciaire des cours supérieures serait évidemment sapé et la nature unitaire de ce système risquerait d’être minée à son tour. Le transfert de compétences des cours supérieures aux cours provinciales pourrait ultimement transformer le système canadien en système dualiste. Dans de telles circonstances, l’objectif visé par le compromis conclu à l’époque de la Confédération ne pourrait être atteint (*Renvoi sur la location résidentielle*, p. 728).

[42] Le rôle des cours supérieures à titre de pierre angulaire du système judiciaire canadien repose sur deux grands principes, soit l’unité nationale et la primauté du droit.



(a) *National Unity*

[43] One of the main objectives of the historic compromise reflected in s. 96 is to reinforce the national character of the Canadian judicial system (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp. (loose-leaf)), vol. 1, at p. 7-3). The superior courts form a network of related courts whose role is to unify and ensure the uniformity of justice in Canada (*ibid.*; see also *Residential Tenancies*, at p. 728). Protecting the essence of the superior courts thus preserves “uniformity throughout the country in the judicial system” (*Reference re Young Offenders Act (P.E.I.)*, at p. 264).

[44] Moreover, s. 96 has the effect of counterbalancing the provinces’ exclusive power over the administration of justice by entrusting to the federal government the task of appointing the judges who will sit on the superior courts. In accordance with the intentions of the Fathers of Confederation, the administration of justice thus depends on the cooperation of governments at both levels.

[45] In light of the objective of national unity, the limits imposed by s. 96 must be consistent across the country (*Sobeys*, at pp. 265-66). To make “[a] rule which would permit a transfer of power in one province and deny it in another would undercut the unifying force of the s. 96 courts” (*Reference re Residential Tenancies Act (N.S.)*, at para. 78). Ultimately, the constitutionally guaranteed existence of a federally appointed bench across the country has served as a unifying force and a vital safeguard of the rule of law in Canada (*ibid.*, at para. 72).

(b) *Rule of Law*

[46] The rule of law is maintained through the separation of judicial, legislative and executive functions ((A.) J. Johnson, “The *Judges Reference* and the *Secession Reference* at Twenty: Reassessing the Supreme Court of Canada’s Unfinished Unwritten Constitutional Principles Project” (2019), 56 *Alta. L. Rev.* 1077, at pp. 1100-1101). In keeping with

a) *L’unité nationale*

[43] Un des objectifs principaux du compromis historique reflété à l’art. 96 est de renforcer le caractère national du système judiciaire canadien (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5<sup>e</sup> éd. suppl. (feuilles mobiles)), vol. 1, p. 7-3). Les cours supérieures forment un réseau de tribunaux connexes ayant pour rôle d’unifier et d’uniformiser la justice au Canada (*ibid.*; voir également *Renvoi sur la location résidentielle*, p. 728). En protégeant l’essence des cours supérieures, l’« uniformité du système judiciaire dans tout le pays » est ainsi préservée (*Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants (Î.-P.-É.)*, p. 264).

[44] De plus, l’art. 96 a pour effet de contrebalancer le pouvoir exclusif des provinces d’administrer la justice en confiant au fédéral la tâche de nommer les juges qui siègeront aux cours supérieures. Conformément à l’intention des Pères de la Confédération, l’administration de la justice dépend donc de la coopération des deux ordres de gouvernement.

[45] À la lumière de l’objectif d’unité nationale, les limites imposées par l’art. 96 doivent être uniformes partout au pays (*Sobeys*, p. 265-266). L’établissement d’« [u]ne règle qui permettrait un transfert de compétences dans une province et l’interdirait dans une autre minerait l’effet unificateur des cours visées à l’art. 96 » (*Renvoi relatif à la Residential Tenancies Act (N.-É.)*, par. 78). Ultimement, la présence d’une magistrature nommée par le gouvernement fédéral à l’échelle du pays, garantie par la Constitution, sert d’élément unificateur et s’avère une protection fondamentale de la primauté du droit au Canada (*ibid.*, par. 72).

b) *La primauté du droit*

[46] La primauté du droit est maintenue grâce à la séparation des fonctions judiciaire, législative et exécutive ((A.) J. Johnson, « The *Judges Reference* and the *Secession Reference* at Twenty : Reassessing the Supreme Court of Canada’s Unfinished Unwritten Constitutional Principles Project » (2019), 56 *Alta. L. Rev.* 1077, p. 1100-1101). Conformément au principe

the principle of the separation of powers, the task of interpreting, applying and stating the law falls primarily to the judiciary (*Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, at p. 744; *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2005 SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 473, at para. 50).

[47] This separation allows the courts to implement the three fundamental facets of the rule of law: equality of all before the law, the creation and maintenance of an actual order of positive laws, and oversight of the exercise of public powers (*Reference re Manitoba Language Rights*, at pp. 748-51; *Imperial Tobacco*, at para. 58; *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854, at para. 16). Historically, the superior courts had primary responsibility for this task.

[48] Thus, in order to preserve the superior courts' role as the cornerstone of the judicial system, they must be able to continue acting as primary guardians of the rule of law as they always have (*MacMillan Bloedel*, at para. 29; *Reference re Residential Tenancies Act (N.S.)*, at para. 26, per Lamer C.J., concurring; W. R. Lederman, "The Independence of the Judiciary" (1956), 34 *Can. Bar Rev.* 769, 1139, at p. 1178; A. Lamer, "The Rule of Law and Judicial Independence: Protecting Core Values in Times of Change" (1996), 45 *U.N.B.L.J.* 3, at p. 11; L. Huppé, *Le régime juridique du pouvoir judiciaire* (2000), at pp. 10-11). This role falls to the superior courts because they are ideally placed to ensure the maintenance of the rule of law (*Reference re Residential Tenancies Act (N.S.)*, at paras. 26, per Lamer C.J., concurring, and 72, per McLachlin J. for the majority).

[49] In light of Canada's constitutional architecture, the superior courts are in the best position to preserve the various facets of the rule of law. Because of their independence and national character, they are best suited to resolving disputes over the division of powers between the provinces and the federal government and ensuring that government actions do not conflict with the fundamental rights of citizens (see *Amax Potash Ltd. v. Government of*

de la séparation des pouvoirs, la tâche d'interpréter, d'appliquer et de dire le droit relève principalement du pouvoir judiciaire (*Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, p. 744; *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2005 CSC 49, [2005] 2 R.C.S. 473, par. 50).

[47] Cette séparation permet aux cours de justice de mettre en œuvre les trois facettes fondamentales de la primauté du droit que sont l'égalité de tous devant la loi, la création et le maintien d'un ordre réel de droit positif et la surveillance de l'exercice des pouvoirs publics (*Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, p. 748-751; *Imperial Tobacco*, par. 58; *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854, par. 16). Historiquement, cette tâche relevait d'abord des cours supérieures.

[48] Ainsi, afin de préserver le rôle des cours supérieures à titre de pierre angulaire du système judiciaire, elles doivent pouvoir continuer d'agir comme les premières gardiennes de la primauté du droit tel qu'elles l'ont toujours fait (*MacMillan Bloedel*, par. 29; *Renvoi relatif à la Residential Tenancies Act (N.-É.)*, par. 26, le juge en chef Lamer, concordant; W. R. Lederman, « The Independence of the Judiciary » (1956), 34 *R. du B. can.* 769, 1139, p. 1178; A. Lamer, « The Rule of Law and Judicial Independence: Protecting Core Values in Times of Change » (1996), 45 *R.D. U.N.-B.* 3, p. 11; L. Huppé, *Le régime juridique du pouvoir judiciaire* (2000), p. 10-11). Ce rôle revient aux cours supérieures, puisqu'elles sont dans une position idéale pour assurer le maintien de la primauté du droit (*Renvoi relatif à la Residential Tenancies Act (N.-É.)*, par. 26, le juge en chef Lamer, concordant, et par. 72, la juge McLachlin, majoritaire).

[49] Compte tenu de l'architecture constitutionnelle canadienne, les cours supérieures représentent l'organe le mieux placé pour préserver les différentes facettes de la primauté du droit. En raison de leur indépendance et caractère national, elles sont mieux outillées pour trancher les litiges en matière de partage de compétences entre les ordres provincial et fédéral et pour veiller à ce que l'action étatique soit conforme aux droits fondamentaux des

*Saskatchewan*, [1977] 2 S.C.R. 576, at p. 590; D. P. Jones, “A Constitutionally Guaranteed Role for the Courts” (1979), 57 *Can. Bar Rev.* 669, at p. 675). Moreover, the superior courts’ existence and status enjoy constitutional protection against legislative interference (*Reference re Residential Tenancies Act (N.S.)*, at paras. 72-73; *Trial Lawyers*, at para. 30). As a result, the superior courts need not rely on statutorily conferred powers to fully exercise their judicial functions.

[50] While it is true that this Court, in *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3 (“*Reference re Remuneration of Judges (1997)*”), recognized the independence of provincial court judges and reaffirmed the important role played by provincial courts in maintaining the rule of law, the fact remains that the superior courts are the *primary* guardians of the rule of law. Subject to constitutional guarantees of judicial independence, legislatures may abolish courts with provincially appointed judges or seriously fetter their powers without falling afoul of the Constitution, whereas superior courts are constitutionally protected from such legislative interference.

[51] Only the superior courts have inherent powers that flow from their very nature, and the particular purpose of those powers is to enable the superior courts to ensure the maintenance of the rule of law in our legal system (*Reference re Residential Tenancies Act (N.S.)*, at para. 56, per Lamer C.J., concurring; *R. v. Ahmad*, 2011 SCC 6, [2011] 1 S.C.R. 110, at para. 61; *Ontario v. Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3, at paras. 19 and 26). As will be seen below, these fundamental powers are constitutionally protected and therefore cannot be removed from them or unduly fettered. For example, the superior courts have the power to control their own process and enforce their orders. They also have the power to review exercises of public power for legality and to ensure that citizens are protected from arbitrary government action (*Crevier; U.E.S., local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048,

citoyens (voir *Amax Potash Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1977] 2 R.C.S. 576, p. 590; D. P. Jones, « A Constitutionally Guaranteed Role for the Courts » (1979), 57 *R. du B. can.* 669, p. 675). De plus, l’existence et le statut des cours supérieures sont garantis par la Constitution à l’encontre des ingérences législatives (*Renvoi relatif à la Residential Tenancies Act (N.-É.)*, par. 72-73; *Trial Lawyers*, par. 30). Ainsi, les cours supérieures ne dépendent pas des pouvoirs qui leur sont conférés par le législateur pour s’acquitter pleinement de leurs fonctions judiciaires.

[50] S’il est vrai que notre Cour, dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3 (« *Renvoi relatif à la rémunération des juges (1997)* »), a reconnu l’indépendance des juges des cours provinciales et confirmé le rôle important de ces cours dans le maintien de la primauté du droit, il n’en demeure pas moins que ce sont les cours supérieures qui sont les *premières* gardiennes de la primauté du droit. Sous réserve des garanties constitutionnelles d’indépendance judiciaire, les législatures peuvent abolir les cours de nomination provinciale ou sérieusement entraver leurs pouvoirs sans que la Constitution n’y fasse obstacle, tandis que les cours supérieures sont protégées par la Constitution contre ce type d’ingérence législative.

[51] Seules les cours supérieures disposent de pouvoirs inhérents découlant de leur nature même et ayant spécialement pour objectif de leur permettre d’assurer la primauté du droit au sein de notre système juridique (*Renvoi relatif à la Residential Tenancies Act (N.-É.)*, par. 56, le juge en chef Lamer, concordant; *R. c. Ahmad*, 2011 CSC 6, [2011] 1 R.C.S. 110, par. 61; *Ontario c. Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3, par. 19 et 26). Comme nous le verrons, ces pouvoirs fondamentaux bénéficient d’une protection constitutionnelle et ils ne peuvent donc leur être retirés ou être indûment entravés. Par exemple, les cours supérieures ont le pouvoir de contrôler leur propre procédure et de mettre à exécution leurs ordonnances. Elles ont également le pouvoir de réviser l’exercice des pouvoirs publics afin de s’assurer que cet exercice soit conforme à la loi et que les citoyens

at p. 1090; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 31; *Vavilov*, at para. 24). Finally, the superior courts have residual jurisdiction as courts of original general jurisdiction, meaning they may — without statutory authorization — hear any matter that has not been assigned to a statutory court. As we will explain, this provides superior courts with a comprehensive view of the law, allowing them to preserve the coherence of the judicial system and set its overall directions (R. Pepin, “Les parlements peuvent-ils vider les cours supérieures de leur juridiction? Ont-elles des pouvoirs ‘inhérents’, ‘inaliénables’? Réflexions sur la décision *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*” (1997), 22 *Queen’s L.J.* 487, at pp. 512-13; Huppé, at pp. 12-14).

[52] Although the provincial courts also play an important part in safeguarding the rule of law, none of their powers receive the same protection. Their role as guardians of the rule of law therefore rests on a less stable foundation. This led Lamer C.J. to remark that no statutory court can be “as crucial to the rule of law” as the superior courts (*MacMillan Bloedel*, at para. 37; see also *Reference re Residential Tenancies Act (N.S.)*, at para. 72; *Trial Lawyers*, at para. 39).

(3) Concept Common to the Section 96 Tests: Prohibition Against Creating Parallel Courts That Undermine the Role of the Superior Courts

[53] To ensure s. 96 can play its role to the full extent and achieve its purpose, this Court has developed various tests over the years. The most recent are the three-step *Residential Tenancies* test and the core jurisdiction test. The Court has often reiterated that s. 96 must be able to evolve in accordance with the living tree doctrine (*Reference re Residential Tenancies Act (N.S.)*, at para. 27, per Lamer C.J., concurring; see Hogg, at pp. 15-51 to 15-57). The jurisprudence on s. 96 must thus not

soient protégés contre l’arbitraire de l’État (*Crevier; U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, p. 1090; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 31; *Vavilov*, par. 24). Enfin, les cours supérieures sont pourvues d’une compétence résiduelle à titre de tribunal de droit commun leur permettant d’entendre toute affaire non confiée à un tribunal statutaire sans avoir besoin d’une habilitation législative. Comme nous l’expliquerons, ceci confère aux cours supérieures une perspective globale sur le droit à partir de laquelle elles peuvent préserver la cohérence du système judiciaire et en définir les grandes orientations (R. Pepin, « Les parlements peuvent-ils vider les cours supérieures de leur juridiction? Ont-elles des pouvoirs “inhérents”, “inaliénables”? Réflexions sur la décision *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson* » (1997), 22 *Queen’s L.J.* 487, p. 512-513; Huppé, p. 12-14).

[52] Même si les cours provinciales participent aussi d’une manière importante à la sauvegarde de la primauté du droit, aucun de leurs pouvoirs ne bénéficie d’une telle protection. Leur rôle de gardiennes de la primauté du droit repose donc sur des fondations moins solides. Ceci a fait dire au juge en chef Lamer qu’aucune cour statutaire « n’est aussi importante pour le maintien de la primauté du droit » que ne le sont les cours supérieures (*MacMillan Bloedel*, par. 37; voir aussi *Renvoi relatif à la Residential Tenancies Act (N.-É.)*, par. 72; *Trial Lawyers*, par. 39).

(3) Une notion commune aux tests découlant de l’art. 96 : l’interdiction de créer des cours parallèles qui affaiblissent le rôle des cours supérieures

[53] Pour que l’art. 96 puisse jouer pleinement son rôle et atteindre son objet, notre Cour a développé toute une variété de tests au fil des années, les plus récents étant le test en trois volets du *Renvoi sur la location résidentielle* ainsi que celui de la compétence fondamentale. Notre Cour a réitéré à de nombreuses reprises que l’art. 96 doit être en mesure d’évoluer conformément à la théorie de l’arbre vivant (*Renvoi relatif à la Residential Tenancies Act (N.-É.)*, par. 27, le juge en chef Lamer, concordant;

cause “judicial functions [to] be frozen in an 1867 mold”, and “[a]daptations must be permitted to allow the legislatures scope to deal effectively with emerging social problems and concerns” (*Scowby*, at pp. 250-51, per La Forest J., dissenting; see also p. 253; *Residential Tenancies*, at pp. 749-50).

[54] In accordance with this evolutive approach, s. 96 has gone through a “process of liberalization” to adapt to modern realities (*Residential Tenancies*, at p. 730). Despite this liberalization, this Court has consistently reiterated the prohibition against establishing parallel courts that usurp the functions reserved to superior courts, as such parallel courts would eviscerate the protection afforded by s. 96.

(a) *Historical Jurisdiction*

[55] First, the decisions on s. 96 gave effect to the prohibition against creating parallel courts by protecting the historical jurisdiction of superior courts. Section 96 was originally given a “sweeping” interpretation (*Residential Tenancies*, at p. 729). In 1938, the Privy Council held that the functions conferred on the superior courts in 1867 could under no circumstances be granted to a court with provincially appointed judges, as such a grant would be invalid (*Toronto Corporation v. York Corporation*, [1938] A.C. 415 (P.C.)). For the first time, Lord Atkin expressed concern about the creation of a parallel court by framing the issue as whether the administrative body in question was “in pith and substance . . . a Superior Court, or a tribunal analogous thereto” (p. 426 (emphasis added)).

[56] This Court rejected the Privy Council’s “sweeping” approach that same year in *Reference re Adoption Act*, [1938] S.C.R. 398, on the basis that it was too rigid and fixed the jurisdiction of the courts as it stood in 1867 (p. 418). Nevertheless, this Court agreed with Lord Atkin’s statement that provinces

voir Hogg, p. 15-51 à 15-57). La jurisprudence de l’art. 96 ne doit donc pas avoir pour effet « de figer les fonctions judiciaires dans un moule datant de 1867 » et des « adaptations doivent être permises de façon à donner aux législatures la possibilité de faire face aux nouveaux problèmes et intérêts sociaux » (*Scowby*, p. 250-251, le juge La Forest, dissident; voir aussi p. 253; *Renvoi sur la location résidentielle*, p. 749-750).

[54] Conformément à cette approche évolutive, l’art. 96 est passé par un « processus de libéralisation » afin de s’adapter à la réalité moderne (*Renvoi sur la location résidentielle*, p. 730). Nonobstant cette libéralisation, l’interdiction d’établir des cours parallèles qui usurpent les fonctions réservées aux cours supérieures a constamment été réitérée par la Cour puisque de telles cours parallèles ont l’effet de rendre lettre morte la protection conférée par l’art. 96.

a) *Les compétences historiques*

[55] Dans un premier temps, la jurisprudence de l’art. 96 a donné effet à l’interdiction de créer des cours parallèles en protégeant les compétences historiques des cours supérieures. Au départ, l’art. 96 a été interprété de manière « radicale » (*Renvoi sur la location résidentielle*, p. 729). En 1938, le Conseil privé avait jugé que les fonctions confiées en 1867 aux cours supérieures ne pouvaient en aucun cas être attribuées à une cour de nomination provinciale sous peine d’invalidité (*Toronto Corporation c. York Corporation*, [1938] A.C. 415 (C.P.)). Lord Atkin a fait état pour la première fois de sa préoccupation concernant la création d’une cour parallèle en formulant la question à trancher comme celle de savoir si l’organisme administratif en question était, [TRANSDUCTION] « de par son caractère véritable, [. . .] une cour supérieure ou un tribunal analogue » (p. 426 (nous soulignons)).

[56] L’approche « radicale » du Conseil privé a été écartée la même année par notre Cour dans l’arrêt *Reference re Adoption Act*, [1938] R.C.S. 398, car elle était trop rigide et figeait la compétence des tribunaux au contexte existant en 1867 (p. 418). Néanmoins, notre Cour a exprimé son accord avec

could not, directly or indirectly, create courts analogous to superior courts (p. 414).

[57] The Privy Council then relaxed the applicable test in *Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works, Ltd.*, [1949] A.C. 134 (P.C.), to better account for the emergence of administrative tribunals. Lord Simonds reiterated that the ultimate objective of the analysis was to determine whether “the jurisdiction exercisable by the board is not such as to constitute it a court within s. 96 of the British North America Act” (p. 152 (emphasis added); see also *Cour de Magistrat*, at p. 781).

[58] In *Tomko*, the Court developed the principle that the validity of a grant of jurisdiction must be considered having regard to the “institutional framework” (p. 131) in which the jurisdiction is exercised, a principle that was subsequently incorporated into the *Residential Tenancies* test. Here again, the prohibition against creating parallel courts played an important role. Laskin C.J. stated that the creation of agencies whose members are appointed by a province and invested with jurisdiction or powers “conformable or analogous to [those] exercised . . . by Courts which are within s. 96” represents the line that may not be crossed (p. 120 (emphasis added)).

[59] Finally, in *Residential Tenancies*, our Court articulated the three-step test that remains in use today, subject to a few modifications introduced in subsequent cases:

- Characterization of the grant of jurisdiction: To determine whether a grant of jurisdiction is constitutionally infirm, a court must first properly characterize the jurisdiction being transferred.
- Three steps:
  - (1) Does the transferred jurisdiction conform to a jurisdiction that was dominated by superior, district or county courts at the time of Confederation?

l’affirmation de Lord Atkin voulant que les provinces ne puissent créer, directement ou indirectement, des cours qui seraient analogues aux cours supérieures (p. 414).

[57] Puis, le Conseil privé a assoupli le test applicable dans l’affaire *Labour Relations Board of Saskatchewan c. John East Iron Works, Ltd.*, [1949] A.C. 134 (C.P.), afin de mieux prendre en compte l’émergence des tribunaux administratifs. Lord Simonds a alors répété qu’en fin de compte, l’objectif de l’analyse vise à déterminer si [TRADUCTION] « la compétence que peut exercer la commission n’en fait pas un tribunal visé à l’art. 96 de l’Acte de l’Amérique du Nord britannique » (p. 152 (nous soulignons); voir aussi *Cour de Magistrat*, p. 781).

[58] Dans l’arrêt *Tomko*, la Cour a développé le principe voulant que la constitutionnalité d’une attribution doit être examinée au regard du « cadre institutionnel » (p. 131) dans lequel la compétence est exercée, lequel principe a ensuite été intégré dans le test du *Renvoi sur la location résidentielle*. Encore une fois, l’interdiction de créer des cours parallèles était très présente. Le juge en chef Laskin affirmait alors que la création d’organismes de nomination provinciale auxquels seraient confiés une juridiction ou des pouvoirs « assimilables ou analogues à [ceux] exercés par les cours visées à l’art. 96 » constitue la limite ne pouvant être franchie (p. 120 (nous soulignons)).

[59] Enfin, notre Cour a articulé dans le *Renvoi sur la location résidentielle* le test en trois volets qui est toujours d’usage, sous réserve des quelques modifications apportées par la jurisprudence subséquente :

- Qualification de l’attribution de compétence : Pour déterminer si l’attribution d’une compétence est constitutionnellement invalide, il faut d’abord bien qualifier la compétence transférée.
- Trois volets :
  - (1) Le domaine de compétence transféré correspond-il à un domaine de compétence dont l’exercice était, au moment de la Confédération, dominé par les cours supérieures, de district ou de comté?

(2) If so, was the jurisdiction in question exercised in the context of a judicial function?

(3) If the first two questions are answered in the affirmative, is the jurisdiction either subsidiary or ancillary to an administrative function or necessarily incidental to the achievement of a broader policy goal of the legislature?

(pp. 734-36; *Attorney General of Quebec v. Grondin*, [1983] 2 S.C.R. 364; *Sobeys*, at p. 266; *Reference re Residential Tenancies Act (N.S.)*, at paras. 32, per Lamer C.J., concurring, and 74, per McLachlin J. (as she then was) for the majority)

[60] In *Residential Tenancies*, Dickson J. (as he then was) firmly reiterated the relationship between the prohibition against creating parallel courts and the role and purpose of s. 96:

Section 92(14) and ss. 96 to 100 represent one of the important compromises of the Fathers of Confederation. It is plain that what was sought to be achieved through this compromise, and the intended effect of s. 96, would be destroyed if a province could pass legislation creating a tribunal, appoint members thereto, and then confer on the tribunal the jurisdiction of the superior courts. What was conceived as a strong constitutional base for national unity, through a unitary judicial system, would be gravely undermined. [p. 728]

[61] In its jurisprudence subsequent to *Residential Tenancies*, this Court has consistently refused to allow the creation of parallel courts. In *McEvoy*, the Court held that the contemplated court could not be established, because it would “effectively be a s. 96 court” (pp. 718-19). The same fundamental concept was applied in *Sobeys*, in which Wilson J., writing for the majority, stated that “s. 96 operates . . . to prevent the creation of provincial tribunals charged with exercising the jurisdiction of superior courts” (p. 245). Similarly, in *Reference re Young Offenders Act (P.E.I.)*, Lamer C.J. observed that s. 96 would be rendered meaningless if it were permissible to “constitute, maintain and organize provincial courts staffed with provincially appointed judges having

(2) Le cas échéant, ce domaine de compétence était-il exercé dans le cadre d’une fonction judiciaire?

(3) Si la réponse aux deux questions précédentes est oui, ce domaine de compétence est-il complémentaire ou accessoire à une fonction administrative ou nécessairement inséparable de la réalisation des objectifs plus larges de la législature?

(p. 734-736; *Procureur général du Québec c. Grondin*, [1983] 2 R.C.S. 364; *Sobeys*, p. 266; *Renvoi relatif à la Residential Tenancies Act (N.-É.)*, par. 32, le juge en chef Lamer, concordant, et par. 74, la juge McLachlin (plus tard juge en chef), majoritaire)

[60] Dans le *Renvoi sur la location résidentielle*, le juge Dickson (plus tard juge en chef) a fermement réitéré la relation entre l’interdiction de créer des cours parallèles et le rôle et l’objet de l’art. 96 :

Le paragraphe 92(14) et les art. 96 à 100 représentent un des compromis importants des Pères de la Confédération. Il est clair qu’on détruirait l’objectif visé par ce compromis et l’effet qu’on voulait donner à l’art. 96 si une province pouvait adopter une loi créant un tribunal, nommer ses juges et lui attribuer la compétence des cours supérieures. Ce qu’on concevait comme un fondement constitutionnel solide de l’unité nationale, au moyen d’un système judiciaire unitaire, serait gravement sapé à sa base. [p. 728]

[61] Dans la jurisprudence subséquente au *Renvoi sur la location résidentielle*, notre Cour est d’ailleurs demeurée constante dans son refus de permettre la création de cours parallèles. Dans l’arrêt *McEvoy*, la Cour concluait que le tribunal envisagé ne pouvait être établi puisque ce dernier serait « en réalité une cour au sens de l’art. 96 » (p. 718-719). La même notion fondamentale est reprise dans l’arrêt *Sobeys* où la juge Wilson, rédigeant pour la majorité, affirmait que « l’art. 96 [avait] pour effet [. . .] d’interdire la création de tribunaux provinciaux chargés d’exercer la compétence des cours supérieures » (p. 245). Similairement, dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants (Î.-P.-É.)*, le juge en chef Lamer rappelait que l’art. 96 serait vidé de son sens s’il était

the same jurisdiction and powers as superior courts” (p. 264).

[62] More recently, in *MacMillan Bloedel*, McLachlin J., dissenting, but not on this point, noted that, “[c]learly, Parliament and the legislatures cannot be allowed to set up shadow courts exercising all or some of the powers of s. 96 courts” (para. 54). The following year, in *Reference re Residential Tenancies Act (N.S.)*, McLachlin J. reiterated, this time for the majority, that “[s]hadow courts and tribunals usurping the functions of the superior courts guaranteed by s. 96 are prohibited” (para. 73). She explained that “[i]t follows from the constitutional status of the s. 96 courts that neither Parliament nor the legislatures may impair their status” (*ibid.*). Their status would be impaired if it were possible to transfer their work to tribunals with provincially appointed members, “[s]o the wholesale transfer of superior court powers cannot be allowed” (*ibid.*).

(b) *Core Jurisdiction*

[63] The core jurisdiction test aims to do more than simply protect historical jurisdiction. It also ensures that superior courts are not impaired in such a way that they are unable to play their role under s. 96. The superior courts’ core jurisdiction includes the powers and jurisdiction essential to their role as the cornerstone of the unitary justice system and the primary guardians of the rule of law. These essential functions are not limited to inherent jurisdiction and powers in the traditional sense, but include any subject-matter jurisdiction that meets this criterion. If these essential powers and areas of jurisdiction were transferred exclusively to another court, that court would become a parallel court — an outcome prohibited by the Constitution. It follows that the creation of a parallel court would prevent the superior courts from playing their constitutional role. That being said, even if no parallel court is created,

permis de « créer, maintenir et organiser des cours provinciales présidées par des juges nommés par les provinces qui auraient les mêmes compétences et pouvoirs que les cours supérieures » (p. 264).

[62] Plus récemment, dans l’affaire *MacMillan Bloedel*, la juge McLachlin, dissidente, mais non sur ce point, soulignait que « [d]e toute évidence, le Parlement et les législatures ne sauraient être autorisés à constituer des cours de justice parallèles qui exerceraient tous les pouvoirs des cours visées à l’art. 96, ou une partie seulement de ceux-ci » (par. 54). L’année suivante, dans le *Renvoi relatif à la Residential Tenancies Act (N.-É.)*, la juge McLachlin réitérait, cette fois au nom de la majorité, qu’« [i]l est interdit d’établir des tribunaux parallèles et des tribunaux administratifs qui usurpent les fonctions réservées aux cours supérieures visées par l’art. 96 » (par. 73). Elle précisait du même souffle que « [p]arce que les cours visées à l’art. 96 sont protégées par la Constitution, ni le Parlement ni les législatures ne peuvent porter atteinte à leur statut » (*ibid.*). C’est pourtant ce qui se produirait si leurs tâches pouvaient être transférées à des tribunaux de nomination provinciale; « voilà pourquoi le transfert en bloc de pouvoirs des cours supérieures ne saurait être autorisé » (*ibid.*).

b) *La compétence fondamentale*

[63] Le test de la compétence fondamentale vise un objectif plus large que la protection des compétences historiques. Il s’assure également d’empêcher que les cours supérieures soient affaiblies d’une telle façon qu’elles ne puissent accomplir le rôle qui leur est dévolu par l’art. 96. La compétence fondamentale inclut les pouvoirs et compétences essentiels au rôle des cours supérieures en tant que pierre angulaire du système de justice unitaire et premières gardiennes de la primauté du droit. Ces fonctions essentielles ne se limitent pas aux compétences et pouvoirs inhérents au sens classique de ces termes, mais incluent également les compétences matérielles qui satisfont ce critère. Si ces pouvoirs et domaines de compétence essentiels étaient transférés exclusivement à un autre tribunal, ce dernier se transformerait alors en une cour parallèle — un résultat prohibé par la Constitution. Il va de soi que la création d’une cour



the superior courts could be impaired to such an extent that they can no longer play their constitutional role. This would be the case if the legislature were to interfere impermissibly with the exercise of core jurisdiction by, for example, circumscribing it to the point of “maim[ing]” the superior courts in their very essence (*MacMillan Bloedel*, at para. 37).

[64] Until *MacMillan Bloedel*, this Court’s decisions protected the superior courts’ role by limiting grants of their historical jurisdiction. In *MacMillan Bloedel*, the Court applied the three-step *Residential Tenancies* test to an exclusive grant to youth courts of the power to punish young persons for *ex facie* contempt of court — a power that was traditionally exercised by superior courts. The application of that test was seen as deficient because it did not prevent the removal of this significant power from the superior courts. This Court thought it was necessary to interpret the nucleus of the superior courts as also protecting their core jurisdiction (*Sobeys*, at p. 264). Otherwise, there was a risk that gaps in the *Residential Tenancies* test would undermine the role of superior courts either by allowing the creation of parallel courts with certain powers essential to the superior courts’ role or by allowing the defining features of superior courts to be removed.

[65] To preserve the essence of the superior courts, this Court therefore added a second test to the analysis of constitutionality under s. 96. It held that when the core jurisdiction of superior courts is affected, courts must ask whether the legislation has the effect of removing any of the attributes of the superior courts’ core jurisdiction (*MacMillan Bloedel*, at paras. 18 and 27). Core jurisdiction includes “critically important jurisdictions which are essential to the existence of a superior court of inherent jurisdiction and to the preservation of its foundational role within our legal system” (*Reference re Residential Tenancies Act (N.S.)*, at para. 56, per Lamer C.J., concurring). These defining features enable a superior

parallèle empêche les cours supérieures de jouer leur rôle constitutionnel. Cela dit, même en l’absence de création d’une cour parallèle, les cours supérieures peuvent être affaiblies au point de ne plus pouvoir s’acquitter de leur rôle constitutionnel. Il en est ainsi lorsque le législateur s’ingère de manière inadmissible dans l’exercice de la compétence fondamentale, par exemple, en l’encadrant au point de « mutiler » l’essence même des cours supérieures (*MacMillan Bloedel*, par. 37).

[64] Jusqu’à l’arrêt *MacMillan Bloedel*, la jurisprudence de notre Cour a protégé le rôle des cours supérieures en restreignant les attributions de leurs compétences historiques. Dans cet arrêt, la Cour a appliqué le test en trois volets du *Renvoi sur la location résidentielle* à l’attribution exclusive, au tribunal pour adolescents, du pouvoir de punir l’outrage au tribunal *ex facie* commis par un adolescent — un pouvoir qui relevait traditionnellement des cours supérieures. L’application de ce test a été perçue comme défailante puisqu’elle ne faisait pas obstacle au retrait de cet important pouvoir des mains des cours supérieures. Notre Cour a jugé nécessaire d’interpréter le « noyau de compétence » des cours supérieures comme protégeant également leur compétence fondamentale (*Sobeys*, p. 264). Autrement, les failles du test du *Renvoi sur la location résidentielle* risquaient de miner le rôle des cours supérieures, soit en permettant la création de cours parallèles détenant certains des pouvoirs essentiels à leur mission, soit en autorisant le retrait de leurs caractéristiques essentielles.

[65] Pour préserver l’essence des cours supérieures, la Cour a donc ajouté un second test à l’analyse de la constitutionnalité sous l’art. 96. Elle a conclu que lorsque la compétence fondamentale des cours supérieures est touchée, il faut se demander si la mesure législative a pour effet de retirer aux cours supérieures l’un des attributs de leur compétence fondamentale (*MacMillan Bloedel*, par. 18 et 27). Cette dernière inclut « les pouvoirs qui ont une importance cruciale et qui sont essentiels à l’existence d’une cour supérieure dotée de pouvoirs inhérents et au maintien de son rôle vital au sein de notre système juridique » (*Renvoi relatif à la Residential Tenancies Act (N.-É.)*, par. 56, le juge en chef Lamer,

court “to fulfil itself as a court of law” (*MacMillan Bloedel*, at paras. 30, 35 and 38 (emphasis deleted), quoting I. H. Jacob, “The Inherent Jurisdiction of the Court” (1970), 23 *Current Legal Problems* 23, at p. 27). Their “inherent” nature is attributable to the fact that they are derived not from legislation, but “from the very nature of the court as a superior court of law” (para. 30, quoting Jacob, at p. 27). If such an attribute is removed, the measure is unconstitutional.

[66] In addition to calling a removal of jurisdiction into question, this new doctrine operates to prevent the creation of parallel courts, like the *Residential Tenancies* test also does. The core jurisdiction test prevents the legislature from transferring to other courts the features that are essential to the role of the superior courts as the centrepiece of the unitary justice system and the primary guardians of the rule of law, for such transfers could transform those other courts into mirrors of the superior courts. The prohibition against parallel courts and the protection of the superior courts’ core jurisdiction are thus closely related; the creation of parallel courts affects the superior courts’ essential functions and place in the judicial system, thereby undermining or usurping their role and exceeding the limits imposed by s. 96. However, the core jurisdiction test does not merely place limits on what can be transferred to other courts. It also curbs impermissible interference by the legislature with the exercise of the jurisdiction and powers that constitute the very essence of the superior courts in order to prevent these courts from being “maim[ed]” (*MacMillan Bloedel*, at para. 37).

[67] The emergence of a test protecting core jurisdiction thus marks a change in direction. Unlike the *Residential Tenancies* test, the core jurisdiction analysis is not primarily historical in nature. It is the very essence of the superior courts that is protected. The content of the core jurisdiction is therefore not limited to what the superior courts exercised exclusively at the time of Confederation. It extends to whatever is needed in order to preserve the vigour

concordant). Ces caractéristiques essentielles permettent aux cours supérieures « de se réaliser en tant que cour de justice » (*MacMillan Bloedel*, par. 30, 35 et 38 (soulignement omis), citant I. H. Jacob, « The Inherent Jurisdiction of the Court » (1970), 23 *Current Legal Problems* 23, p. 27). Leur caractère dit inhérent est attribuable au fait qu’ils ne découlent pas de la loi, mais « de la nature même de la cour en tant que cour supérieure de justice » (par. 30, citant Jacob, p. 27). Lorsqu’un tel attribut est retiré, la mesure est inconstitutionnelle.

[66] En plus de remettre en question les retraits de compétence, cette nouvelle doctrine prévient la création de cours parallèles au même titre que le test du *Renvoi sur la location résidentielle*. Le test de la compétence fondamentale limite les transferts par une législature à d’autres tribunaux d’une caractéristique essentielle au rôle des cours supérieures en tant que pièce maîtresse du système de justice unitaire et premières gardiennes de la primauté du droit, car de tels transferts seraient susceptibles de transformer ces autres tribunaux en cours parallèles aux cours supérieures. L’interdiction des cours parallèles et la protection de la compétence fondamentale des cours supérieures sont donc fortement reliées; la création de cours parallèles porte atteinte aux fonctions essentielles et à la place particulière des cours supérieures dans le système judiciaire, affaiblissant ou usurpant ainsi leur rôle et excédant les limites imposées par l’art. 96. Le test de la compétence fondamentale ne limite toutefois pas que les transferts à d’autres tribunaux. Elle restreint aussi les ingérences inadmissibles du législateur au sein de l’exercice de la compétence et des pouvoirs constituant l’essence même des cours supérieures afin d’éviter que ces dernières ne soient « mutil[ées] » (*MacMillan Bloedel*, par. 37).

[67] L’émergence d’un test protégeant la compétence fondamentale signale donc un changement de direction. Contrairement à ce qui prévaut dans le cadre du test du *Renvoi sur la location résidentielle*, l’analyse de la compétence fondamentale n’est pas principalement historique. C’est l’essence même des cours supérieures qui est protégée. Ainsi, le contenu de la compétence fondamentale n’est pas limité à ce que les cours supérieures exerçaient exclusivement

and strength of those courts. The protected powers and jurisdiction are solidly anchored in the role the superior courts are called upon to play in the maintenance of the rule of law in our unitary justice system (*MacMillan Bloedel*, at paras. 37-38 and 41).

[68] The content of the core jurisdiction includes the inherent jurisdiction and inherent powers of a superior court recognized in *MacMillan Bloedel*: namely, review of the legality and constitutional validity of laws, enforcement of its orders, control over its own process, and its residual jurisdiction as a court of original general jurisdiction.

[69] The constitutional protection of the residual jurisdiction of the superior courts as courts of original general jurisdiction was reiterated in *Trial Lawyers*, in which the Court held that the imposition of hearing fees that had the effect of denying some individuals access to a court of original general jurisdiction impermissibly infringed on the core jurisdiction of the superior courts (para. 32). The hearing fees at issue caused undue hardship to litigants of modest means and therefore deprived them of access to the superior court for the adjudication of disputes over which no other court had jurisdiction. Because such litigants were not indigent, they did not qualify for any exemption from paying the hearing fees. Consequently, the superior court was deprived of its ability to hear, as the court of original general jurisdiction, disputes that involved individuals who were neither poor nor rich and over which no other court had jurisdiction. Such individuals fell through the cracks in the judicial system; their disputes could no longer be resolved by the law, which jeopardized the maintenance of an actual order of positive laws and thus the rule of law. It is impossible to conceive of a superior court being stripped of a feature so essential as its status as a court of original general jurisdiction.

au moment de la Confédération. Elle s'étend à ce qui est nécessaire pour préserver la vigueur et la robustesse des cours supérieures. Les pouvoirs et compétences protégés sont solidement ancrés dans le rôle que les cours supérieures doivent être appelées à jouer dans le maintien de la primauté du droit au sein de notre système de justice unitaire (*MacMillan Bloedel*, par. 37-38 et 41).

[68] Le contenu de la compétence fondamentale inclut la compétence inhérente et les pouvoirs inhérents reconnus dans l'arrêt *MacMillan Bloedel*, c'est-à-dire le contrôle de la légalité et de la constitutionnalité des lois, la mise à exécution de leurs ordonnances, le contrôle de leur propre procédure et la compétence résiduelle à titre de tribunal de droit commun.

[69] La protection constitutionnelle de la compétence résiduelle des cours supérieures à titre de tribunal de droit commun a d'ailleurs été réitérée dans l'arrêt *Trial Lawyers*. Dans cet arrêt, la Cour a conclu que l'imposition de frais d'audience qui auraient pour effet de nier à des justiciables l'accès à un tribunal de droit commun porte atteinte de façon inacceptable à la compétence fondamentale des cours supérieures (par. 32). Les frais d'audience en question causaient des difficultés excessives aux plaideurs disposant de moyens modestes et les privaient donc de l'accès à la cour supérieure pour faire trancher des litiges à l'égard desquels aucun autre tribunal n'a compétence. Ces plaideurs n'étant pas démunis, ils ne pouvaient se prévaloir d'aucune exemption leur permettant de présenter une réclamation sans être tenus de payer les frais d'audience. La cour supérieure était donc privée de sa capacité d'entendre à titre de tribunal de droit commun les litiges impliquant des justiciables ni pauvres ni riches à l'égard desquels aucun autre tribunal n'a compétence. Ces justiciables tombaient dans les interstices du système judiciaire; leurs litiges ne pouvaient plus être résolus par le droit, mettant en danger le maintien d'un ordre réel de droit positif et conséquemment la primauté du droit. On ne peut concevoir une cour supérieure qui serait dépouillée d'une caractéristique aussi essentielle que son statut de tribunal de droit commun.

(c) *Conclusion*

[70] In short, a review of this Court's jurisprudence highlights the prohibition against creating parallel courts or striking at the very essence of superior courts, which gives full effect to the compromise reached at Confederation. Although the applicable tests may have changed over the years, they are not ends in and of themselves; they are simply expressions of the principles that underlie s. 96. Accordingly, it is important not to apply these tests in a purely mechanical fashion; on the contrary, they must be approached with those principles in mind.

C. *Application*

[71] We will begin by applying the *Residential Tenancies* test to determine whether art. 35 para. 1 *C.C.P.* affects a jurisdiction that has historically been exercised by the superior courts and cannot be granted to a court with provincially appointed judges. Because we conclude that the application of that test does not enable us to answer the question before the Court, we will then turn to the core jurisdiction test. As we will explain, that test must be adapted to better reflect the underlying purposes of the two tests, including that of prohibiting the creation of parallel courts. In this case, we find that the impugned provision is unconstitutional, because it impermissibly infringes on the superior courts' general private law jurisdiction, which forms part of their core jurisdiction. In its current form, art. 35 para. 1 *C.C.P.* has the effect of transforming the Court of Québec into a parallel court that undermines the constitutional role of the Superior Court of general jurisdiction. In other words, the Court of Québec's exclusive jurisdiction over civil claims for less than \$85,000 is unconstitutional.

(1) Three-Step Residential Tenancies Test(a) *Characterizing the Jurisdiction*

[72] Before proceeding with the first step of the test, we must characterize the jurisdiction at issue

c) *Conclusion*

[70] En somme, la revue de la jurisprudence de la Cour met en exergue l'interdiction de créer des cours parallèles ou de s'attaquer à l'essence même des cours supérieures de façon à donner plein effet au compromis conclu à l'époque de la Confédération. Quoique les tests applicables aient pu changer à travers les époques, ces tests ne sont pas des fins en soi; ils ne sont que l'expression des principes qui sous-tendent l'art. 96. Conséquemment, il faut se garder d'appliquer ces tests de façon purement mécanique; on doit au contraire les aborder avec ces principes en tête.

C. *Application*

[71] Nous appliquerons d'abord le test du *Renvoi sur la location résidentielle* afin de déterminer si l'art. 35 al. 1 *C.p.c.* touche une compétence historiquement exercée par les cours supérieures qui ne peut être attribuée à un tribunal de nomination provinciale. Puisque nous concluons que l'application de ce test ne nous permet pas de trancher la question dont nous sommes saisis, nous nous pencherons ensuite sur le test de la compétence fondamentale. Comme nous l'expliquerons, ce test doit être adapté pour mieux tenir compte des objectifs qui sous-tendent les deux tests, dont celui d'interdire la création de cours parallèles. Dans ce cas, nous sommes d'avis que la disposition concernée est inconstitutionnelle, puisqu'elle porte atteinte de manière inadmissible à la compétence générale en droit privé des cours supérieures, laquelle relève de leur compétence fondamentale. Sous sa forme actuelle, l'art. 35 al. 1 *C.p.c.* a pour effet de transformer la Cour du Québec en une cour parallèle qui affaiblit le rôle constitutionnel de la Cour supérieure de juridiction générale. Autrement dit, la juridiction exclusive de la Cour du Québec sur les réclamations civiles de moins de 85 000 \$ est inconstitutionnelle.

(1) Le test en trois volets du Renvoi sur la location résidentiellea) *La qualification de la compétence*

[72] Avant d'aborder la première étape du test, il convient de qualifier la compétence en cause (*Sobeys*,

(*Sobeys*, at pp. 252-55; *Reference re Young Offenders Act (P.E.I.)*, at p. 265; *Reference re Residential Tenancies Act (N.S.)*, at para. 76). The parties and interveners proposed a variety of characterizations for the jurisdiction granted to the Court of Québec by art. 35 para. 1 *C.C.P.*

[73] We agree with those who argued that this provision grants jurisdiction over civil disputes concerning contractual and extracontractual obligations (A.F., AGQ, at para. 56; A.F., Conférence des juges de la Cour du Québec (“CJCQ”), at para. 93; I.F., Attorney General of Canada, at paras. 39 and 45; A.F., Conseil de la magistrature, at paras. 29 and 93; A.F., Canadian Association of Provincial Court Judges, at paras. 62 and 68). While this characterization is not “narrow” as required by *Sobeys* (p. 254; see also *MacMillan Bloedel*, at para. 25; *Reference re Young Offenders Act (P.E.I.)*, at p. 266), its generality is a product of the expansive language of art. 35 para. 1 *C.C.P.*

[74] We reject the respondents’ claim that this provision refers to a [TRANSLATION] “general civil jurisdiction, exclusive throughout the territory of Quebec, up to \$85,000 in 2016 dollars” (R.F., Chief Justice of the Superior Court et al., at para. 78; see also I.F., Trial Lawyers Association, at para. 24). That is the kind of characterization this Court has warned against. It focuses on the type of remedy sought — monetary relief in a quantifiable amount — rather than on “the type of dispute involved” (*Reference re Residential Tenancies Act (N.S.)*, at para. 76). A monetary ceiling or geographical limitations should not be introduced into the very definition of the jurisdiction, as they provide no information about the type of dispute in question; they are merely factors that help determine whether lower courts were sufficiently involved in an area of jurisdiction at the time of Confederation (*Sobeys*, at p. 261; *Reference re Residential Tenancies Act (N.S.)*, at para. 77).

p. 252-255; *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants (Î.-P.-É.)*, p. 265; *Renvoi relatif à la Residential Tenancies Act (N.-É.)*, par. 76). Les parties et les intervenants ont proposé diverses qualifications pour décrire la compétence attribuée à la Cour du Québec par l’art. 35 al. 1 *C.p.c.*

[73] Nous sommes d’accord avec ceux et celles ayant soutenu que cette disposition conférerait une compétence sur les litiges civils en matière d’obligations contractuelles et extracontractuelles (m.a., PGQ, par. 56; m.a., Conférence des juges de la Cour du Québec (« CJCQ »), par. 93; m. interv., procureur général du Canada, par. 39 et 45; m.a., Conseil de la magistrature, par. 29 et 93; m.a., Association canadienne des juges des cours provinciales, par. 62 et 68). Bien que cette qualification ne soit pas « étroite » comme le requiert l’arrêt *Sobeys* (p. 254; voir aussi *MacMillan Bloedel*, par. 25; *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants (Î.-P.-É.)*, p. 266), son niveau de généralité provient du libellé très englobant de l’art. 35 al. 1 *C.p.c.*

[74] Nous rejetons la prétention des intimés selon laquelle cette disposition réfère à une « compétence générale en matière civile, exclusive sur la totalité du territoire québécois, jusqu’à concurrence de 85 000 \$ en dollars de 2016 » (m.i., juge en chef de la Cour supérieure et al., par. 78; voir aussi m. interv., Trial Lawyers Association, par. 24). La qualification suggérée par les intimés incarne le genre de propositions contre lesquelles notre Cour a mis en garde. Elle se focalise sur le type de réparations demandées — une réparation pécuniaire d’une valeur chiffrable — plutôt que sur « le type de différend concerné » (*Renvoi relatif à la Residential Tenancies Act (N.-É.)*, par. 76). On ne saurait introduire un plafond pécuniaire ou des limitations territoriales dans la qualification même de la compétence, car de tels éléments ne nous renseignent en rien sur le type de différend concerné; ce ne sont que des facteurs permettant de déterminer si les tribunaux inférieurs étaient suffisamment engagés dans un domaine de compétence au moment de la Confédération (*Sobeys*, p. 261; *Renvoi relatif à la Residential Tenancies Act (N.-É.)*, par. 77).

(b) *Historical Analysis*

[75] Guidance on the methodology to be used in addressing this issue can be found in *Sobeys* and in *Reference re Residential Tenancies Act (N.S.)*. At this first step, the Court must ask whether inferior courts of the four founding provinces had a “general shared involvement” or a “meaningful concurrency of power” in the area of jurisdiction in question at the time of Confederation (*Sobeys*, at pp. 260-61 (emphasis deleted); *Reference re Residential Tenancies Act (N.S.)*, at para. 77). If they did, the grant of jurisdiction satisfies the requirements of the *Residential Tenancies* test. Otherwise, the second step of the test must be undertaken.

[76] In our view, there was a general shared involvement in the area of jurisdiction at issue: three of the four founding provinces’ inferior courts had, at the time of Confederation, sufficient practical involvement in matters relating to contractual and extracontractual obligations. In Lower Canada, 60 percent of civil litigation took place in two s. 96 courts, the Superior Court or the Circuit Court (A.R., AGQ, vol. III, at p. 170). The scope and monetary ceiling of the inferior courts’ jurisdiction were far too limited to establish significant involvement in such a vast area of jurisdiction. In all the other provinces, however, inferior courts played a predominant role in the administration of civil justice. They had broad jurisdiction and heard between 80 percent (in Upper Canada and Nova Scotia) and 90 percent (in New Brunswick) of all civil cases (pp. 183, 192 and 198). In most of the provinces, therefore, there was sufficient practical involvement of the inferior courts in matters relating to contractual and extracontractual obligations. Accordingly, the *Residential Tenancies* test does not lead to the conclusion that art. 35 para. 1 *C.C.P.* is unconstitutional with respect to the types of disputes in question. It is therefore unnecessary to proceed to the second and third steps, which are of questionable relevance to the transfer before us in any event.

b) *L’analyse historique*

[75] L’arrêt *Sobeys* et le *Renvoi relatif à la Residential Tenancies Act (N.-É.)* fournissent les indications méthodologiques qu’il faut suivre pour répondre à cette question. Dans le cadre de ce premier volet, la Cour doit se demander si les tribunaux inférieurs des quatre provinces fondatrices exerçaient, au moment de la Confédération, un « engagement général partagé » ou une « compétence concurrente appréciable » dans le domaine de compétence en question (*Sobeys*, p. 260-261 (soulignement omis); *Renvoi relatif à la Residential Tenancies Act (N.-É.)*, par. 77). Le cas échéant, l’attribution de compétence satisfait aux exigences du test du *Renvoi sur la location résidentielle*. Autrement, il faut passer à la deuxième étape du test.

[76] À notre avis, il existe un engagement général partagé dans le domaine de compétence en litige : les tribunaux inférieurs de trois des quatre provinces fondatrices exerçaient, au moment de la Confédération, un engagement pratique suffisant en matière d’obligations contractuelles et extracontractuelles. Au Bas-Canada, 60 p. 100 des activités civiles se déroulaient devant deux cours visées à l’art. 96, la Cour supérieure ou la Cour de circuit (d.a., PGQ, vol. III, p. 170). L’étendue et le plafond pécuniaire de la compétence des tribunaux inférieurs étaient beaucoup trop limités pour établir un engagement appréciable dans un domaine de compétence aussi vaste. Par contre, dans toutes les autres provinces, c’étaient les tribunaux inférieurs qui occupaient le rôle prépondérant dans l’administration de la justice civile. Ils exerçaient une juridiction importante et entendaient entre 80 p. 100 (au Haut-Canada et en Nouvelle-Écosse) et 90 p. 100 (au Nouveau-Brunswick) des affaires civiles (p. 183, 192 et 198). Ainsi, il existait dans la majorité des provinces un engagement pratique suffisant des tribunaux inférieurs en matière d’obligations contractuelles et extracontractuelles. Par conséquent, le test du *Renvoi sur la location résidentielle* ne rend pas l’art. 35 al. 1 *C.p.c.* inconstitutionnel quant aux types de différends concernés, de sorte qu’il n’est pas nécessaire de passer aux deuxième et troisième volets, dont, du reste, la pertinence pourrait être remise en question dans le contexte du transfert qui nous occupe.

[77] Indeed, the *Residential Tenancies* test was established at a time when administrative bodies were growing in number and a modern administrative state was emerging in Canada. The Court was sensitive to this new reality, which had not existed at Confederation. The purpose of the test was to avoid stifling institutional innovations designed to provide administrative rather than judicial solutions for social or political problems (see *Sobeys*, at pp. 253-54). Subsequent decisions did not point to any functional gap in the test, given that a large proportion of those cases involved administrative tribunals (see, e.g., *Massey-Ferguson Industries Ltd. v. Government of Saskatchewan*, [1981] 2 S.C.R. 413; *Crevier*; *Grondin*; *Sobeys*; *Chrysler Canada Ltd. v. Canada (Competition Tribunal)*, [1992] 2 S.C.R. 394; *Reference re Residential Tenancies Act (N.S.)*). While the first step of the test — the only one that applies in the instant case — was drawn from cases involving transfers to courts (*Sobeys*, at p. 254), it cannot readily be applied to a court-to-court transfer of a vast area of jurisdiction. Such broad transfers have rarely been at issue in cases where the *Residential Tenancies* test was applied. This strand of jurisprudence has generally been concerned with provisions granting limited and specific powers.

[78] The case at bar instead concerns the implementation of a comprehensive scheme that divides civil disputes involving contractual and extracontractual obligations in Quebec between two courts. Given that art. 35 para. 1 *C.C.P.* grants a broad jurisdiction over civil matters, the jurisdiction cannot be characterized more narrowly. Therefore, as this Court noted about the characterization stage that precedes the first step of the analysis, the broader the granted jurisdiction is, “the more likely it will be that at least some aspects of the jurisdiction will have been within the purview of inferior courts at Confederation” (*Sobeys*, at p. 253). As a consequence, the expansive characterization required by the provision at issue inappropriately favours a finding of general shared involvement. This leads to a rather strange result: the broader a grant of jurisdiction, the greater the chance that it will escape the

[77] En effet, à l’époque où ce test a été élaboré, les organismes administratifs se multipliaient et le Canada vivait l’émergence d’un État administratif moderne. La Cour était sensible à cette nouvelle réalité qui n’existait pas au moment de la Confédération. L’objectif du test était d’éviter de freiner les innovations institutionnelles destinées à aborder les problèmes sociaux ou politiques par la voie administrative, plutôt que par la voie judiciaire (voir *Sobeys*, p. 253-254). Les décisions subséquentes n’ont pas mis en exergue l’existence d’une faille fonctionnelle dans le test, puisqu’une large proportion de ces affaires portait sur des tribunaux administratifs (voir, p. ex., *Massey-Ferguson Industries Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1981] 2 R.C.S. 413; *Crevier*; *Grondin*; *Sobeys*; *Chrysler Canada Ltd. c. Canada (Tribunal de la concurrence)*, [1992] 2 R.C.S. 394; *Renvoi relatif à la Residential Tenancies Act (N.-É.)*). Bien que le premier volet du test, le seul à trouver application en l’espèce, soit issu de la jurisprudence portant sur les transferts vers une cour de justice (*Sobeys*, p. 254), il ne s’applique pas sans écueil dans le contexte du transfert d’un vaste domaine de compétence à une autre cour de justice. Un vaste transfert de ce type a rarement été mis en cause dans la jurisprudence relative au test du *Renvoi sur la location résidentielle*, qui a plus souvent examiné des dispositions attributives de pouvoirs restreints et spécifiques.

[78] Or, la présente situation porte plutôt sur la mise en œuvre d’un régime complet répartissant entre deux tribunaux judiciaires les litiges civils qui concernent les obligations contractuelles et extracontractuelles au Québec. Dans la mesure où le libellé de l’art. 35 al. 1 *C.p.c.* confère une vaste compétence en matière civile, il est impossible de qualifier le domaine de compétence d’une manière plus étroite. Ainsi, comme notre Cour l’a fait remarquer à propos de l’étape de qualification préalable à l’analyse du premier volet, plus la compétence attribuée est large, « plus il est probable qu’au moins certains aspects de la compétence puissent être retrouvés parmi les attributions des tribunaux inférieurs à l’époque de la Confédération » (*Sobeys*, p. 253). Conséquemment, la qualification très large imposée par la disposition en cause favorise indûment une conclusion d’engagement général partagé. Ceci mène à un résultat

restrictions of the *Residential Tenancies* test. Thus, even though it was developed to prohibit the creation of parallel courts, that test does not deal effectively with the very jurisdiction-granting provisions that are the most likely to establish such courts because of their generality. This is why such a grant requires a tailored analytical framework for the purpose of determining whether a parallel court that undermines the role of the superior courts has been created.

[79] As is clear from its application, the *Residential Tenancies* test does not provide a satisfactory framework where, as here, a broad jurisdiction at the heart of private law has been transferred to a court. Thus, this question must be considered from the standpoint of the modified core jurisdiction test so as to better protect the constitutional status of s. 96 courts.

## (2) Core Jurisdiction Test

[80] As we explained above, even if a grant of jurisdiction passes the *Residential Tenancies* test, it does not necessarily follow that the grant is constitutional. Its impact on the core jurisdiction of superior courts still has to be assessed, even if the grant is not exclusive. It must first be determined whether one of the attributes of the superior courts' core jurisdiction is affected. If so, it must then be determined whether the legislation has the effect of depriving the superior courts of an aspect of their core jurisdiction or whether it otherwise impermissibly invades that core jurisdiction.

[81] In this case, art. 35 para. 1 *C.C.P.* involves the superior courts' general private law jurisdiction. To decide whether the transfer of jurisdiction effected by art. 35 impermissibly infringes on this aspect of the superior courts' core jurisdiction, we must weigh certain factors. We conclude that the grant to the Court of Québec of exclusive jurisdiction over civil claims for less than \$85,000 prevents the Québec

plutôt incongru : plus l'attribution d'une compétence est vaste, plus elle risque d'échapper aux restrictions formulées par le test du *Renvoi sur la location résidentielle*. De ce fait, bien qu'il ait été conçu pour interdire la création de cours parallèles, ce test ne traite pas de manière efficace du type de dispositions attributives de compétence qui sont justement, par leur degré de généralité, les plus enclines à établir des cours parallèles. C'est pourquoi une telle attribution requiert un cadre d'analyse adapté afin de déterminer si une cour parallèle minant le rôle des cours supérieures a été créée.

[79] Comme il en ressort de son application, le test du *Renvoi sur la location résidentielle* ne permet pas d'encadrer de façon satisfaisante le transfert, vers une cour de justice, d'une large compétence située au cœur du droit privé comme celle dont il s'agit en l'espèce. Cette question doit donc être examinée sous l'angle du test de la compétence fondamentale remanié de façon à mieux protéger le statut constitutionnel des cours visées à l'art. 96.

## (2) Le test de la compétence fondamentale

[80] Comme nous l'avons expliqué, même si l'attribution d'une compétence passe le test du *Renvoi sur la location résidentielle*, sa constitutionnalité n'est pas acquise pour autant. On doit encore évaluer son effet au regard de la compétence fondamentale des cours supérieures, et ce, même si l'attribution n'est pas exclusive. Dans un premier temps, il faut déterminer si l'un des attributs de la compétence fondamentale des cours supérieures est en jeu. Dans l'affirmative, il s'agit ensuite de déterminer si la mesure législative a pour effet de priver les cours supérieures d'un aspect de leur compétence fondamentale ou si elle constitue une autre forme d'ingérence inadmissible à cet égard.

[81] En l'espèce, l'art. 35 al. 1 *C.p.c.* met en jeu la compétence générale des cours supérieures en droit privé. Afin de décider si le transfert de compétence opéré par l'art. 35 porte une atteinte inadmissible à cet aspect de la compétence fondamentale des cours supérieures, certains facteurs doivent être soupesés. Nous concluons que l'attribution à la Cour du Québec d'une compétence exclusive sur les réclamations



Superior Court from playing its role under s. 96 in cases concerning private law matters. In short, this grant has the effect of transforming the Court of Québec into a prohibited parallel court. Accordingly, the transfer of jurisdiction contemplated by art. 35 para. 1 *C.C.P.* exceeds the limits established by s. 96 of the *Constitution Act, 1867* and is thus unconstitutional.

(a) *General Private Law Jurisdiction*

[82] The core jurisdiction of the superior courts includes their ability to act as courts of general jurisdiction, that is, to hear and determine matters not exclusively assigned by law to other courts (*MacMillan Bloedel*, at paras. 29, 32 and 37; *Canadian Liberty Net*, at para. 35; *Noël v. Société d'énergie de la Baie James*, 2001 SCC 39, [2001] 2 S.C.R. 207, at para. 27). It therefore encompasses, by necessary implication, general jurisdiction over private law matters (*Canadian Liberty Net*, at para. 26; Huppé, at p. 12). However, the existence of this general jurisdiction requires a broad subject-matter jurisdiction, as it is inconceivable for the superior courts to have general jurisdiction over private law matters in a context in which every branch of private law has been exclusively assigned to other courts. This would alter the nature of superior courts by stripping them of one of their essential features, that of exercising judicial functions and stating the law in private disputes. As this Court noted in *Trial Lawyers*, “[t]he resolution of these disputes and resulting determination of issues . . . are central to what the superior courts do. . . . To prevent this business being done strikes at the core of the jurisdiction of the superior courts protected by s. 96 of the *Constitution Act, 1867*” (para. 32).

[83] In our view, the superior courts’ core jurisdiction presupposes a broad subject-matter jurisdiction whose scope corresponds, at the very least, to the central divisions of private law to which more specific fields of law are often attached. This can be explained by the superior courts’ historical origins and their nature as courts of original general jurisdiction,

civiles de moins de 85 000 \$ empêche la Cour supérieure du Québec de jouer le rôle qui lui incombe en vertu de l’art. 96 en matière de droit privé. En un mot, cette attribution a pour effet de transformer la Cour du Québec en une cour parallèle prohibée. Par conséquent, le transfert de compétence envisagé par l’art. 35 al. 1 *C.p.c.* excède les limites établies par l’art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et s’avère donc inconstitutionnel.

a) *La compétence générale en droit privé*

[82] La compétence fondamentale des cours supérieures comprend leur capacité d’agir à titre de tribunal de juridiction générale (ou juridiction de droit commun), c’est-à-dire leur capacité de connaître des affaires que la loi n’attribue pas exclusivement à d’autres tribunaux (*MacMillan Bloedel*, par. 29, 32 et 37; *Canadian Liberty Net*, par. 35; *Noël c. Société d'énergie de la Baie James*, 2001 CSC 39, [2001] 2 R.C.S. 207, par. 27). Elle englobe donc, par déduction nécessaire, une compétence générale en matière de droit privé (*Canadian Liberty Net*, par. 26; Huppé, p. 12). Or celle-ci a besoin d’une vaste compétence matérielle pour se réaliser. En effet, on ne saurait concevoir une compétence générale en matière de droit privé dans un contexte où toutes les ramifications du droit privé auraient été attribuées exclusivement à d’autres tribunaux. Cela changerait la nature des cours supérieures en les dépouillant d’une de leurs caractéristiques essentielles, celle d’exercer des fonctions judiciaires et de dire le droit dans des litiges privés. Comme l’a reconnu notre Cour dans l’arrêt *Trial Lawyers*, « la résolution de ces différends et les décisions qui en résultent [. . .] sont des aspects centraux des activités des cours supérieures. [. . .] Empêcher l’exercice de ces activités attaque le cœur même de la compétence des cours supérieures que protège l’art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* » (par. 32).

[83] À notre avis, la compétence fondamentale des cours supérieures présuppose une vaste compétence matérielle dont l’étendue recoupe, à tout le moins, les divisions centrales du droit privé auxquelles se rattachent souvent des domaines de droit plus spécifiques. Cela s’explique par les origines historiques des cours supérieures et leur nature de tribunal de

as well as by the principles of national unity and of the rule of law that underpin s. 96.

[84] Historically, the English royal courts had general civil jurisdiction and were responsible for the major developments in private law (Lederman, at p. 773). The Canadian superior courts, which are descended from those courts, inherited their role of prime importance in the judicial system (*Law Society of British Columbia*, at pp. 326-27; *MacMillan Bloedel*, at paras. 29, 32 and 36). At the time of Confederation, they had jurisdiction over all important civil cases (G. T. G. Seniuk and N. Lyon, “The Supreme Court of Canada and The Provincial Court in Canada” (2000), 79 *Can. Bar Rev.* 77, at pp. 95-96).

[85] The paramount role given to the superior courts derives in part from the fact that they are courts of original general jurisdiction. A court of original general jurisdiction is the antithesis of a specialized tribunal. A specialized tribunal draws legal conclusions based on a limited number of principles and rules falling within its area of expertise, whereas a court of original general jurisdiction considers and interprets many principles and general rules that may apply in a number of fields of law. In giving the superior courts this breadth of perspective, the framers of the Constitution intended them to ensure the maintenance and coherent development of an actual order of positive laws, as well as to ensure stability and predictability in private law relationships (*Reference re Manitoba Language Rights*, at pp. 747-52; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at para. 70; T. Bingham, *The Rule of Law* (2010), at pp. 38-39; Huppé, at p. 13). If the legislatures were free to diminish, by means of unlimited transfers of jurisdiction, the superior courts’ ability to lay down the broad lines of the case law, it would no longer be possible for these courts to perform their constitutional role as the primary guardians of the rule of law.

[86] This is why a general jurisdiction over private law matters must be accompanied by a subject-matter jurisdiction that is broad enough to preserve the superior courts’ role in providing jurisprudential

droit commun, ainsi que par les principes de l’unité nationale et de la primauté du droit qui sous-tendent l’art. 96.

[84] Historiquement, les cours royales anglaises disposaient d’une compétence générale en matière civile et elles étaient responsables des évolutions les plus marquantes du droit privé (Lederman, p. 773). Descendantes de ces cours, les cours supérieures canadiennes ont hérité de leur rôle de premier plan à l’intérieur de l’organisation judiciaire (*Law Society of British Columbia*, p. 326-327; *MacMillan Bloedel*, par. 29, 32 et 36). Au moment de la Confédération, tous les litiges civils importants relevaient d’elles (G. T. G. Seniuk et N. Lyon, « The Supreme Court of Canada and The Provincial Court in Canada » (2000), 79 *R. du B. can.* 77, p. 95-96).

[85] Le rôle prépondérant confié à ces cours découle entre autres de leur nature de tribunaux de droit commun. Un tribunal de droit commun est l’antithèse d’un tribunal spécialisé. Un tribunal spécialisé tire des conséquences juridiques à partir d’un nombre restreint de principes et de règles relevant de son champ d’expertise, tandis qu’un tribunal de droit commun embrasse et interprète un grand nombre de principes et de règles générales applicables à plusieurs domaines de droit. Avec cette ampleur de perspective qu’elle leur reconnaît, la Constitution destine les cours supérieures à veiller au maintien et à l’évolution cohérente d’un ordre réel de droit positif, de même qu’à la stabilité et à la prévisibilité au sein des rapports de droit privé (*Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, p. 747-752; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 70; T. Bingham, *The Rule of Law* (2010), p. 38-39; Huppé, p. 13). Si les législatures étaient libres d’atrophier leur capacité d’établir les grandes orientations de la jurisprudence par des transferts de compétence sans limites, ces cours ne pourraient plus assumer leur vocation constitutionnelle de premières gardiennes de la primauté du droit.

[86] C’est pourquoi une compétence générale en droit privé doit s’accompagner d’une juridiction matérielle suffisamment étendue pour préserver le rôle des cours supérieures de développer la jurisprudence

guidance on private law (N. Lyon, “Is Amendment of Section 96 Really Necessary?” (1987), 36 *U.N.B.L.J.* 79, at pp. 83-84). In our view, this requires significant — though not necessarily predominant — involvement in the resolution of disputes falling under the most fundamental branches of private law, such as property law, the law of succession and the law of obligations. A province may assign portions or offshoots of these fields to courts whose judges it appoints, within the restrictions of *Residential Tenancies*. But if, in so doing, it limits the superior court’s involvement significantly, then it “alters [that court’s] essence, making it something less than a superior court” (*MacMillan Bloedel*, at para. 1). In short, a province which takes away an aspect of the court’s core jurisdiction contravenes s. 96 — a provision whose purpose lies in the “maintenance of the rule of law through the protection of the judicial role” (*Reference re Remuneration of Judges (1997)*, at para. 88 (emphasis added); *Trial Lawyers*, at para. 39). In every case, the line that must not be crossed will be dependent upon a contextual and multi-factored analysis.

(b) *Purpose of the Analysis and Factors to Consider*

[87] Article 35 para. 1 *C.C.P.* assigns one of the fundamental branches of Quebec civil law to the Court of Québec where the value of the subject matter of a dispute is less than \$85,000. It unavoidably affects an aspect of the superior courts’ core jurisdiction: their general jurisdiction over private law matters. What remains to be determined, therefore, is whether it impermissibly invades that jurisdiction. In our view, the following question must be asked: Does the grant of jurisdiction impair the superior court of general jurisdiction in such a way as to alter its essential nature or prevent it from playing its role under s. 96? If the jurisdiction-granting provision transforms the provincial court into a parallel court prohibited by the Constitution, the answer to this question must be yes.

[88] There are various factors that can be helpful when it comes to determining whether, by granting

en matière de droit privé (N. Lyon, « Is Amendment of Section 96 Really Necessary? » (1987), 36 *R.D. U.N.-B.* 79, p. 83-84). À notre avis, cela requiert un engagement appréciable — sans nécessairement être dominant — dans la résolution des litiges relevant des branches les plus fondamentales du droit privé comme le droit des biens, le droit successoral ou le droit des obligations. Une province peut confier des portions ou des ramifications de ces domaines à des tribunaux dont elle nomme les juges, sous réserve des restrictions imposées par le test du *Renvoi sur la location résidentielle*. Mais si, ce faisant, elle restreint de façon importante l’engagement de la cour supérieure, elle « transform[e] la nature même [de cette cour], la réduisant à quelque chose de moins qu’une cour supérieure » (*MacMillan Bloedel*, par. 1). En somme, une province qui lui retire un aspect de sa compétence fondamentale contrevient à l’art. 96 — une disposition dont l’objet réside dans le « maintien de la primauté du droit par la protection du rôle des tribunaux » (*Renvoi relatif à la rémunération des juges (1997)*, par. 88 (nous soulignons); *Trial Lawyers*, par. 39). Dans tous les cas, la ligne à ne pas franchir dépend d’une analyse contextuelle et multifactorielle.

b) *L’objet de l’analyse et les facteurs à considérer*

[87] L’article 35 al. 1 *C.p.c.* attribue à la Cour du Québec l’une des branches fondamentales du droit civil québécois dans la mesure où l’objet du litige est d’une valeur inférieure à 85 000 \$. Il met inévitablement en jeu un aspect de la compétence fondamentale des cours supérieures, à savoir leur compétence générale en droit privé. Reste donc à déterminer s’il constitue une ingérence inadmissible à cet égard. À notre avis, il faut se poser la question suivante : l’attribution de la compétence affaiblit-elle la cour supérieure de juridiction générale de façon à changer sa nature essentielle ou à l’empêcher de jouer le rôle qui lui incombe en vertu de l’art. 96? Si la disposition attributive de compétence transforme la cour provinciale en une cour parallèle prohibée par la Constitution, une réponse positive s’impose.

[88] Différents facteurs peuvent s’avérer utiles pour déterminer si, en attribuant à une cour de nomination

a court with provincially appointed judges a jurisdiction as broad as the one at issue in this case, a legislature has created a prohibited parallel court that impairs the superior court by preventing it from playing its constitutional role. In this case, six factors are of particular relevance: the scope of the jurisdiction being granted, whether the grant is exclusive or concurrent, the monetary limits to which it is subject, whether there are mechanisms for appealing decisions rendered in the exercise of the jurisdiction, the impact on the caseload of the superior court of general jurisdiction, and whether there is an important societal objective. This list is not exhaustive. Other factors may be relevant in different contexts: one need only think, for example, of geographical limitations. However, in the circumstances of this case and in light of the evidence before us, we are of the view that the question can be decided on the basis of these six factors.

[89] In our opinion, these factors give effect to the compromise reached at Confederation concerning the special status of the superior courts of general jurisdiction in a unitary justice system. They make it possible to draw a sufficiently clear line between, on the one hand, legitimate exercises of the provinces' power in relation to the administration of justice and, on the other hand, grants of jurisdiction to parallel courts that usurp the superior courts' general private law jurisdiction and prevent them from playing their constitutional role. The superior courts of general jurisdiction are and must remain central to the Canadian justice system (*MacMillan Bloedel*, at paras. 22 and 51-52). However, this Court has repeatedly noted that Canada's Constitution is a living tree and that a court's jurisdiction must not be frozen at what it was in 1867 (*Reference re Residential Tenancies Act (N.S.)*, at paras. 32, per Lamer C.J., concurring, and 69, per McLachlin J. for the majority; *Reference re Young Offenders Act (P.E.I.)*, at p. 266; *Sobeys*, at p. 255). But the living tree must "gro[w] and expan[d] within its natural limits" (*Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837, at para. 56, quoting *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (P.C.), at p. 136). Section 96 is one of these limits.

provinciale une compétence aussi large que celle en l'espèce, une législature a établi une cour parallèle prohibée qui affaiblit la cour supérieure en l'empêchant de remplir son rôle constitutionnel. En l'espèce, six facteurs s'avèrent particulièrement pertinents : l'étendue de la compétence attribuée, le caractère exclusif ou concurrent de cette attribution, les limites pécuniaires auxquelles elle est assujettie, l'existence de mécanismes d'appel à l'encontre des décisions rendues dans l'exercice de cette compétence, l'impact sur le volume de dossiers de la cour supérieure de juridiction générale et la poursuite d'un objectif social important. La liste n'est pas exhaustive. D'autres facteurs pourraient s'avérer pertinents dans d'autres contextes : il suffit de penser, par exemple, aux limites géographiques. Toutefois, dans les circonstances de l'espèce et à la lumière de la preuve dont nous disposons, nous sommes d'avis que la question peut être tranchée à l'aide de ces six facteurs.

[89] À notre avis, ces facteurs permettent de donner substance au compromis conclu à l'époque de la confédération quant au statut particulier des cours supérieures de juridiction générale au sein d'un système de justice unitaire. Ils permettent de tracer une ligne suffisamment claire entre, d'une part, les exercices légitimes du pouvoir des provinces en matière d'administration de la justice et, d'autre part, les attributions de compétence vers des cours parallèles qui usurpent la compétence générale des cours supérieures en droit privé et les empêche de jouer leur rôle constitutionnel. Les cours supérieures de juridiction générale sont et doivent demeurer le pivot du système judiciaire canadien (*MacMillan Bloedel*, par. 22 et 51-52). Cependant, notre Cour a maintes fois rappelé que la Constitution canadienne est un arbre vivant et qu'il faut se garder de figer les compétences des tribunaux à ce qu'elles étaient en 1867 (*Renvoi relatif à la Residential Tenancies Act (N.-É.)*, par. 32, le juge en chef Lamer, concordant, et 69, la juge McLachlin, majoritaire; *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants (Î.-P.-É.)*, p. 266; *Sobeys*, p. 255). Mais l'arbre vivant doit « croître et [. . .] se développer à l'intérieur de ses limites naturelles » (*Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837, par. 56, citant *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (C.P.), p. 136). L'article 96 est l'une de ces limites.

[90] Before we turn to the heart of the analysis, two preliminary remarks are in order.

[91] First, these appeals do not concern the Small Claims Division of the Court of Québec's Civil Division. Even though the Small Claims Division's jurisdiction is covered by art. 35 *C.C.P.*, the parties' submissions did not relate to that division. There is therefore no need to apply our multi-factored analysis to the Small Claims Division in the case before us.

[92] Second, the institutional characteristics of courts with provincially appointed judges have changed considerably since 1867. Today, although the existence of courts with provincially appointed judges is not itself protected by the Constitution, those courts offer the same guarantees of judicial independence and impartiality as the superior courts.

[93] Even though ss. 96 to 100 do not apply to the judges of those courts, their independence is protected as a result of the preamble to the Constitution of Canada. In *Reference re Remuneration of Judges (1997)*, this Court held that the constitutional principle of judicial independence extends to courts with provincially appointed judges, including in civil matters. Lamer C.J., writing for the majority, noted that "judicial independence [has] grown into a principle that now extends to all courts, not just the superior courts of this country" (para. 106).

[94] In addition, whereas at the time of Confederation, provincial court judges generally had no legal training (J. Deslauriers, "La Cour provinciale et l'art. 96 de l'A.A.N.B." (1977), 18 *C. de D.* 881, at p. 910; Lyon, at p. 82), the present situation is quite different. As the AGQ rightly notes, their training now meets the highest standards required of the judiciary (A.F., at para. 152). There is therefore no doubt that courts with provincially appointed judges offer the same constitutional guarantees as the superior courts and provide justice of the same quality. The provincial legislatures have considerable latitude to

[90] Avant d'entrer dans le vif de l'analyse, deux remarques préliminaires s'imposent.

[91] En premier lieu, la Division des petites créances de la Chambre civile de la Cour du Québec n'est pas remise en question devant nous. Bien que sa compétence soit incluse dans l'art. 35 *C.p.c.*, les représentations des parties ne portaient pas sur cette division. Il n'est donc pas nécessaire d'appliquer notre analyse multifactorielle à la Division des petites créances dans le cadre de l'affaire dont nous sommes saisis.

[92] En second lieu, les caractéristiques institutionnelles des cours de nomination provinciale ont évolué de façon importante depuis 1867. Quoique leur existence même ne soit pas protégée par la Constitution, les cours de nomination provinciale présentent aujourd'hui les mêmes garanties d'indépendance et d'impartialité judiciaire que les cours supérieures.

[93] Bien que les juges de ces cours ne soient pas visés par les art. 96 à 100, leur indépendance est néanmoins protégée par l'effet du préambule de la Constitution canadienne. En effet, notre Cour a reconnu, dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges (1997)*, que le principe constitutionnel de l'indépendance judiciaire s'étendait aux cours de nomination provinciale, y compris en matière civile. Le juge en chef Lamer, pour la majorité de la Cour, souligne que « l'indépendance de la magistrature est devenue un principe qui vise maintenant tous les tribunaux, et non seulement les cours supérieures du pays » (par. 106).

[94] De plus, alors qu'à l'époque de la Confédération, les juges des tribunaux provinciaux n'avaient généralement pas de formation juridique (J. Deslauriers, « La Cour provinciale et l'art. 96 de l'A.A.N.B. » (1977), 18 *C. de D.* 881, p. 910; Lyon, p. 82), la réalité d'aujourd'hui est toute autre. Comme le souligne avec justesse le PGQ, leur formation satisfait maintenant les plus hautes normes exigées de la magistrature (m.a., par. 152). Ainsi, il ne fait aucun doute que les cours de nomination provinciale offrent les mêmes garanties constitutionnelles que les cours supérieures ainsi qu'une justice

establish courts whose judges are appointed by the provinces and which play a part in maintaining the rule of law. However, they cannot in so doing deprive the superior courts of general jurisdiction of their essential features, nor can they create parallel courts that prevent the latter from playing the role assigned to them by s. 96.

[95] With this in mind, let us now consider the relevant factors.

(i) Scope of the Jurisdiction Being Granted

[96] The first factor is the scope of the jurisdiction that is granted to the court with provincially appointed judges. Is it a vast or limited area of jurisdiction? As McLachlin J. wrote in *MacMillan Bloedel*, the concern is that “vast areas of contract, tort and criminal jurisdiction [not] be transferred to shadow courts with impunity, thus destroying the compromise of the Fathers of Confederation and the intended effect of s. 96” (para. 67, dissenting, but not on this point).

[97] The scope of the jurisdiction being granted is not a strictly quantitative factor linked to the number of disputes concerned. On the contrary, this factor requires that the jurisdiction in question be situated in relation to the main branches of private law. In determining whether the transfer is “vast” or “limited”, we must bear in mind the role of the superior courts of general jurisdiction, which, more than any other court, are responsible for ensuring the coherence of private law. If a provincial court is granted a large block of jurisdiction at the heart of private law — such as contract law or property law — that would suggest that that court is, in exercising the jurisdiction in question, acting as a prohibited parallel court and that the superior courts are impaired as a result. Whether such a grant is constitutional will then depend on the scope of the limits placed on it. In contrast, a grant of a limited jurisdiction — over matters with respect to lease, for example — will not weigh as heavily in favour of such a conclusion,

de qualité équivalente. Les législatures provinciales bénéficient d’une grande latitude pour établir des tribunaux dont les juges sont nommés par les provinces et qui participent au maintien de la primauté du droit. Ce faisant, elles ne sauraient toutefois priver les cours supérieures de juridiction générale de leurs caractéristiques essentielles, ni créer des cours parallèles qui les empêchent de jouer le rôle que leur confie l’art. 96.

[95] Ceci étant dit, considérons maintenant les facteurs pertinents.

(i) L’étendue de la compétence attribuée

[96] Le premier facteur est l’étendue de la compétence attribuée à la cour de nomination provinciale. S’agit-il d’un domaine de compétence vaste ou restreint? Comme l’écrivait la juge McLachlin dans *MacMillan Bloedel*, on cherche à éviter que « de vastes domaines de la compétence en matière contractuelle, délictuelle et criminelle soient transférés impunément à des cours de justice parallèles, ce qui détruirait le compromis des Pères de la Confédération et l’effet voulu de l’art. 96 » (par. 67, dissidente, mais non sur ce point).

[97] L’étendue de la compétence attribuée n’est pas un facteur strictement quantitatif lié au nombre de différends visés. Elle exige au contraire que l’on situe la compétence attribuée par rapport aux principales branches du droit privé. Pour qualifier le transfert de « vaste » ou de « restreint », il faut garder à l’esprit le rôle des cours supérieures de juridiction générale à qui incombe, plus qu’à n’importe quelle autre cour, la responsabilité d’assurer la cohérence du droit privé. L’attribution à une cour provinciale d’un vaste bloc de compétence situé au cœur du droit privé — comme le droit des contrats ou le droit des biens — tend à indiquer que la cour provinciale se comporte, dans l’exercice de cette compétence, comme une cour parallèle prohibée et que les cours supérieures en ressortent affaiblies. La constitutionnalité d’une telle attribution dépendra alors de l’importance des limites auxquelles elle est assujettie. À l’inverse, l’attribution d’une compétence restreinte — une compétence sur le louage,

since it is only a very specific branch and not the very centre of contract law.

[98] Whether a grant of jurisdiction is vast or limited is a question of degree. For example, jurisdiction over civil disputes is more vast than jurisdiction over contract law, which is in turn more vast than jurisdiction over employment contracts, which is more vast than jurisdiction over individual contracts of employment, which, finally, is more vast than jurisdiction over unjust dismissals. The more vast the granted jurisdiction is, the more likely it is that the provincial court will resemble a superior court of general jurisdiction. In contrast, a limited or specific grant will be less likely to make the provincial court resemble a superior court of general jurisdiction.

[99] In the case at bar, art. 35 para. 1 *C.C.P.* grants to the Court of Québec almost the entirety of the law of obligations for claims of less than \$85,000. This is not just any area of jurisdiction. The law of obligations, the real heart of private law, is the foundation of a multitude of specialized subfields. In fact, it is difficult to imagine a more central field:

[TRANSLATION] At the very heart of th[e] social order, the law of obligations is the legal foundation of the daily lives of the members of a civil society. Indeed, the law of obligations is everyday life put in a legal equation. The essential function of this branch of private law is in fact to supply the rules required to meet the needs of human beings in their everyday relationships with one another.

(P.-A. Crépeau, “La fonction du droit des obligations” (1998), 43 *McGill L.J.* 729, at p. 732.)

[100] Based on its scope and because of the fundamental nature of the field of law in question, the block of jurisdiction granted to the Court of Québec in art. 35 para. 1 *C.C.P.* is unquestionably similar to the general private law jurisdiction exercised by the superior courts of general jurisdiction. Whether such

par exemple — ne milite pas aussi sérieusement en faveur d’une telle conclusion, dans la mesure où il ne s’agit que d’une ramification bien précise et non du cœur même du droit des contrats.

[98] Le caractère vaste ou restreint d’une attribution de compétence soulève une question de degrés. Une compétence sur les litiges civils, par exemple, est plus vaste qu’une compétence sur le droit des contrats, laquelle est plus vaste qu’une compétence sur les contrats de travail, laquelle est plus vaste qu’une compétence sur les contrats individuels de travail, laquelle enfin est plus vaste qu’une compétence sur les congédiements abusifs. Plus vaste est la compétence attribuée, plus elle aura tendance à identifier la cour provinciale à une cour supérieure de juridiction générale. Inversement, une attribution restreinte ou spécifique aura moins tendance à assimiler la cour provinciale à une cour supérieure de juridiction générale.

[99] En l’espèce, l’art. 35 al. 1 *C.p.c.* attribue à la Cour du Québec la quasi-totalité du droit des obligations pour les réclamations inférieures à 85 000 \$. Il ne s’agit pas d’un domaine de compétence comme les autres. Véritable cœur du droit privé, le droit des obligations est le fondement d’une multitude de sous-domaines spécialisés. Difficile en effet d’imaginer un domaine plus central :

Au cœur même de [l’]ordre social, le droit des obligations constitue le fondement juridique de la vie quotidienne des membres d’une société civile. Le droit des obligations, c’est, en effet, la vie de tous les jours mise en équation juridique. La fonction essentielle de cette branche du droit privé est précisément de fournir les règles nécessaires à la satisfaction des besoins de l’être humain dans ses relations quotidiennes avec ses semblables.

(P.-A. Crépeau, « La fonction du droit des obligations » (1998), 43 *R.D. McGill* 729, p. 732.)

[100] Par son étendue et par le caractère fondamental du domaine de droit concerné, le bloc de compétence attribué à la Cour du Québec par l’art. 35 al. 1 *C.p.c.* s’apparente indéniablement à la compétence générale en droit privé qu’exercent les cours supérieures de juridiction générale. La validité d’une

a broad grant is valid will depend on what limits are imposed on it.

(ii) Whether the Grant Is Exclusive or Concurrent

[101] As courts of original general jurisdiction, the superior courts have “inherent jurisdiction over all matters, both federal and provincial, unless a different forum is specified” (*Hunt v. T&N plc*, [1993] 4 S.C.R. 289, at p. 311). Jurisdiction granted *exclusively* to a court with provincially appointed judges is removed from the superior court in the process (*MacMillan Bloedel*, at para. 27). By depriving the superior courts of their capacity to resolve a particular class of disputes, exclusivity threatens their status as the cornerstone of a unitary system of justice. In contrast, a *concurrent* grant preserves that capacity. The superior courts’ role is therefore not undermined to the same extent.

[102] In the instant case, civil suits concerning contractual and extracontractual matters for less than \$85,000 have been removed from the Superior Court’s jurisdiction. According to the statistics that were adduced in evidence, this accounts for more than 20,000 cases a year, not including those opened in the Small Claims Division (R.R., Chief Justice of the Superior Court et al., at pp. 3-4). This removal of jurisdiction undermines the Superior Court’s role as the cornerstone of a unitary system of justice. It means that in Quebec, a large volume of cases under one of the most fundamental branches of private law cannot be brought before a superior court of general jurisdiction. Given that the superior courts are at the heart of a nationwide *unitary* justice system, the scope of their jurisdiction should not vary disproportionately from one province to another.

[103] It may therefore be helpful in this analysis to consider the situation elsewhere in Canada. Even though s. 92(14) allows for and encourages flexibility in how the justice system is organized in each province, the superior courts of general jurisdiction must retain a certain uniformity in the sense that

attribution aussi large dépendra de la teneur des limites qui lui sont imposées.

(ii) Le caractère exclusif ou concurrent de l’attribution

[101] À titre de tribunaux de droit commun, les cours supérieures possèdent « une compétence inhérente sur toutes les matières relevant de la compétence fédérale ou provinciale, sauf si un autre tribunal est désigné » (*Hunt c. T&N plc*, [1993] 4 R.C.S. 289, p. 311). La compétence attribuée *exclusivement* à une cour de nomination provinciale se trouve, par la même occasion, retirée de la cour supérieure (*MacMillan Bloedel*, par. 27). En dépossédant les cours supérieures de leur capacité de trancher une certaine catégorie de différends, l’exclusivité menace leur statut de pierre angulaire d’un système de justice unitaire. À l’inverse, le caractère *concurrent* de l’attribution préserve cette capacité. L’atteinte au rôle des cours supérieures n’est donc pas aussi importante.

[102] En l’espèce, les poursuites civiles en matière contractuelle et extracontractuelle de moins de 85 000 \$ ont été retirées de la compétence de la Cour supérieure. Selon les statistiques mises en preuve, cela représente plus de 20 000 dossiers par année, sans compter les dossiers ouverts à la Division des petites créances (d.i., juge en chef de la Cour supérieure *et al.*, p. 3-4). Ce retrait de compétence entrave le rôle de la Cour supérieure comme pilier d’un système de justice unitaire. Il signifie en effet qu’au Québec un volume considérable de dossiers relevant d’une des branches les plus fondamentales du droit privé ne peut être porté devant une cour supérieure de juridiction générale. Or, comme ces cours sont le pivot d’un système de justice *unitaire* à l’échelle du pays, l’étendue de leur juridiction ne devrait pas varier de façon disproportionnée d’une province à l’autre.

[103] Dans le cadre de cette analyse, il peut donc être pertinent de prendre en considération la situation qui prévaut ailleurs au Canada. Bien que le par. 92(14) permette et encourage une flexibilité quant à l’organisation de la justice dans chaque province, les cours supérieures de juridiction générale



they must be able to play their essential role in a similar manner. Across the country, a vast majority of provinces have established courts with provincially appointed judges that have jurisdiction over civil matters. Almost all are identified as small claims courts, are governed by a simplified procedure, and their decisions can be appealed to the superior courts. The highest monetary jurisdiction is \$50,000, in Alberta. While these courts retain some form of concurrent jurisdiction with the superior courts, Quebec has conferred exclusive jurisdiction over civil disputes concerning contractual and extracontractual obligations on a court with provincially appointed judges. It must be borne in mind in the analysis that the terms of this grant would also be permissible in the other provinces.

[104] The role left to the Quebec Superior Court in this field is minimal in comparison with the role of superior courts elsewhere in Canada. Although the Quebec Superior Court has retained its jurisdiction over major disputes relating to obligations, such as class actions or disputes in which the value of the subject matter is \$85,000 or more, it is in the process of becoming inaccessible to ordinary Quebecers. Section 92(14) gives the provinces the authority to create courts in the context of their power over the administration of justice (*Reference re Residential Tenancies Act (N.S.)*, at para. 72), but that power, while broad, is limited by the scope of ss. 96 to 100, which operate in favour of the superior courts. In accordance with this Court's case law, a grant of exclusive jurisdiction whose effect would be to completely remove one of the attributes of the core jurisdiction "would maim" the superior courts (*MacMillan Bloedel*, at para. 37) and could never be acceptable regardless of the result of applying the other factors.

(iii) Monetary Limit

[105] Monetary limits reflect a certain division of labour between the courts pursuant to which the superior courts play the central role. As this Court held in *Sobeys*, "the nature of the inferior-superior court

doivent conserver une certaine uniformité en ce sens qu'elles doivent être en mesure de jouer leur rôle essentiel d'une façon similaire. À travers le pays, une grande majorité de provinces ont constitué des cours de nomination provinciale compétentes en matière civile. La plupart sont désignées comme étant des cours de petites créances, sont régies par une procédure simplifiée et leurs décisions peuvent faire l'objet d'un appel auprès des cours supérieures. La compétence pécuniaire la plus élevée est de 50 000 \$ et se trouve en Alberta. Alors que ces cours conservent une forme de concurrence avec les cours supérieures quant à leur compétence, le Québec a conféré une compétence exclusive sur les litiges civils en matière d'obligations contractuelles et extracontractuelles à une cour de nomination provinciale. L'analyse doit être menée en gardant à l'esprit que les modalités de cette attribution seraient également permises dans les autres provinces.

[104] Le rôle laissé à la Cour supérieure du Québec dans ce domaine est minime en comparaison avec celui des cours supérieures ailleurs au Canada. Bien que la Cour supérieure du Québec conserve sa compétence sur d'importants litiges en matière d'obligations, comme les actions collectives ou les litiges dont l'objet est d'une valeur de 85 000 \$ ou plus, elle est en voie de devenir hors d'atteinte pour les citoyens ordinaires. Si les provinces sont habilitées par le par. 92(14) à créer des tribunaux dans le cadre de leur pouvoir d'administrer la justice (*Renvoi relatif à la Residential Tenancies Act (N.-É.)*, par. 72), ce pouvoir, bien qu'étendu, est limité par la portée des art. 96 à 100 opérant en faveur des cours supérieures. Selon la jurisprudence de notre Cour, une attribution de compétence exclusive qui aurait pour effet de retirer complètement un des attributs de la compétence fondamentale « mutilerait » les cours supérieures (*MacMillan Bloedel*, par. 37) et ne saurait en aucun cas être acceptable, peu importe le résultat de l'application des autres facteurs.

(iii) Le seuil pécuniaire

[105] Les limites pécuniaires reflètent une certaine division du travail entre les tribunaux au sein de laquelle les cours supérieures occupent le rôle central. Comme l'écrit notre Cour dans *Sobeys*, « la nature

distinction will invariably mean that the former's jurisdiction was limited in some way", including monetarily (p. 260). The lack of a monetary ceiling or the existence of a very high monetary ceiling can blur the distinction between a superior court of general jurisdiction and a court with provincially appointed judges, thereby showing that the latter is, in reality, operating as a prohibited parallel court that prevents the former from playing its constitutional role.

[106] That being said, a monetary limit is merely one of several factors to weigh; it cannot be determinative in itself. If considered in isolation, a decision to impose a particular monetary limit will always appear to be discretionary. This is why such a limit must be analyzed in its context and in light of the other factors. The approach to be taken in this regard is one that gives the provinces flexibility without making the constitutional limit imposed by s. 96 illusory.

[107] The Court of Appeal properly took the \$100 monetary limit that had, in 1867, circumscribed the involvement of the inferior courts of the four founding provinces in the area of jurisdiction at issue as the starting point for its analysis. Comparing the current monetary ceiling to the monetary ceiling of the inferior courts at Confederation produces a quantitative benchmark that can be used to contrast the historical role of inferior courts with the role played by a court with provincially appointed judges today. The historical monetary ceiling needs to be expressed in present-day dollars and calculated using a reliable conversion method that allows for a useful comparison.

[108] If the current and historical monetary limits are close, it might be thought that the impact on the superior courts' role in exercising the jurisdiction in question will be lower. The fact that the two amounts are equivalent would suggest that the involvement of the court with provincially appointed judges corresponds to the inferior courts' historical involvement.

même de la distinction entre tribunal inférieur et cour supérieure signifiera invariablement que la compétence du premier était limitée d'une certaine manière » notamment de manière pécuniaire (p. 260). L'absence de plafond pécuniaire ou l'établissement d'un plafond pécuniaire très élevé peuvent brouiller la frontière entre une cour supérieure de juridiction générale et une cour de nomination provinciale et, partant, révéler que, dans les faits, celle-ci fonctionne comme une cour parallèle prohibée qui empêche celle-là de jouer son rôle constitutionnel.

[106] Cela étant, le seuil pécuniaire n'est qu'un facteur parmi d'autres à soupeser; il ne saurait revêtir un caractère déterminant en soi. Prise isolément, l'imposition d'une limite monétaire donnée apparaîtra toujours comme une décision discrétionnaire. C'est pourquoi cette limite doit être analysée dans son contexte et à la lumière des autres facteurs. Il convient de préconiser à cet égard une approche qui offre une marge de manœuvre aux provinces sans pour autant rendre illusoire la limite constitutionnelle imposée par l'art. 96.

[107] La Cour d'appel a eu raison de prendre comme point de départ de son analyse le seuil pécuniaire de 100 \$ qui limitait, en 1867, l'engagement des tribunaux inférieurs des quatre provinces fondatrices dans l'exercice de la compétence en cause. La comparaison du plafond pécuniaire actuel et du plafond pécuniaire des tribunaux inférieurs à l'époque de la Confédération fournit un repère quantitatif permettant de mettre en opposition le rôle aujourd'hui joué par les cours de nomination provinciale et le rôle historique des tribunaux inférieurs. Le plafond pécuniaire historique doit être exprimé en dollars d'aujourd'hui et calculé selon une méthode d'actualisation fiable permettant de faire une comparaison utile.

[108] Si le plafond pécuniaire actuel s'approche du plafond pécuniaire historique, on peut considérer que l'impact sur le rôle des cours supérieures dans l'exercice de la compétence en question sera moindre. En effet, l'équivalence entre les deux montants tend à indiquer que l'engagement de la cour de nomination provinciale correspond à l'engagement historique des tribunaux inférieurs.

[109] However, the monetary factor must not transform the analysis into a mathematical operation; it is but one factor among several, and it is useful because it allows the analysis to be anchored in a quantitative range. The current monetary ceiling can exceed the historical ceiling without necessarily making the grant unconstitutional, just as the fact that a ceiling is under the historical ceiling could be insufficient to ensure that the grant is constitutional. In every case, the difference between the historical ceiling and the current ceiling must be analyzed having regard to the other factors in order to determine whether and, where appropriate, to what extent the superior courts' role is undermined.

[110] There should nevertheless be a reasonable connection between the current monetary ceiling and the historical one that reflects the general division of labour at the time of Confederation between the inferior courts and what are now the s. 96 courts. If the current ceiling is significantly higher than the historical ceiling of the inferior courts, that would suggest that the superior courts of general jurisdiction have been deprived of part of the role they have always played and that that part has been conferred on a court with provincially appointed judges. The constitutional basis for such a ceiling will be much more fragile if the ceiling applies to a vast area of jurisdiction at the heart of any of the fundamental branches of private law.

[111] It is to be expected that the monetary limit will increase over time because of inflation. The provinces should not have to frequently take action to adjust the limit. The courts should therefore be flexible when considering an amount that retains a reasonable connection to the historical monetary ceiling. Such an approach gives the provinces the latitude they need to ensure that legislation evolves in line with the rate of inflation (National Assembly, Standing Committee on Institutions, "Étude détaillée du projet de loi n° 54 — Loi portant sur la réforme du Code de procédure civile", *Journal des débats*, vol. 37, No. 71, 2nd Sess., 36th Leg., May 2, 2002, at pp. 6-7 and 9).

[109] Toutefois, le facteur pécuniaire ne doit pas transformer l'analyse en une opération mathématique; ce n'est qu'un facteur parmi d'autres dont l'utilité provient de ce qu'il permet d'ancrer l'analyse dans un ordre de grandeur de nature quantitative. Le plafond pécuniaire actuel peut excéder le plafond historique sans pour autant entraîner l'inconstitutionnalité de l'attribution, de même qu'un plafond inférieur au plafond historique peut être insuffisant à en assurer la constitutionnalité. Dans tous les cas, l'écart entre le plafond historique et le plafond actuel doit être analysé au regard des autres facteurs pour déterminer si, et le cas échéant dans quelle mesure, il y a atteinte au rôle des cours supérieures.

[110] Il devrait néanmoins exister, entre le plafond pécuniaire actuel et le plafond pécuniaire historique, un lien de rattachement raisonnable qui reflète la division générale du travail existant à l'époque confédérative entre les tribunaux inférieurs et les cours aujourd'hui visées à l'art. 96. Un plafond pécuniaire actuel qui excède significativement le plafond historique des tribunaux inférieurs tend à indiquer que les cours supérieures de juridiction générale se voient privées d'une partie du rôle qu'elles ont toujours joué au profit d'une cour de nomination provinciale. La fragilité constitutionnelle d'un tel plafond sera plus grande lorsque celui-ci porte sur un vaste domaine de compétence situé au cœur de l'une ou l'autre des branches fondamentales du droit privé.

[111] L'on peut s'attendre à ce que les limites pécuniaires augmenteront à travers le temps avec l'inflation. Les provinces ne devraient pas avoir à s'engager dans un exercice fréquent d'ajustement du seuil. Les cours devraient donc être flexibles lorsqu'elles considèrent un montant qui demeure raisonnablement rattaché au plafond pécuniaire historique. Pareille approche offre aux provinces la latitude nécessaire à l'évolution harmonieuse de la législation et du taux d'inflation (Assemblée nationale, Commission permanente des institutions, « Étude détaillée du projet de loi n° 54 — Loi portant sur la réforme du Code de procédure civile », *Journal des débats*, vol. 37, n° 71, 2<sup>e</sup> sess., 36<sup>e</sup> lég., 2 mai 2002, p. 6-7 et 9).

[112] This flexibility also facilitates access to justice (Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (1768), Book III, at p. 30, “[t]he policy of our ancient constitution . . . was to bring justice home to every man’s door”). Although the current monetary limit should generally reflect the balance between the s. 96 courts and the inferior courts at the time of Confederation, there is room in the analysis for an expansion of provincial jurisdiction in response to changes in society and to pressing needs with regard to access to justice. This goal of facilitating access to justice should therefore always give a province a certain flexibility when it sets a monetary ceiling it considers appropriate in light of its own circumstances and specific provincial reality. Quebec is free to establish a court with provincially appointed judges that is unique to it, but that court’s monetary jurisdiction must have a sufficient connection to the monetary limit that existed in 1867 in order to give effect to the compromise reached at Confederation.

[113] It is true that in this approach, significant weight is given to the monetary limit as a benchmark, whereas this Court has stated in discussing the *Residential Tenancies* test that geographical limitations must carry more weight than monetary limits (*Sobeys*, at p. 260). But that statement must be read in context. The Court was considering the practical involvement of the inferior courts in a specific area of jurisdiction at the time of Confederation. Significant geographical limitations could have had a considerable impact on the percentage of the population who had recourse to those courts. The relationship between the monetary ceilings and the role the inferior courts had actually played in that area of jurisdiction was less clear. In addition, attaching less importance to the monetary factor reflected considerations linked to inflation (*Sobeys*, at p. 260).

[114] The monetary factor we are proposing for this multi-factored analysis should not be subject to the same reservations as arose from *Sobeys*. First, it already takes inflation into account. Second, the factors of this analysis relate to the impact of legislation on the role the superior courts of general jurisdiction

[112] Cette flexibilité favorise également l’accès à la justice (Blackstone, *Commentaires sur les lois anglaises* (1823), t. IV, p. 48, « [l]e mode adopté par notre ancienne constitution [. . .] était de rendre la justice à chacun à sa porte »). En effet, bien que le seuil monétaire d’aujourd’hui devrait généralement refléter l’équilibre entre les cours visés à l’art. 96 et les tribunaux inférieurs de l’époque confédérative, il existe une place dans l’analyse pour la croissance de la compétence provinciale en réponse à l’évolution de la société et les besoins pressants en ce qui a trait à l’accès à la justice. Cet objectif de favoriser l’accès à la justice devrait, de ce fait, toujours reconnaître une certaine souplesse aux provinces lorsqu’elles fixent le seuil pécuniaire qu’elles considèrent adéquat en vertu de leur propre contexte et réalité provinciale particulière. Il est loisible au Québec de mettre sur pied une cour de nomination provinciale personnalisée, mais sa compétence pécuniaire doit rester suffisamment rattachée à la limite pécuniaire qui existait en 1867 afin de donner effet au compromis conclu à l’époque de la Confédération.

[113] Il est vrai que cette approche confère un poids significatif au seuil monétaire comme point de référence, alors que dans le cadre du test du *Renvoi sur la location résidentielle*, notre Cour avait noté que les limitations territoriales devaient avoir plus de poids que les limitations pécuniaires (*Sobeys*, p. 260). Encore faut-il replacer cette affirmation dans son contexte. La Cour s’intéressait à l’engagement pratique des tribunaux inférieurs de l’époque confédérative dans un domaine de compétence donné. Des limitations territoriales importantes pouvaient avoir un impact significatif sur le pourcentage de la population ayant recours à ces tribunaux. Les plafonds pécuniaires n’étaient pas aussi révélateurs du rôle qu’avaient réellement joué les tribunaux inférieurs dans ce domaine de compétence. La relativisation du facteur pécuniaire reflétait aussi des considérations liées à l’inflation (*Sobeys*, p. 260).

[114] Le facteur pécuniaire que nous proposons dans le cadre de la présente analyse multifactorielle ne doit pas être assujéti aux mêmes réserves que celles découlant de l’arrêt *Sobeys*. Premièrement, le facteur pécuniaire tient déjà compte de l’inflation. Deuxièmement, les présents facteurs s’intéressent à

play in Canada's constitutional architecture; they do not relate to the question whether there was a practical involvement of the inferior courts in a specific area of jurisdiction. Third, the purpose of this analysis is to remedy the problem of a wholesale grant of a vast area of jurisdiction. The monetary limits will clearly not have the same effect on the superior courts' role if the grant involves a specific, well-defined area of jurisdiction as they will if it involves a vast area of jurisdiction at the heart of private law. In the latter case, it will be much harder to limit the importance to be attached to them.

[115] In the case at bar, the Court of Appeal took \$100 as the starting point. This amount, which served as a basis for the expert reports filed by various parties, "is the amount of the maximum monetary jurisdiction exercised in 1867 by some of the inferior courts charged with hearing certain civil matters" (para. 144). Four conversion methods were proposed, based on the consumer price index, interest rates, nominal wages and GDP per capita.

[116] We agree with the Court of Appeal's analysis as regards the consumer price index, interest rates and nominal wages (paras. 167-71). The best approach is to select the least imperfect method — the nominal GDP method in this case — and to remain mindful of its imperfections. In any event, the monetary limits are not a straitjacket, but a quantitative benchmark that is useful for anchoring the analysis in a monetary range. As we mentioned above, there must, in order to reflect the general division of labour that has always existed between the s. 96 courts and the other courts, be a certain proportionality between the current ceiling and the historical one.

[117] Although we concede that the nominal GDP per capita method has its weaknesses, it is nonetheless the one that should be used. This method has the advantage of incorporating [TRANSLATION] "all changes having occurred over time that have made

l'incidence d'une mesure législative sur le rôle que jouent les cours supérieures de juridiction générale dans l'architecture constitutionnelle canadienne; ils ne portent pas sur la recherche d'un engagement pratique des tribunaux inférieurs dans un domaine de compétence particulier. Troisièmement, la présente analyse vise à remédier au problème de l'attribution en bloc d'un vaste domaine de compétence. Or, les limites pécuniaires n'auront évidemment pas le même effet sur le rôle des cours supérieures selon que l'on attribue un domaine de compétence spécifique et bien circonscrit ou un vaste domaine de compétence situé au cœur du droit privé. Dans ce dernier cas, il s'avère beaucoup plus difficile de relativiser leur importance.

[115] En l'espèce, la Cour d'appel a pris pour point de départ le montant de 100 \$. Ce montant, qui a servi de base aux expertises produites de part et d'autre, « correspond en effet à la compétence pécuniaire maximale qu'exerçaient, en 1867, quelques-unes des cours inférieures chargées d'entendre certaines matières civiles » (par. 144). Quatre méthodes d'actualisation ont été proposées : l'indice des prix à la consommation, les taux d'intérêt, les salaires nominaux et le PIB par habitant.

[116] Nous souscrivons à l'analyse qui en a été faite par la Cour d'appel en ce qui a trait à l'indice des prix à la consommation, des taux d'intérêt et des salaires nominaux (par. 167-171). L'approche appropriée consiste à sélectionner la méthode la moins imparfaite — ici, la méthode du PIB nominal — et à garder à l'esprit ses imperfections. De toute façon, les limites pécuniaires ne sont pas un carcan, mais plutôt un repère quantitatif utile pour ancrer l'analyse dans un ordre de grandeur pécuniaire. Comme nous l'avons dit, on devrait retrouver une certaine proportionnalité entre le plafond actuel et le plafond historique afin de respecter la division générale du travail qui a toujours existé entre les cours visées à l'art. 96 et les autres tribunaux.

[117] Bien que nous reconnaissons les faiblesses de la méthode du PIB nominal par habitant, cette dernière est néanmoins à privilégier. Cette méthode présente l'avantage d'incorporer « tous les changements qui sont survenus dans le temps qui ont permis

it possible to enhance the well-being of individual members of a society”, and of being based on fairly reliable historical statistics (A.R., AGQ, vol. III, at pp. 68-70). It is not perfect, as it does not account for a number of factors that are not included in calculating GDP, such as domestic activities, second-hand transactions and environmental costs (*ibid.*). Using this method, the AGQ’s expert before the Court of Appeal arrived at an updated amount of \$66,008 for Canada and \$60,790 for Quebec (pp. 71-72). The respondent’s expert, using statistics he considered to be more reliable, arrived at updated amounts of \$63,698 for Canada and \$55,354 for Quebec (R.R., Chief Justice of the Superior Court et al., at pp. 39 and 42; see C.A. reasons, at para. 171 and fn. 281).

[118] Thus, a ceiling of \$100 in 1867 is equivalent today, Canada-wide, to an amount somewhere between \$63,698 and \$66,008. The current ceiling of \$85,000 is 29 percent more than the higher of these two amounts. This certainly suggests that the Court of Québec’s role is greater than the historical role of the inferior courts, but this expanded role is not in itself entirely disproportionate given the gap between the current and historical ceilings and the methodological challenge of accurately converting historical monetary data. The monetary ceiling must be considered in its context in order to determine whether it undermines the role of the Quebec Superior Court by impermissibly infringing on its general private law jurisdiction. The figures must not obscure what is at issue here: the limits on the exclusive grant of a large block of jurisdiction that has an impact on the whole of Quebec civil law. When the transfer of a large block of jurisdiction affects one of the most fundamental branches of private law, the scope of the limits to which it is subject must be considerable.

(iv) Appeal Mechanisms

[119] Appeal mechanisms can shed helpful light on the question whether a grant of jurisdiction establishes a prohibited parallel court that undermines the role of the superior courts of general jurisdiction.

d’améliorer le bien-être des individus d’une société » et de reposer sur des statistiques historiques assez fiables (d.a., PGQ, vol. III, p. 68-70). Il ne s’agit pas d’une méthode parfaite, car elle laisse dans l’ombre un ensemble d’éléments exclus du calcul du PIB tels que les activités domestiques, les transactions d’occasion et les coûts environnementaux (*ibid.*). En appliquant cette méthode, l’expert de la PGQ devant la Cour d’appel parvient à un montant actualisé de 66 008 \$ pour le Canada et de 60 790 \$ pour le Québec (p. 71-72). En s’appuyant sur des statistiques qu’il estime plus fiables, l’expert des intimés, lui, arrive à des montants actualisés de 63 698 \$ pour le Canada et de 55 354 \$ pour le Québec (d.i., juge en chef de la Cour supérieure *et al.*, p. 39 et 42; voir les motifs de la C.A., par. 171 et note 281).

[118] Ainsi, un plafond de 100 \$, en 1867, équivaut aujourd’hui à un montant situé quelque part entre 63 698 \$ et 66 008 \$ à l’échelle du Canada. Le plafond actuel de 85 000 \$ est de 29 p. 100 supérieur au plus grand de ces deux montants. Cela indique, certes, un rôle accru joué par la Cour du Québec par rapport au rôle historique des tribunaux inférieurs, mais cet accroissement n’est, en soi, pas totalement disproportionné, vu l’écart avec les plafonds historiques et le défi méthodologique d’actualiser avec précision des données monétaires historiques. Il faut considérer ce plafond pécuniaire dans son contexte pour déterminer s’il affaiblit le rôle de la Cour supérieure du Québec en portant une atteinte inadmissible à sa compétence générale en droit privé. Les chiffres ne doivent pas faire oublier ce qui est en cause ici, à savoir les limites à l’attribution exclusive d’un bloc significatif de compétence qui a des répercussions sur l’ensemble du droit civil québécois. Lorsque le transfert d’un vaste bloc de compétence touche l’une ou l’autre des branches les plus fondamentales du droit privé, les limites auxquelles il est assujéti doivent revêtir une importance considérable.

(iv) Les mécanismes d’appel

[119] Les mécanismes d’appel peuvent apporter un éclairage utile pour répondre à la question de savoir si une attribution de compétence établit une cour parallèle prohibée qui affaiblit le rôle des cours supérieures de juridiction générale.

[120] From a constitutional point of view, a superior court of general jurisdiction and a provincial court of appeal are both “superior court[s]” within the meaning of s. 96 (*Attorney General of Quebec v. Farrah*, [1978] 2 S.C.R. 638, at p. 656, per Pigeon J., concurring; Pépin, at p. 136; H. Brun, G. Tremblay and E. Brouillet, *Droit constitutionnel* (6th ed. 2014), at p. 834). However, the fact that a provincial court of appeal has oversight of decisions of the court with provincially appointed judges does not on its own justify a conclusion that the transfer of jurisdiction at issue satisfies constitutional requirements. First, it is above all the role of the superior court of general jurisdiction that is protected by s. 96 (*MacMillan Bloedel*, at paras. 22, 29 and 37; *Canadian Liberty Net*, at paras. 26-27). Second, the fact that a court with provincially appointed judges is subject to review or appeal does not authorize that court to absorb s. 96 court functions (*Re: B.C. Family Relations Act*, [1982] 1 S.C.R. 62, at p. 71, per Laskin C.J., dissenting, but not on this point).

[121] Nevertheless, how decisions rendered by the provincial court in exercising the jurisdiction at issue are to be appealed may help us answer the question whether the grant of that jurisdiction prevents the superior court of general jurisdiction from playing its role. If decisions of the court with provincially appointed judges can be appealed to a superior court of general jurisdiction at little cost, without leave and with no requirement of deference on questions of law, then there is a very clear hierarchical distinction between the two courts, and the superior court of general jurisdiction retains its ability to state the law. It will then be more difficult to conclude that the grant of jurisdiction undermines the superior court’s role and impermissibly invades its general private law jurisdiction. If, on the other hand, there is a right to appeal directly to the provincial court of appeal, then there is no hierarchical distinction between the two courts and the superior court of general jurisdiction has no sway over decisions of the court with provincially appointed judges. In short, that would suggest that the court with provincially appointed judges functions as a parallel court.

[120] Au plan constitutionnel, une cour supérieure de juridiction générale et une cour d’appel provinciale sont toutes deux des « cour[s] supérieure[s] » au sens de l’art. 96 (*Procureur général du Québec c. Farrah*, [1978] 2 R.C.S. 638, p. 656, le juge Pigeon, concordant; Pépin, p. 136; H. Brun, G. Tremblay et E. Brouillet, *Droit constitutionnel* (6<sup>e</sup> éd. 2014), p. 834). Il ne suffit pas cependant qu’une cour d’appel provinciale conserve un droit de regard sur les décisions rendues par la cour de nomination provinciale pour conclure que le transfert de compétence à l’étude satisfait aux exigences constitutionnelles. D’une part, l’art. 96 protège avant tout le rôle de la cour supérieure de juridiction générale (*MacMillan Bloedel*, par. 22, 29 et 37; *Canadian Liberty Net*, par. 26-27). D’autre part, l’assujettissement d’une cour de nomination provinciale à une procédure de révision ou d’appel ne saurait lui permettre d’assumer des fonctions relevant d’une cour visée à l’art. 96 (*Renvoi : Family Relations Act (C.-B.)*, [1982] 1 R.C.S. 62, p. 71, le juge en chef Laskin, dissident, mais non sur ce point).

[121] Les modalités des droits d’appel à l’encontre des décisions rendues par la cour provinciale dans l’exercice de la compétence à l’étude peuvent toutefois nous aider à répondre à la question de savoir si l’attribution de cette compétence empêche la cour supérieure de juridiction générale de jouer son rôle. Si les décisions rendues par la cour de nomination provinciale sont appelables devant une cour supérieure de juridiction générale, à peu de frais, sans autorisation préalable et sans déférence aucune à l’égard des questions de droit, cela signifie qu’il y a une différenciation hiérarchique très nette entre les deux cours et que la cour supérieure de juridiction générale conserve sa faculté de dire le droit. Il sera dès lors plus difficile de conclure que l’attribution de compétence affaiblit son rôle et constitue une ingérence inadmissible dans sa compétence générale en droit privé. À l’inverse, si les droits d’appel s’exercent directement devant la cour d’appel provinciale, cela signifie qu’il n’y a aucune différenciation hiérarchique entre les deux cours et que les décisions rendues par la cour de nomination provinciale échappent à l’emprise de la cour supérieure de juridiction générale. En somme, cela tend à indiquer que la cour de nomination provinciale fonctionne comme une cour parallèle.

[122] In the instant case, decisions rendered in exercising the jurisdiction provided for in art. 35 para. 1 *C.C.P.* may be appealed to the Quebec Court of Appeal under art. 30 or 31 *C.C.P.* In most of the other provinces, decisions of a court with provincially appointed judges must be appealed to the superior court of general jurisdiction before they can be appealed to the provincial court of appeal. In such circumstances, a hierarchical distinction can be drawn between the court with provincially appointed judges and a prohibited parallel court. It can therefore be concluded that the superior court retains its role within the provincial judicial structure.

[123] Articles 30 and 31 *C.C.P.* confirm that the Court of Québec's decisions cannot be appealed to the Superior Court. To some extent, the Court of Québec's decisions are more shielded from appellate review than those of the Superior Court. Given that the threshold for an appeal as of right is fixed at \$60,000 (leave is required for an appeal in any other case), appeals as of right against decisions of the Court of Québec will be much less common than those requiring leave. In most cases, litigants who wish to have decisions of the Court of Québec reviewed must go through a screening process in order to obtain leave to appeal. This factor therefore suggests that art. 35 para. 1 *C.C.P.* transforms the Court of Québec into a prohibited parallel court that undermines the role of the superior court of general jurisdiction.

(v) Impact on the Caseload of the Superior Court of General Jurisdiction

[124] A grant of jurisdiction to a court with provincially appointed judges does not necessarily deprive the superior court of all forms of involvement in that area of jurisdiction. If, for example, the grant in question is subject to a monetary ceiling, the superior court of general jurisdiction continues to have jurisdiction over claims that exceed the amount of that ceiling. But there may be circumstances in which the impact of the grant on the caseload retained by the superior court of general jurisdiction in the specific area of jurisdiction makes it possible to draw

[122] En l'espèce, les décisions rendues dans l'exercice de la compétence prévue à l'art. 35 al. 1 *C.p.c.* peuvent faire l'objet d'un appel à la Cour d'appel du Québec en vertu de l'art. 30 ou 31 *C.p.c.* Dans la plupart des autres provinces, les décisions de la cour de nomination provinciale font l'objet d'un appel à la cour supérieure de juridiction générale avant de pouvoir faire l'objet d'un appel devant la cour d'appel provinciale. Dans ces circonstances, il sera possible de différencier, au plan hiérarchique, la cour de nomination provinciale d'une cour parallèle prohibée, et donc de conclure que la cour supérieure conserve son rôle au sein de la structure judiciaire provinciale.

[123] Les articles 30 et 31 *C.p.c.* confirment qu'il n'existe pas d'appel à la Cour supérieure des décisions rendues par la Cour du Québec. Dans une certaine mesure, les décisions de la Cour du Québec sont plus à l'abri du contrôle en appel que celles de la Cour supérieure. En effet, considérant que le seuil d'appel de plein droit est fixé à 60 000 \$ (l'appel est sur permission dans les autres cas), l'appel de plein droit à l'encontre de décisions de la Cour du Québec sera beaucoup moins fréquent que celui sur permission. Dans la majorité des cas, les justiciables souhaitant faire contrôler les décisions de la Cour du Québec doivent passer par un filtre préalable afin d'obtenir la permission d'en appeler. Par conséquent, ce facteur tend à indiquer que l'art. 35 al. 1 *C.p.c.* transforme la Cour du Québec en une cour parallèle prohibée qui entrave le rôle de la cour supérieure de juridiction générale.

(v) L'impact sur le volume de dossiers de la cour supérieure de juridiction générale

[124] L'attribution d'une compétence à une cour de nomination provinciale ne prive pas nécessairement la cour supérieure de toute forme d'engagement dans ce domaine de compétence. Si, par exemple, cette attribution est assujettie à un plafond pécuniaire, la cour supérieure de juridiction générale demeure compétente à l'égard des réclamations excédant le montant de ce plafond pécuniaire. Il peut arriver cependant, dans certaines circonstances, que l'impact de cette attribution sur le volume de dossiers que conserve la cour supérieure de juridiction générale



conclusions as to whether that court's role has been undermined and whether a parallel court has been created.

[125] In this case, the evidence in the record supports no conclusion as to the impact of art. 35 *C.C.P.* on the superior court's role. The parties submitted statistics that compared the caseload falling under art. 35 *C.C.P.* with the Quebec Superior Court's *general* civil law caseload, including in family matters and bankruptcy and insolvency cases. This means that it is impossible to determine, even approximately, what impact art. 35 *C.C.P.* has on the Superior Court's caseload in matters *falling specifically under the law of obligations*.

(vi) Pursuit of an Important Societal Objective

[126] Granting jurisdiction to a court with provincially appointed judges may be the means a legislature adopts to try to address a societal concern. The pursuit of an important societal objective may lend credence to the idea of a legitimate exercise of the provincial power in relation to the administration of justice, that is, of an exercise of that power for a purpose other than the creation of a prohibited parallel court. Access to justice, for example, is an important societal objective that could justify granting certain areas of jurisdiction to courts with provincially appointed judges (*Re: B.C. Family Relations Act*, at p. 107). The provinces must have considerable flexibility in what they do to address the needs of a changing society. The only limit on their initiative is that they may not create parallel courts that undermine the role of the superior courts of general jurisdiction. That being said, it is not enough to allege that there is an important societal objective; it is also necessary to show that the objective is real and that there is a connection between the grant of jurisdiction to a court with provincially appointed judges and the achievement of the objective. Given that the provinces are responsible for the administration of justice, for the adoption of rules of practice and for the financing of court operations, they cannot avail themselves of an access to justice argument on the

dans ce domaine de compétence permette de tirer des conclusions quant à l'affaiblissement du rôle de cette cour et à la création d'une cour parallèle.

[125] En l'espèce, la preuve au dossier ne permet de tirer aucune conclusion quant à l'impact de l'art. 35 *C.p.c.* sur le rôle joué par cette cour. Les parties ont soumis des statistiques qui comparent, d'un côté, le volume de dossiers relevant de l'art. 35 *C.p.c.* avec, d'un autre côté, le volume de dossiers civils de la Cour supérieure du Québec *en général*, incluant les matières familiales et les dossiers de faillite et d'insolvabilité. Il est donc impossible d'évaluer, même de façon approximative, l'impact de l'art. 35 *C.p.c.* sur le volume de dossiers de la Cour supérieure *relevant du droit des obligations en particulier*.

(vi) La poursuite d'un objectif social important

[126] L'attribution d'une compétence à une cour de nomination provinciale peut être le moyen par lequel le législateur tente de répondre à une préoccupation sociale. La poursuite d'un objectif social important peut accréditer l'idée d'un exercice légitime du pouvoir provincial en matière d'administration de la justice, c'est-à-dire d'un exercice de ce pouvoir à une fin autre que l'établissement d'une cour parallèle prohibée. L'accès à la justice, par exemple, constitue un objectif social important susceptible de justifier l'attribution de certaines compétences à des cours de nomination provinciale (*Renvoi : Family Relations Act (C.-B.)*, p. 107). Les provinces doivent bénéficier d'une grande marge de manœuvre dans la façon dont elles envisagent de répondre aux besoins d'une société en évolution. La seule limite à leur initiative est la création d'une cour parallèle qui mine le rôle des cours supérieures de juridiction générale. Cela étant, il ne suffit pas d'alléguer un objectif social important; encore faut-il l'établir et démontrer l'existence d'un lien entre l'attribution d'une compétence à une cour de nomination provinciale et l'atteinte de cet objectif. Puisque les provinces sont responsables de l'administration de la justice, de l'adoption de règles de procédure et du financement des opérations des tribunaux, elles ne sauraient plaider leur propre échec à octroyer des ressources suffisantes aux cours

basis of their own failure to give the superior courts sufficient resources.

[127] Access to justice can also be promoted through features like a simplified procedure and simplified rules on the production of evidence. A summary procedure, for example, or rules of evidence that are relaxed in comparison with those that apply in the superior courts, will make the court with provincially appointed judges distinctive. It will then be more difficult to conclude that the grant of jurisdiction establishes a prohibited parallel court that prevents the superior court of general jurisdiction from playing its role. Other features such as the types of remedies that may be ordered (*Tomko*, at pp. 123-25) or the absence of representation by lawyers can also be taken into consideration.

[128] The AGQ submitted that the increase in the monetary ceiling for the Court of Québec's civil jurisdiction was a response to a concern for access to justice in areas far from urban centres. However, we agree with the Court of Appeal that the AGQ has not established that this increase facilitates access to justice (C.A. reasons, at para. 185). In fact, the Court of Québec and the Superior Court both follow the same procedure and grant the same remedies, with a few exceptions, which means that it cannot readily be concluded, without further evidence, that the increase in the Court of Québec's monetary ceiling facilitates access to justice.

[129] The procedural framework in which the jurisdiction set out in art. 35 para. 1 *C.C.P.* is exercised is the same as in the Superior Court. Except in relation to questions of jurisdiction and the rules of practice, the *Code of Civil Procedure* makes no significant distinction between the two courts in this regard. The same is true of the rules of evidence provided for in the *Civil Code of Québec*. The Court of Québec's Small Claims Division has a simplified procedure in which parties are not represented by lawyers (arts. 536 to 570 *C.C.P.*); however, its monetary jurisdiction is quite limited compared to the one conferred on the Court of Québec by art. 35 para. 1 *C.C.P.* That limited jurisdiction cannot negate

supérieures pour se prévaloir d'un argument d'accès à la justice.

[127] La promotion de l'accès à la justice peut aussi se manifester à travers des caractéristiques telles qu'une procédure et des règles d'administration de la preuve simplifiées. Une procédure sommaire, par exemple, ou des règles de preuve assouplies par rapport à celles qui s'appliquent devant les cours supérieures conféreront à la cour de nomination provinciale un caractère distinctif. Il sera dès lors plus difficile de conclure que l'attribution de compétence établit une cour parallèle prohibée qui empêche la cour supérieure de juridiction générale de jouer son rôle. D'autres caractéristiques, comme les types de réparations susceptibles d'être accordées (*Tomko*, p. 123-125) ou l'absence de représentation par avocat, peuvent aussi être prises en compte.

[128] Le PGQ a prétendu que l'augmentation du plafond pécuniaire de la compétence civile de la Cour du Québec répondait à un souci d'accès à la justice en région éloignée des centres urbains. Toutefois, comme la Cour d'appel, nous sommes d'avis que le PGQ n'a pas démontré que cette augmentation favorise l'accès à la justice (motifs de la C.A., par. 185). De fait, la procédure applicable à la Cour du Québec et à la Cour supérieure et les réparations accordées par ces cours étant les mêmes, à quelques exceptions près, il est peu aisé de conclure, sans autre preuve, que l'augmentation du plafond pécuniaire de la Cour du Québec favorise l'accès à la justice.

[129] Le cadre procédural à l'intérieur duquel s'exerce la compétence prévue à l'art. 35 al. 1 *C.p.c.* est le même que celui qui s'applique en Cour supérieure. Hormis ce qui relève des questions de compétence et des règles de pratique, le *Code de procédure civile* ne formule à ce chapitre aucune distinction significative entre les deux cours. Cela est tout aussi vrai des règles de preuve prévues au *Code civil du Québec*. La Division des petites créances de la Cour du Québec prévoit une procédure simplifiée sans représentation par avocat (art. 536 à 570 *C.p.c.*); cependant, sa compétence pécuniaire reste assez limitée par rapport à celle que l'art. 35 al. 1 *C.p.c.* accorde à la Cour du Québec. Elle ne saurait écarter

the quite obvious similarity between the procedural schemes that apply to the Court of Québec and the Superior Court.

[130] Moreover, access to justice is an argument that cuts both ways in this case. Quebec is the only province that has conferred so broad a jurisdiction on its court with provincially appointed judges: elsewhere in Canada, the superior courts play the central role in civil matters. Yet it is not clear that this alone places the other provinces at a disadvantage compared with Quebec when it comes to resolving access to justice issues. Given their power in relation to the administration of justice, the provinces are free to reorganize their superior courts in order to deal with such challenges. If, for any reason, the situation is different in Quebec, no evidence on this subject was tendered. To the extent that a higher number of judges or courts is necessary, access to justice is perhaps better served by incorporating an *additional* court than by establishing an *alternative* court, that is, by adding a complementary court that is more accessible and has a simplified procedure rather than by establishing a parallel court which absorbs the superior court's functions.

(c) *Weighing the Factors*

[131] Although the multi-factored analysis is not a mathematical operation, it must nonetheless be capable of being transposed to a monetary scale. In our view, the historical monetary ceilings serve as a good starting point for the analysis and a useful anchor for a quantitative range. Up to the amounts of those historical ceilings, the jurisdiction-granting provision can generally be considered to be consistent with the Constitution. But as we will explain, a legislature cannot be found to be in compliance with its obligations under s. 96 solely because it complies with the historical monetary ceilings.

[132] To determine how much latitude a legislature has should it wish to exceed these historical ceilings, we must consider the various factors of the

la similitude assez évidente entre les régimes procéduraux applicables à la Cour du Québec et à la Cour supérieure.

[130] De plus, l'accès à la justice est un argument à double tranchant en l'espèce. Le Québec est la seule province qui ait doté sa cour de nomination provinciale d'une compétence aussi large : ailleurs au pays, ce sont les cours supérieures qui occupent le rôle central en matière civile. Or, il ne saute pas aux yeux que les autres provinces seraient, de ce seul fait, dans une position désavantageuse par rapport au Québec pour remédier aux problèmes d'accès à la justice. Étant donné leur pouvoir en matière d'administration de la justice, les provinces ont le loisir de réaménager leurs cours supérieures pour faire face à ce type de défis. Si, pour quelque raison que ce soit, la situation est différente au Québec, aucune preuve à ce sujet n'a été présentée en l'espèce. Dans la mesure où un nombre plus élevé de juges ou de tribunaux est nécessaire, l'accès à la justice est peut-être mieux servi par l'intégration d'une cour *additionnelle* que par l'établissement d'une cour *de substitution*, c'est-à-dire par l'ajout de tribunaux complémentaires plus accessibles avec une procédure simplifiée plutôt que par l'instauration d'une cour parallèle qui assume les fonctions de la cour supérieure.

c) *La mise en balance*

[131] L'analyse multifactorielle n'est pas une opération mathématique. Elle doit néanmoins pouvoir s'incarner dans une échelle pécuniaire. À notre avis, les plafonds pécuniaires historiques fournissent un bon point de départ pour l'analyse et un ancrage utile dans un ordre de grandeur quantitatif. Jusqu'à concurrence des montants que ces plafonds pécuniaires historiques expriment, on peut généralement considérer que la disposition attributive de compétence répond aux exigences constitutionnelles. Mais comme nous l'expliquerons, on ne peut pas considérer qu'une législature respecte les obligations que lui impose l'art. 96 du seul fait qu'elle respecte les plafonds pécuniaires historiques.

[132] Pour déterminer la latitude laissée à une législature désireuse d'aller au-delà de ces plafonds historiques, nous devons examiner les différents

multi-factored analysis: the scope of the jurisdiction being granted, whether the grant is exclusive or concurrent, the relationship between the proposed monetary limit and the historical monetary ceilings, appeal mechanisms, the impact of the jurisdiction-granting provision on the superior court's caseload, and whether there is an important societal objective. All these factors are weighed in order to strike an appropriate balance between recognition of the provinces' jurisdiction over the administration of justice and preservation of the nature, the constitutional role and the core jurisdiction of the superior courts of general jurisdiction.

[133] The more the analysis of the above factors suggests that the core jurisdiction of those courts has been infringed on, the less the province will be allowed to depart from the updated historical monetary ceilings. Conversely, the less the analysis of the factors in question suggests that the core jurisdiction of the superior courts has been infringed on, the more the province will be free to depart from those ceilings. This is essentially a continuum. At one end of the spectrum, the grant of a vast jurisdiction that is exclusive, is not accompanied by a mechanism for appealing a decision to a superior court of general jurisdiction, has a significant impact on that court's caseload and is not justified having regard to an important societal objective will limit the legislature's freedom and is not constitutional. The impact of such a grant on the superior court of general jurisdiction could be so great that merely complying with the historical monetary ceilings would not suffice under s. 96. At the other end of the spectrum, the concurrent grant of a more limited jurisdiction — one that is accompanied by a mechanism for appealing a decision to a superior court of general jurisdiction, has little impact on that court's workload and is justified having regard to an important societal objective — will give the legislature considerable flexibility. In *every case*, however, there must be a reasonable connection between the monetary ceiling contemplated by the legislature and the updated historical ceilings. The two ceilings must be in a similar range so as to be consistent with the general division of labour at the time of Confederation. In the same way, an *exclusive*

facteurs de l'analyse multifactorielle, à savoir l'étendue de la compétence attribuée, le caractère exclusif ou concurrent de l'attribution, le rapport entre le seuil pécuniaire proposé et les plafonds pécuniaires historiques, les mécanismes d'appel, l'impact de la disposition attributive de compétence sur le volume de dossiers de la cour supérieure et la poursuite d'un objectif social important. La pondération de tous ces facteurs cherche à atteindre un juste équilibre entre la reconnaissance de la compétence provinciale en matière d'administration de la justice et la préservation de la nature, du rôle constitutionnel et de la compétence fondamentale des cours supérieures de juridiction générale.

[133] Plus l'analyse de ces facteurs tend à indiquer une atteinte à la compétence fondamentale de ces cours, moins la province pourra s'écarter des plafonds pécuniaires historiques actualisés. Inversement, moins l'analyse de ces facteurs tend à indiquer un empiètement sur la compétence fondamentale des cours supérieures, plus la province sera libre de s'écarter des plafonds pécuniaires historiques actualisés. Il s'agit en quelque sorte d'un continuum. À une extrémité du spectre, l'attribution d'une vaste compétence, lorsqu'elle est exclusive, qu'elle n'est pas assortie d'un mécanisme d'appel à une cour supérieure de juridiction générale, qu'elle a un impact significatif sur le volume de dossiers de cette cour et qu'elle ne se justifie pas au regard d'un objectif social important, contraint la législature et n'est pas constitutionnelle. Pareille attribution pourrait entraîner des conséquences telles sur la cour supérieure de juridiction générale que le simple fait de respecter les plafonds pécuniaires historiques ne suffirait pas au regard de l'art. 96. À l'autre extrémité du spectre, l'attribution concurrente d'une compétence plus restreinte, lorsqu'elle s'accompagne d'un mécanisme d'appel à une cour supérieure de juridiction générale, qu'elle a peu d'impact sur l'achalandage de cette cour et qu'elle se justifie au regard d'un objectif social important, confère à la législature une marge de manœuvre appréciable. Dans *tous les cas* cependant, le plafond pécuniaire envisagé par la législature doit conserver un lien de rattachement raisonnable avec les plafonds historiques actualisés. Les deux plafonds doivent appartenir à un même ordre de

grant cannot “maim” the superior courts by impermissibly infringing on their core jurisdiction.

[134] In this case, the historical monetary ceiling of \$100 is not in dispute. In today’s dollars, this represents an amount of between \$63,698 and \$66,008. The amount need not be within a dollar of that range. The imperfection of the conversion methods and the flexibility that must be accorded to the provinces can justify slight differences. Nor is a province required to amend its legislation every year in order to index the monetary jurisdiction of its courts to the rate of inflation. Thus, an amount close to these ones can serve as a starting point for the analysis.

[135] The monetary ceiling of less than \$85,000 fixed by art. 35 para. 1 *C.C.P.* represents an increase of approximately 29 percent over the historical ceiling. This increase is not clearly disproportionate; the adopted amount can reasonably be connected to the historical ceiling insofar as it falls into a similar range. What must now be done is to weigh the various qualitative factors in order to determine whether this grant of jurisdiction is consistent with the flexibility the Quebec legislature has. In our view, the answer must be no. The Quebec legislature has only minimal flexibility, because the result of the multifaceted analysis clearly indicates that there is an impermissible infringement on the core jurisdiction of the superior courts of general jurisdiction.

[136] First, the scope of the jurisdiction granted to the Court of Québec is indicative of a significant encroachment on the general private law jurisdiction of the superior courts of general jurisdiction. This limits the Quebec legislature’s latitude. Aside from exceptional situations such as the one considered in *McEvoy*, in which a transfer of the entirety of the jurisdiction over criminal matters to a court with provincially appointed judges was proposed, it is hard to imagine a broader transfer of jurisdiction than the

grandeur, de façon à respecter la division générale du travail qui existait à l’époque confédérative. De la même façon, l’attribution *exclusive* ne saurait avoir pour effet de « mutiler » les cours supérieures en portant une atteinte inadmissible à leur compétence fondamentale.

[134] En l’espèce, le plafond pécuniaire historique de 100 \$ n’est pas contesté. En dollars d’aujourd’hui, il représente une somme se situant entre 63 698 \$ et 66 008 \$. Il n’est pas nécessaire de fixer un montant au dollar près. L’imperfection des méthodes d’actualisation et la marge de manœuvre qui doit être accordée aux provinces peuvent justifier de légers écarts. De plus, une province n’est pas tenue d’amender ses lois chaque année pour indexer la compétence pécuniaire de ses tribunaux sur le taux d’inflation. Ainsi, un montant avoisinant ces sommes peut servir de point de départ à l’analyse.

[135] Le plafond pécuniaire de moins de 85 000 \$ fixé par l’art. 35 al. 1 *C.p.c.* représente une hausse d’environ 29 p. 100 par rapport au plafond pécuniaire historique. Cette augmentation n’est pas manifestement hors de proportion; le montant adopté peut raisonnablement s’y rattacher dans la mesure où il appartient à un même ordre de grandeur. Il s’agit maintenant de pondérer les différents facteurs qualitatifs afin de déterminer si cette attribution de compétence se situe à l’intérieur de la marge de manœuvre dont dispose la législature québécoise. Selon nous, une réponse négative s’impose. La législature québécoise ne dispose que d’une marge de manœuvre minimale, puisque le résultat de l’analyse multifactorielle indique clairement une atteinte inadmissible à la compétence fondamentale des cours supérieures de juridiction générale.

[136] Premièrement, l’étendue de la compétence attribuée à la Cour du Québec tend à démontrer un empiètement significatif sur la compétence générale en droit privé des cours supérieures de juridiction générale. Cela réduit la latitude dont bénéficie la législature québécoise. Hormis un cas de figure exceptionnel comme celui envisagé dans l’arrêt *McEvoy*, où l’on projetait de transférer la totalité de la juridiction criminelle à un tribunal de nomination provinciale, il est difficile d’imaginer un transfert

one effected in art. 35 para. 1 *C.C.P.*, which grants a substantial block of jurisdiction over private law matters. The law of obligations is nothing less than [TRANSLATION] “the general code for the relations man [*sic*] has with his peers” (G. Trudel, *Traité de droit civil du Québec* (1946), vol. 7, at p. 15).

[137] Second, the exclusivity of the transfer accentuates the encroachment on the core jurisdiction of the superior courts and reduces the flexibility the Quebec legislature has accordingly. The impact of the exclusivity of the grant is considerable: it means that the law of obligations will evolve in large part under the authority of a court with provincially appointed judges. The Superior Court’s authority over obligations will be diminished accordingly. In light of s. 96, a grant of jurisdiction as broad as this over so fundamental a field of law must be subject to very significant limits, especially if it is exclusive. An exclusive grant of jurisdiction, even one that falls within acceptable historical limits, can have a significant impact on the core jurisdiction of the superior courts.

[138] Third, the fact that there is no accessible appeal mechanism that would enable the superior court of general jurisdiction to review decisions of the Court of Québec reinforces our conclusion that the two courts are parallel and that the interference is impermissible. The absence of such a mechanism contributes, once again, to reducing the province’s flexibility in relation to the updated historical ceiling.

[139] Fourth, as we explained above, the statistical evidence produced in this case does not permit us to determine with certainty that art. 35 para. 1 *C.C.P.* has only a minimal impact on the Superior Court’s caseload in the area of obligations.

[140] Fifth, the AGQ has not shown that a concrete public policy justified greater flexibility in relation to the historical limit. It follows that the Quebec

de compétence plus vaste que celui visé par l’art. 35 al. 1 *C.p.c.* Cette disposition attribue un bloc de compétence substantiel en droit privé. Le droit des obligations, ce n’est rien de moins que « le code général des relations de l’homme [*sic*] avec ses semblables » (G. Trudel, *Traité de droit civil du Québec* (1946), t. 7, p. 15).

[137] Deuxièmement, le caractère exclusif du transfert accentue l’empiètement sur la compétence fondamentale des cours supérieures et diminue d’autant la marge de manœuvre dont dispose la législature québécoise. L’impact du caractère exclusif de l’attribution est considérable : cela signifie que le droit des obligations se développera en grande partie sous l’égide d’une cour de nomination provinciale. L’autorité de la Cour supérieure en matière d’obligations s’en trouve diminuée d’autant. Au regard de l’art. 96, l’attribution d’une compétence aussi vaste, portant sur un domaine de droit aussi fondamental, doit être assujettie à des limites très importantes, à plus forte raison lorsqu’elle est exclusive. En effet, l’attribution exclusive d’une compétence, même lorsqu’elle se situe dans des bornes historiques acceptables, peut affecter de manière significative la compétence fondamentale des cours supérieures.

[138] Troisièmement, l’absence d’un mécanisme d’appel accessible qui permettrait à la cour supérieure de juridiction générale de contrôler les décisions rendues par la Cour du Québec renforce notre conclusion quant au parallélisme entre les deux cours et au caractère inacceptable de l’ingérence. L’absence d’un tel mécanisme contribue, encore une fois, à rétrécir la marge de manœuvre de la province à l’égard du plafond historique actualisé.

[139] Quatrièmement, comme nous l’avons expliqué, la preuve statistique produite en l’espèce ne nous permet pas de déterminer avec certitude que l’art. 35 al. 1 *C.p.c.* n’a qu’un impact minime sur le volume de dossiers de la Cour supérieure en matière d’obligations.

[140] Enfin, le PGQ n’a pas démontré qu’une politique publique concrète justifiait une plus grande flexibilité par rapport à ce seuil historique. Il s’ensuit

legislature could not depart from the updated historical ceilings other than minimally.

[141] In our opinion, art. 35 para. 1 *C.C.P.* in its current form infringes s. 96. Its constitutional infirmity does not arise from the high monetary limit alone, but from the combination with all the other factors. It would be possible to imagine a grant of jurisdiction that does not exclude the superior court from a field of law that is so vast and so fundamental. That is not, however, this legislation. Here, there is an exclusive grant of a vast area of jurisdiction at the core of Quebec's private law to a court with provincially appointed judges that operates like a superior court in every respect. The grant, if it is subject to no limits other than a monetary one, transforms the Court of Québec into a s. 96 court. In other words, art. 35 para. 1 *C.C.P.* encroaches impermissibly on the role the Constitution reserves to the superior court of general jurisdiction.

[142] If the Quebec legislature were to decide merely to lower the monetary ceiling for the Court of Québec's jurisdiction without altering its institutional context or the nature of the grant of jurisdiction provided for in art. 35 para. 1 *C.C.P.*, it would, to comply with its constitutional obligations, have to establish a monetary ceiling below the updated historical ceiling so as to leave the Superior Court with a caseload that is sufficient for it to continue to play a meaningful role in the development of the law of obligations. If, on the other hand, the legislature were to decide to revise the wording of art. 35 para. 1 *C.C.P.* and the institutional context in which that jurisdiction is exercised while minimizing the impact on the Superior Court's core jurisdiction, it would have some latitude to raise the monetary ceiling above the updated historical ceiling. The legislature should however ensure that a reasonable connection was maintained with the latter ceiling and the Superior Court was not deprived of too much of the caseload concerning the law of obligations. Whatever the legislature's choice may be, any change, including simplified procedures, that truly enhances access to justice will be an important factor in determining whether a grant of jurisdiction

que la législature québécoise ne saurait s'écarter des plafonds historiques actualisés, sinon de façon minimale.

[141] À notre avis, l'art. 35 al. 1 *C.p.c.*, sous sa forme actuelle, contrevient à l'art. 96. L'invalidité constitutionnelle de cette disposition ne provient pas uniquement du seuil pécuniaire élevé, mais de la combinaison de ce dernier avec tous les autres facteurs. Il serait possible d'envisager une attribution de la compétence n'ayant pas pour effet d'écarter la cour supérieure d'un domaine du droit aussi vaste et aussi fondamental. Mais la disposition législative en cause ici a cet effet. Un vaste domaine de compétence situé au cœur du droit privé québécois est attribué exclusivement à une cour de nomination provinciale qui fonctionne en tous points comme une cour supérieure. L'attribution, lorsqu'elle n'est assujettie à aucune autre limite qu'un seuil pécuniaire, transforme la Cour du Québec en une cour visée à l'art. 96. En d'autres termes, l'art. 35 al. 1 *C.p.c.* empiète de façon inacceptable sur le rôle que la Constitution réserve à la cour supérieure de juridiction générale.

[142] Dans l'éventualité où la législature québécoise voudrait se limiter à réduire le plafond pécuniaire de la compétence de la Cour du Québec sans modifier son contexte institutionnel ni la nature de l'attribution de compétence prévue à l'art. 35 al. 1 *C.p.c.*, elle devrait, pour se conformer à ses obligations constitutionnelles, établir un plafond pécuniaire situé en deçà du plafond historique actualisé et qui laisse à la Cour supérieure un volume de dossiers suffisant pour que celle-ci puisse continuer de jouer un rôle significatif dans l'évolution du droit des obligations. À l'inverse, dans l'éventualité où la législature souhaiterait revoir le libellé de l'art. 35 al. 1 *C.p.c.* et le contexte institutionnel dans le cadre duquel s'exerce cette compétence en minimisant l'impact sur la compétence fondamentale de la Cour supérieure, elle disposerait d'une certaine marge de manœuvre pour hausser le plafond pécuniaire au-delà du plafond historique actualisé. La législature devrait toutefois s'assurer de maintenir un lien de rattachement raisonnable avec ce dernier et de ne pas priver la Cour supérieure d'un achalandage trop important en matière de droit des obligations. Quel que soit le choix de la législature, tout changement

that affects the general private law jurisdiction of the superior courts is consistent with s. 96.

[143] This multi-factored approach gives full effect to the compromise reached at Confederation, reflected in the constitutional framework consisting of ss. 96 to 100. It is necessary in order to safeguard the unity and uniformity of the Canadian judicial system, which is the concern that motivated the framers of the Constitution. Even though the superior courts, with their guarantee of judicial independence, are no longer the sole guardians of the rule of law, the fact remains that their constitutional status must be protected. The transfer brought about by art. 35 para. 1 *C.C.P.* deprives the Quebec Superior Court of any capacity to resolve a broad range of disputes at the heart of private law, thereby creating a parallel court that infringes on the core jurisdiction of the superior courts.

[144] In closing, it would seem appropriate to clarify the scope of these reasons and their impact on the other tests developed with respect to s. 96. The multi-factored analysis we are adopting here *is not intended to replace the current law*. The analysis under s. 96 continues to involve two tests. The first — the *Residential Tenancies* test — continues to apply to any transfer of historical jurisdiction of the superior courts to an administrative tribunal or to another statutory court. The second — the core jurisdiction test — continues to apply in order to determine whether a statutory provision has the effect of removing or impermissibly infringing on any of the attributes that form part of the core jurisdiction of the superior courts. Where a transfer to a court with provincially appointed judges has an impact on the general private law jurisdiction of the superior courts, the question whether the infringement on the core jurisdiction is permissible or impermissible should be answered having regard to the factors discussed above. Those factors give the provincial legislature sufficiently clear guidance to determine what latitude it has under s. 96 when it wishes to

ayant pour effet de véritablement améliorer l'accès à la justice, incluant les procédures simplifiées, demeurera un facteur important dans l'évaluation de la conformité à l'art. 96 d'une attribution de compétence mettant en cause la compétence générale en droit privé des cours supérieures.

[143] Cette approche multifactorielle donne plein effet au compromis conclu à l'époque de la Confédération reflété dans le cadre constitutionnel formé par les art. 96 à 100. Elle est nécessaire à la protection du désir qui animait les rédacteurs de la Constitution d'assurer l'unité et l'uniformité du système judiciaire canadien. Même si les cours supérieures, avec leur garantie d'indépendance judiciaire, ne sont plus les uniques gardiennes de la primauté du droit, il n'en demeure pas moins que leur statut constitutionnel doit être protégé. Or, le transfert matérialisé par l'art. 35 al. 1 *C.p.c.* prive la Cour supérieure du Québec de toute capacité à trancher une vaste gamme de différends situés au cœur du droit privé, créant de ce fait une cour parallèle qui porte atteinte à la compétence fondamentale des cours supérieures.

[144] En terminant, il paraît opportun de préciser la portée des présents motifs et leur impact sur les autres tests développés sous l'art. 96. L'analyse multifactorielle que nous retenons ici *n'a pas pour vocation de remplacer le droit actuel*. L'analyse sous l'art. 96 se décline toujours en deux tests. Le premier — le test du *Renvoi sur la location résidentielle* — continue de s'appliquer à tout transfert d'une compétence historique des cours supérieures à un tribunal administratif ou une autre cour statutaire. Le deuxième — le test de la compétence fondamentale — demeure applicable afin de déterminer si une disposition législative a pour effet de retirer ou de porter une atteinte inadmissible à l'un ou l'autre des attributs qui font partie de la compétence fondamentale des cours supérieures. Lorsqu'un transfert effectué en faveur d'une cour de nomination provinciale met en cause la compétence générale en droit privé des cours supérieures, le caractère admissible ou inadmissible de l'atteinte à la compétence fondamentale devrait s'évaluer au regard des facteurs exposés ci-dessus. Ces facteurs fournissent à la législature provinciale des balises suffisamment claires pour



grant a court whose judges are appointed by the province jurisdiction over a significant portion of the common law without creating a parallel court.

[145] In *Residential Tenancies*, a rampart against the creation of prohibited parallel courts was erected on the basis of s. 96. That rampart has already proven its worth, as is attested by several decades of case law. As a general rule, that test will be sufficient for purposes of the analysis. But there may be cases in which it will prove to be inadequate for the role it must play where an attempt is made to assign a vast field of the general law to a court with provincially appointed judges. Such a transfer would tend to distort the historical analysis and to inappropriately favour a finding that there was a general shared involvement. Here, the grant under art. 35 para. 1 *C.C.P.* is one of those cases in which the gaps in the *Residential Tenancies* test are apparent. The core jurisdiction test, which we have adapted to better reflect the principles underlying s. 96, compensates for those gaps by providing an analytical framework on the basis of which it is possible to give an adequate response to problems of this nature for which no satisfactory solution can be found in the existing case law.

#### V. Analysis on the Second Question

[146] The second question concerns the application by the Court of Québec of the “obligation of judicial deference, which characterizes the application for judicial review,” when hearing appeals of administrative decisions under one of the eight specified Acts. This question, understood correctly, is not about the constitutionality of the Court of Québec’s appellate jurisdiction, but rather about the application by the Court of Québec of the standards of judicial review, that is, the standards of reasonableness and correctness that were established in *Dunsmuir* and reiterated in *Vavilov*. We are of the view, however, that the question has become moot because the Court of Québec is no longer required to apply these standards of review when hearing an administrative appeal. Moreover, there are no

déterminer quelle latitude lui est laissée par l’art. 96 lorsqu’elle souhaite attribuer à une cour dont les juges sont nommés par les provinces une compétence sur une partie significative du droit commun, tout en évitant la création d’une cour parallèle.

[145] Le *Renvoi sur la location résidentielle* a érigé sur le fondement de l’art. 96 un rempart contre la création des cours parallèles prohibées. Ce rempart a déjà fait ses preuves, comme en attestent plusieurs décennies de jurisprudence. En règle générale, ce test suffira aux besoins de l’analyse. Mais dans certains cas, il pourra s’avérer insuffisant pour remplir adéquatement son rôle face à une tentative d’attribuer à une cour de nomination provinciale un vaste domaine du droit commun. Ce type de transfert tend en effet à biaiser l’analyse historique et à favoriser indûment une conclusion d’engagement général partagé. En l’espèce, l’attribution effectuée par l’art. 35 al. 1 *C.p.c.* est l’un de ces cas où le test du *Renvoi sur la location résidentielle* démontre ses lacunes. Le test de la compétence fondamentale, que nous avons adapté pour mieux refléter les principes qui sous-tendent l’art. 96, y pallie en offrant un cadre analytique qui permet d’apporter une réponse adéquate à ce type de problème auquel la jurisprudence actuelle n’offre aucune solution satisfaisante.

#### V. Analyse de la seconde question

[146] La seconde question porte sur l’application par la Cour du Québec de « l’obligation de déférence judiciaire qui caractérise le pourvoi en contrôle judiciaire » lorsqu’elle entend un appel d’une décision administrative en vertu de l’une des huit lois mentionnées. Interprétée correctement, cette question ne concerne pas la constitutionnalité de la juridiction d’appel de la Cour du Québec, mais bien l’application par la Cour du Québec des normes de contrôle judiciaire, c’est-à-dire les normes de la décision raisonnable et de la décision correcte établies dans *Dunsmuir* et réitérées dans *Vavilov*. Nous sommes toutefois d’avis que cette question est devenue théorique, car la Cour du Québec n’a plus à appliquer ces normes de contrôle lorsqu’elle entend un appel administratif. De plus, il n’existe aucune circonstance

exceptional circumstances that would justify answering the question despite its mootness.

[147] In *Vavilov*, this Court reformed the analysis for determining the standard of review that applies to the judicial review of administrative actions. In essence, where a legislature has provided for a right of appeal to a court, the appellate standards of review developed in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235 — correctness for questions of law and palpable and overriding error for questions of fact and of mixed fact and law — will apply. Where the legislature has not provided for a right of appeal and has left the availability of judicial review intact, the administrative law standards of review will apply instead.

[148] Furthermore, the new s. 83.1 of the *Courts of Justice Act*, which came into force on June 5, 2020, provides that the Court of Québec must now apply the *Housen* standards in exercising its jurisdiction over appeals of administrative decisions.

[149] Thus, the combined effect of *Vavilov* and s. 83.1 is that the Court of Québec is no longer bound by the obligation of judicial deference and must now apply the appellate standards from *Housen* in any appeal it hears from an administrative decision. This is true of all the rights of appeal in question in this case.

[150] It is not unreasonable to argue that the intermediate step of appealing to a court with provincially appointed judges before applying for judicial review to the superior court might be unconstitutional because it is likely to deprive the superior courts of a considerable number of such applications. However, we wish to be clear that we are not ruling on whether the Court of Québec's appellate jurisdiction is constitutional, as that is not the question before us. That matter is therefore left for another day.

exceptionnelle qui justifierait de trancher néanmoins la question, malgré son caractère théorique.

[147] Dans *Vavilov*, notre Cour a réformé l'analyse visant à déterminer la norme de contrôle applicable en matière de contrôle judiciaire de l'action administrative. Essentiellement, lorsque le législateur a prévu un droit d'appel devant une cour de justice, les normes d'intervention en appel établies dans l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, sont applicables, c'est-à-dire la norme de la décision correcte quant aux questions de droit et la norme de l'erreur manifeste et déterminante quant aux questions de fait et aux questions mixtes. Lorsque le législateur n'a pas prévu de droit d'appel et laissé intact le recours en contrôle judiciaire, les normes de contrôle du droit administratif seront plutôt applicables.

[148] En outre, le nouvel art. 83.1 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, entré en vigueur le 5 juin 2020, prévoit que la Cour du Québec doit maintenant appliquer les normes de *Housen* lorsqu'elle exerce sa compétence d'appel d'une décision de l'administration.

[149] Ainsi, l'effet combiné de l'arrêt *Vavilov* et de l'art. 83.1 est que la Cour du Québec n'est plus liée par l'obligation de retenue judiciaire et qu'elle doit maintenant appliquer les normes d'intervention en appel de *Housen*, et ce, à l'égard de tout appel qu'elle entend à l'encontre d'une décision administrative. Les droits d'appel concernés en l'espèce sont tous visés.

[150] Il n'est pas déraisonnable de prétendre que l'étape intermédiaire d'un appel à une cour de nomination provinciale avant l'exercice d'un contrôle judiciaire auprès de la cour supérieure puisse être inconstitutionnelle, puisqu'elle est susceptible de priver les cours supérieures d'un nombre substantiel de pourvois en contrôle judiciaire. Cependant, nous tenons à préciser que nous ne nous prononçons pas sur la question de la constitutionnalité de la juridiction d'appel de la Cour du Québec, puisqu'il ne s'agit pas de la question dont nous sommes saisis. Celle-ci est donc remise à un autre jour.

## VI. Effect of the Decision

[151] In principle, a reference is merely an advisory procedure. The answer to a reference question may be viewed as a legal opinion for the executive that is analogous to an opinion provided by law officers of the Crown (*Reference re Secession of Quebec*, at para. 15). In a reference, the Court therefore does not have the power to *formally* declare a law to be unconstitutional. The only power it has is to answer the question before it (*Attorney-General for Ontario v. Attorney-General for Canada*, [1912] A.C. 571 (P.C.), at pp. 588-89; *Reference re Public Schools Act (Man.)*, s. 79(3), (4) and (7), [1993] 1 S.C.R. 839, at p. 863; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1998] 1 S.C.R. 3 (“*Reference re Remuneration of Judges (1998)*”), at para. 9).

[152] Notwithstanding their advisory — and therefore, in principle, non-binding — nature, opinions given in references are in practice treated as judicial decisions and are followed by other courts (*Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, at para. 40; see also *Reference Re Certification in the Manitoba Health Sector*, 2019 MBCA 18, [2019] 5 W.W.R. 614, at para. 23; G. Rubin, “The Nature, Use and Effect of Reference Cases in Canadian Constitutional Law” (1960), 6 *McGill L.J.* 168, at pp. 175-80). The day after this Court gives an opinion, any trial court considering the same question would in all likelihood apply that opinion because of its persuasive weight (*Reference re Remuneration of Judges (1998)*, at para. 10). It may therefore be appropriate, where the circumstances so require, for this Court to exercise its remedial discretion to suspend the effects of its decision in the context of a reference, as it may do on an appeal.

[153] This Court recently stated in *Ontario (Attorney General) v. G*, 2020 SCC 38, [2020] 3 S.C.R. 629, at para. 83, that a declaration of invalidity can be suspended “when an identifiable public interest, grounded in the Constitution, is endangered by an immediate declaration to such an extent that it

## VI. Effet de la décision

[151] En principe, la procédure de renvoi n’a qu’un caractère consultatif. La réponse donnée à la question d’un renvoi s’apparente à un avis juridique fourni à l’exécutif dont la nature est similaire à un avis qui serait donné par les juristes de l’État (*Renvoi relatif à la sécession du Québec*, par. 15). Dans le cadre d’un renvoi, la Cour n’a donc pas le pouvoir de déclarer *formellement* une loi inconstitutionnelle. Elle n’a que le pouvoir de répondre à la question soumise (*Attorney-General for Ontario c. Attorney-General for Canada*, [1912] A.C. 571 (C.P.), p. 588-589; *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, art. 79(3), (4) et (7), [1993] 1 R.C.S. 839, p. 863; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, [1998] 1 R.C.S. 3 (« *Renvoi relatif à la rémunération des juges (1998)* »), par. 9).

[152] Malgré leur caractère consultatif et donc, en principe, non contraignant, les avis donnés dans le cadre d’un renvoi sont traités, en pratique, comme des décisions judiciaires, et ils sont suivis par les autres tribunaux (*Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, par. 40; voir aussi *Reference Re Certification in the Manitoba Health Sector*, 2019 MBCA 18, [2019] 5 W.W.R. 614, par. 23; G. Rubin, « The Nature, Use and Effect of Reference Cases in Canadian Constitutional Law » (1960), 6 *R.D. McGill* 168, p. 175-180). Dès le lendemain du prononcé de l’avis, il est vraisemblable qu’un tribunal de première instance saisi de la même question appliquerait l’avis donné par la Cour en raison de sa force persuasive (*Renvoi relatif à la rémunération des juges (1998)*, par. 10). Lorsque la situation le requiert, il peut donc être opportun que la Cour exerce son pouvoir discrétionnaire de réparation afin d’en suspendre les effets éventuels dans le cadre d’un renvoi, comme elle le ferait dans le cas d’un pourvoi.

[153] Dans l’arrêt *Ontario (Procureur général) c. G*, 2020 CSC 38, [2020] 3 R.C.S. 629, par. 83, notre Cour a récemment affirmé qu’une déclaration d’invalidité pouvait être suspendue « lorsque le risque que représente une déclaration avec effet immédiat sur un intérêt public identifiable, fondé sur la Constitution,

outweighs the harmful impacts of delaying the declaration's effect". The analysis in this regard is guided by certain principles (para. 94). In the instant case, since suspending the declaration of invalidity would not perpetuate interference with any right guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, the most determinative principle is that of respect for the distinct institutional roles of the courts and the legislatures (paras. 97 and 126-31).

[154] The weighing of the various factors we have identified shows that the Quebec legislature has available to it a range of possible legislative measures that would be constitutional should it wish to depart from the updated historical monetary ceiling. It is not for this Court to choose which of those measures should be implemented to replace the current art. 35 para. 1 *C.C.P.* In accordance with the constitutional principles of parliamentary sovereignty and democracy, it would be preferable to leave it to the democratically elected Quebec legislature to choose which of those possibilities best reflects the interests and priorities of the people of Quebec (see *G*, at para. 97). This is all the more true where the harmful effects of a suspension would be minimal, as affected litigants would in the meantime continue to have access to the Court of Québec, an impartial and independent court that plays a part in maintaining the rule of law.

[155] An immediately effective declaration would significantly impair the Quebec legislature's ability to legislate in order to address the constitutional invalidity (*G*, at paras. 129-30). The day after the publication of this opinion, litigants with lawsuits for identical amounts could be subject to the jurisdiction of different courts (the Court of Québec or the Superior Court) depending on whether they decide to raise a preliminary exception concerning the jurisdiction of the Court of Québec. Such a situation would generate intolerable uncertainty in the administration of civil justice in Quebec. And it would then be difficult for the Quebec legislature, in enacting a new, constitutionally compliant art. 35 *C.C.P.*, to apply transitional measures that would restore the harmony of the system.

l'emporte sur les conséquences néfastes de la suspension de l'effet de cette déclaration ». Certains principes doivent guider cette analyse (par. 94). Dans le cas présent, puisque la suspension de la déclaration d'invalidité ne perpétue aucune entrave à un droit garanti par la *Charte canadienne des droits et libertés*, le principe le plus déterminant est celui du respect des rôles institutionnels distincts joués par les tribunaux et les législatures (par. 97 et 126-131).

[154] La pondération des différents facteurs que nous avons identifiés démontre que la législature québécoise dispose d'un éventail de mesures législatives possibles qui seraient constitutionnelles, si elle désire s'écarter du plafond pécuniaire historique actualisé. Il n'appartient pas à notre Cour de choisir laquelle de ces mesures devrait être mise en place afin de remplacer l'actuel art. 35 al. 1 *C.p.c.* Conformément aux principes constitutionnels de la souveraineté parlementaire et de la démocratie, il est préférable de laisser à la législature québécoise démocratiquement élue le soin de choisir laquelle de ces possibilités reflète le mieux les intérêts et les priorités de la population québécoise (voir *G*, par. 97). Ceci est d'autant plus vrai lorsque les effets néfastes d'une suspension seraient minimes, les justiciables touchés continuant entre-temps à avoir accès à la Cour du Québec, un tribunal impartial et indépendant participant au maintien de la primauté du droit.

[155] Une déclaration avec effet immédiat nuirait considérablement à la capacité du législateur québécois de légiférer afin de remédier à l'inconstitutionnalité (*G*, par. 129-130). Au lendemain de la publication du présent avis, des justiciables ayant des litiges d'une valeur identique pourraient être sujets à la compétence de cours différentes (soit la Cour du Québec, soit la Cour supérieure) suivant leurs décisions de soulever ou pas un moyen préliminaire à l'encontre de la compétence de la Cour du Québec. Une telle situation engendrerait une incertitude intolérable au sein de l'administration de la justice civile au Québec. Au moment de l'adoption d'un nouvel art. 35 *C.p.c.* conforme à la Constitution, il deviendrait alors difficile pour le législateur québécois d'appliquer des mesures transitoires rétablissant l'harmonie du système.

[156] For these reasons, like the Court of Appeal, we agree that our opinion that art. 35 para. 1 *C.C.P.* is unconstitutional should not be implemented for a period of 12 months from the date of its release. It is normally up to the government to demonstrate how long the suspension should be. Despite the absence of submissions on this point in this Court, we find the length of time determined by the Court of Appeal to be adequate (*G*, at para. 135). Article 35 para. 1 *C.C.P.* should therefore be considered valid in the interim. The Quebec legislature will also turn its mind to transitional provisions once it has selected between the available constitutionally compliant options. Three comments must be made regarding the effects of this opinion, however.

[157] First, any originating proceedings filed in the Court of Québec before or during the suspension period can be pursued to the conclusion of the proceedings even if the proceedings conclude after the 12-month period has expired. Any judgment that terminates a proceeding at that time will be final and will not be affected by this Court's opinion. The absence of such a transitional measure would deprive Quebec of a harmonious judicial system, result in great disorder and affect the implementation and enforcement of litigants' rights. If this Court did not address this situation, the rule of law would suffer (*Reference re Manitoba Language Rights*, at pp. 750-51).

[158] Second, *res judicata* precludes the reopening of cases that were within the jurisdiction of the Court of Québec pursuant to art. 35 para. 1 *C.P.C.* and that have already been decided by that court (see *Reference re Manitoba Language Rights*, at p. 756). Any decisions rendered by the Court of Québec in such cases before this decision will thus continue to be fully effective.

[159] Third, the *de facto* doctrine, which recognizes and gives effect "to the justified expectations of those who have relied upon the acts of those administering the invalid laws and to the existence and efficacy of public and private bodies corporate, though

[156] Pour ces raisons, nous sommes d'opinion, à l'instar de la Cour d'appel, qu'il ne devrait pas être donné effet à notre avis concluant à l'inconstitutionnalité de l'art. 35 al. 1 *C.p.c.* pendant une période de 12 mois suivant le dépôt de la présente décision. Il incombe normalement au gouvernement d'établir la durée que doit avoir la suspension. Malgré l'absence d'arguments sur cette question devant notre Cour, nous estimons la période déterminée par la Cour d'appel adéquate (*G*, par. 135). L'article 35 al. 1 *C.p.c.* devrait donc être considérée valide entre-temps. Le législateur québécois devra aussi se pencher sur les dispositions transitoires lorsqu'il aura choisi l'une des solutions constitutionnellement valides qui s'offrent à lui. Trois mentions relatives aux effets de cet avis s'imposent toutefois.

[157] Premièrement, les demandes introductives d'instance déposées à la Cour du Québec avant ou durant la période de suspension de la déclaration d'invalidité pourront suivre leur cours jusqu'à la fin de l'instance, et ce, même si l'instance prend fin après l'expiration de la période de 12 mois. Tout jugement final alors rendu passera en force de chose jugée et ne sera pas affecté par l'avis de notre Cour. L'absence d'une telle mesure transitoire priverait le Québec d'un ordre judiciaire harmonieux, pourrait entraîner un désordre important et aurait des répercussions sur la mise en œuvre et la sanction des droits des justiciables. Si notre Cour omettait de remédier à cette situation, la primauté du droit en souffrirait (*Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, p. 750-751).

[158] Deuxièmement, le principe de la chose jugée empêche de rouvrir les dossiers qui relevaient de la compétence de la Cour du Québec en vertu de l'art. 35 al. 1 *C.p.c.* et que cette dernière a déjà tranchés (voir *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, p. 756). Ainsi, toutes les décisions de la Cour du Québec rendues dans ces dossiers avant la présente décision continueront d'avoir pleine autorité.

[159] Troisièmement, le principe de la validité *de facto*, qui reconnaît et donne effet « aux attentes justifiées de gens qui se sont fiés aux actes de ceux qui ont appliqué les lois invalides, ainsi qu'à l'existence et au fonctionnement des corps publics ou privés

irregularly or illegally organized” (*ibid.*, at p. 757), will also save rights, obligations and other effects which have arisen out of actions performed pursuant to art. 35 *C.C.P.* by courts, judges, persons exercising statutory powers and public officials. “Such rights, obligations and other effects are, and will always be, enforceable and unassailable” (*ibid.*).

## VII. Disposition

[160] Our answers to the stated questions are as follows:

[TRANSLATION]

1. Are the provisions of the first paragraph of article 35 of the *Code of Civil Procedure* (chapter C-25.01), setting at less than \$85,000 the limit to the exclusive monetary jurisdiction of the Court of Québec, valid with regard to section 96 of the *Constitution Act, 1867*, given the jurisdiction of Quebec over the administration of justice under paragraph 14 of section 92 of the *Constitution Act, 1867*?

No, the provisions of the first paragraph of art. 35 of the *Code of Civil Procedure* (chapter C-25.01) setting at less than \$85,000 the limit to the exclusive monetary jurisdiction of the Court of Québec are not valid with regard to s. 96 of the *Constitution Act, 1867*.

[TRANSLATION]

2. Is it compatible with section 96 of the *Constitution Act, 1867* to apply the obligation of judicial deference, which characterizes the application for judicial review, to the appeals to the Court of Québec provided for in sections 147 of the *Act respecting access to documents held by public bodies and the protection of personal information* (chapter A-2.1), 115.16 of the *Act respecting the Autorité des marchés financiers* (chapter A-33.2), 100 of the *Real Estate Brokerage Act* (chapter C-73.2), 379 of the *Act respecting the distribution of financial products and services* (chapter D-9.2), 159 of the *Act respecting administrative justice* (chapter J-3), 240 and 241 of the *Police Act* (chapter P-13.1), 91 of the *Act respecting the Régie du logement* (chapter R-8.1) and 61 of the *Act respecting the protection of personal information in the private sector* (chapter P-39.1)?

mêmes irrégulièrement ou illégalement constitués » (*ibid.*, p. 757), permettra également de préserver les droits, obligations et autres effets ayant découlé des actes accomplis, conformément à l’art. 35 *C.p.c.*, par des tribunaux, des juges, des personnes exerçant des pouvoirs légaux et des officiers publics. « Ces droits, obligations et autres effets sont et seront toujours exécutoires et incontestables » (*ibid.*).

## VII. Dispositif

[160] Nous répondons aux questions posées comme suit :

1. Les dispositions du premier alinéa de l’article 35 du *Code de procédure civile* (chapitre C-25.01) fixant, à moins de 85 000 \$, le seuil de la compétence pécuniaire exclusive de la Cour du Québec, sont-elles valides au regard de l’article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, étant donné la compétence du Québec sur l’administration de la justice aux termes du paragraphe 92 (14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Non, les dispositions du premier alinéa de l’art. 35 du *Code de procédure civile* (chapitre C-25.01) fixant, à moins de 85 000 \$, le seuil de la compétence pécuniaire exclusive de la Cour du Québec ne sont pas valides au regard de l’art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

2. Est-il compatible avec l’article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* d’appliquer l’obligation de déférence judiciaire, qui caractérise le pourvoi en contrôle judiciaire, aux appels à la Cour du Québec prévus aux articles 147 de la *Loi sur l’accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels* (chapitre A-2.1), 115.16 de la *Loi sur l’Autorité des marchés financiers* (chapitre A-33.2), 100 de la *Loi sur le courtage immobilier* (chapitre C-73.2), 379 de la *Loi sur la distribution des produits et services financiers* (chapitre D-9.2), 159 de la *Loi sur la justice administrative* (chapitre J-3), 240 et 241 de la *Loi sur la police* (chapitre P-13.1), 91 de la *Loi sur la Régie du logement* (chapitre R-8.1) et 61 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé* (chapitre P-39.1)?

We do not answer this question, because it is now moot.

[161] For the foregoing reasons, we would dismiss the appeals without costs. This opinion should not be implemented for a period of 12 months from the date of its release. Any originating proceedings filed in the Court of Québec before or during this suspension period can be pursued to the conclusion of the proceedings even if the proceedings conclude after the 12-month period has expired.

English version of the reasons of Wagner C.J. and Rowe J. delivered by

THE CHIEF JUSTICE (dissenting in part) —

## TABLE OF CONTENTS

	Paragraph
I. <u>Introduction</u> .....	162
II. <u>Background</u> .....	179
A. <i>Objectives Pursued by the Quebec Legislature</i> .....	187
B. <i>Emergence of the Role of Provincially Constituted Courts in Canada</i> .....	192
III. <u>Role of Sections 92(14) and 96 in Canada's Constitutional Order</u> .....	199
IV. <u>Analytical Framework for the Historical Jurisdiction of the Superior Courts</u> .....	207
A. <i>Characterization of the Jurisdiction Conferred by Article 35 C.C.P.</i> .....	210
B. <i>Application of the Historical Test</i> .....	217
V. <u>Analytical Framework for the Core Jurisdiction of the Superior Courts</u> .....	229
A. <i>Description of the Analytical Framework</i> .....	231
B. <i>Power to Resolve Private Law Disputes</i> .....	238

Nous ne répondons pas à cette question, car elle est devenue théorique.

[161] Pour les raisons qui précèdent, nous sommes d'avis que les pourvois devraient être rejetés sans dépens. Il ne devrait pas être donné effet au présent avis pendant une période de 12 mois suivant son dépôt. Les demandes introductives d'instance déposées à la Cour du Québec avant ou durant cette période de suspension pourront suivre leur cours jusqu'à la fin de l'instance, et ce, même si l'instance prend fin après l'expiration de la période de 12 mois.

Les motifs du juge en chef Wagner et du juge Rowe ont été rendus par

LE JUGE EN CHEF (dissident en partie) —

## TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphe
I. <u>Introduction</u> .....	162
II. <u>Le contexte</u> .....	179
A. <i>Les objectifs poursuivis par le législateur québécois</i> .....	187
B. <i>L'émergence du rôle des cours de création provinciale au Canada</i> .....	192
III. <u>Le rôle du par. 92(14) et de l'art. 96 dans l'ordre constitutionnel canadien</u> .....	199
IV. <u>Le cadre d'analyse de la compétence historique des cours supérieures</u> .....	207
A. <i>Qualification de la compétence attribuée par l'art. 35 C.p.c.</i> .....	210
B. <i>Application du critère historique</i> .....	217
V. <u>Le cadre d'analyse de la compétence fondamentale des cours supérieures</u> .....	229
A. <i>Présentation du cadre d'analyse</i> .....	231
B. <i>Le pouvoir de résoudre des différends de droit privé</i> .....	238

C. <i>Factors to Be Considered</i> .....	242	C. <i>Les facteurs à considérer</i> .....	242
D. <i>Article 35 C.C.P. Does Not Infringe on the Superior Court’s Core Jurisdiction in Civil Matters</i> .....	251	D. <i>L’article 35 C.p.c. ne porte pas atteinte à la compétence fondamentale de la Cour supérieure en matière civile</i> .....	251
VI. <u>Conclusion</u> .....	257	VI. <u>Conclusion</u> .....	257
I. <u>Introduction</u>		I. <u>Introduction</u>	

[162] I have read the reasons of my colleagues Côté and Martin JJ., but with respect, I cannot agree with their conclusion. Like Abella J., although for different reasons, I am of the view that art. 35 para. 1 of the *Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25.01 (“C.C.P.”), does not remove from the Quebec Superior Court part of its core jurisdiction. I explain this below.

[163] The first question raised in the reference to the Quebec Court of Appeal requires an answer that strikes a balance between, on the one hand, the ability of the provinces and territories to experiment with new forms of access to civil justice through provincially or territorially constituted courts and, on the other, the need to preserve the core jurisdiction of the superior courts that allows them to state and develop the civil law or the common law.

[164] Specifically, what must be determined in this case is whether art. 35 para. 1 C.C.P., which raises the monetary ceiling of the Court of Québec’s civil jurisdiction from less than \$70,000 to less than \$85,000, is contrary to s. 96 of the *Constitution Act, 1867*. The enactment of this provision of the C.C.P. was part of a series of increases in the ceiling that were all related to the genesis and history of the Court of Québec, a provincially constituted court that, over the course of the reforms made to it from the time of Confederation until today, has played a key beneficial role in Quebec’s justice system by facilitating the judicial resolution of conflicts in all districts in the province.

[165] Although the Quebec legislature has always regarded such increases as a way of promoting access

[162] J’ai pris connaissance des motifs exposés par mes collègues les juges Côté et Martin, mais avec égards je ne puis me rallier à leur conclusion. Tout comme la juge Abella, mais pour des raisons différentes, je suis d’avis que l’art. 35 al. 1 du *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01 (« C.p.c. »), ne retire pas à la Cour supérieure du Québec une partie de sa compétence fondamentale. Voici pourquoi.

[163] La première question soulevée dans le renvoi à la Cour d’appel du Québec exige une réponse équilibrée entre, d’une part, la possibilité pour les provinces et les territoires d’expérimenter de nouvelles formes d’accès à la justice civile par l’entremise de tribunaux de création provinciale ou territoriale, et, d’autre part, la nécessité de préserver la compétence fondamentale des cours supérieures qui leur permet de dire et de faire évoluer le droit civil ou la common law.

[164] En l’espèce, il s’agit plus précisément de déterminer si l’art. 35 al. 1 C.p.c., qui fait passer de moins de 70 000 \$ à moins de 85 000 \$ le plafond pécuniaire de la compétence de la Cour du Québec en matière civile, contrevient à l’art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. L’adoption de cette disposition du C.p.c. s’inscrit dans la foulée d’une série d’augmentations de ce plafond, toutes liées à la genèse et à l’histoire de la Cour du Québec, une cour de création provinciale qui, au fil des réformes dont elle a été l’objet depuis les débuts de la Confédération jusqu’à aujourd’hui, a joué un rôle déterminant et bénéfique au sein du système de justice québécois, en facilitant la résolution par voie judiciaire des conflits dans tous les districts de la province.

[165] Bien que le législateur québécois ait toujours envisagé de telles hausses comme une façon



to justice, the respondents the Chief Justice, Senior Associate Chief Justice and Associate Chief Justice of the Superior Court of Quebec see in them instead a gradual erosion of the superior courts' core jurisdiction in civil matters that cannot be authorized by s. 96.

[166] The Court of Appeal held that, in order to be consistent with s. 96, the monetary ceiling of the Court of Québec's civil jurisdiction must fall between \$55,000 and \$70,000, subject to future updates, and that setting the ceiling for claims at less than \$85,000 is therefore unconstitutional (2019 QCCA 1492, at para. 188 (CanLII)). The Court of Appeal stated that s. 96 gives the Quebec Superior Court core jurisdiction over "substantial" civil law disputes, which it defined as those involving an amount of \$70,000 or more, an amount corresponding to the updated maximum value of the monetary ceiling of the inferior courts' jurisdiction at the time of Confederation. The Court of Appeal shared the concerns raised by the respondents about the gradual erosion of the Quebec Superior Court's civil jurisdiction and noted that the Quebec legislature has given the Court of Québec a more significant role in civil matters than any other Canadian province (paras. 147, 150 and 187).

[167] The appellants the Conférence des juges de la Cour du Québec, the Attorney General of Quebec, the Conseil de la magistrature du Québec and the Canadian Association of Provincial Court Judges are appealing the answer given by the Quebec Court of Appeal to the first reference question.

[168] It should be noted that both the Attorney General of Quebec and the Attorney General of Canada, who is intervening for the federal government, fully support the position that art. 35 para. 1 *C.C.P.* is constitutional. In particular, the Attorney General of Canada takes the view that the Court of Appeal's analytical approach overlooks the *actual impact* of this article [TRANSLATION] "on the Superior Court's ability to hear civil disputes" (I.F. (AGC), at para. 5). He adds that, in the final analysis, given [TRANSLATION] "its insignificant effect" on the core jurisdiction exercised by the Superior Court in

de favoriser l'accès à la justice, les intimés le juge en chef, la juge en chef associée et la juge en chef adjointe de la Cour supérieure du Québec y voient pour leur part une érosion progressive de la compétence fondamentale des cours supérieures en matière civile que l'art. 96 ne saurait autoriser.

[166] La Cour d'appel a conclu que, pour respecter l'art. 96, le plafond pécuniaire de la compétence de la Cour du Québec en matière civile doit se situer entre 55 000 \$ et 70 000 \$, sous réserve d'actualisations futures, et que le fait de fixer le plafond des réclamations à moins de 85 000 \$ est en conséquence inconstitutionnel (2019 QCCA 1492, par. 188 (CanLII)). La Cour d'appel affirme que cet article confère à la Cour supérieure du Québec une compétence fondamentale sur les litiges de droit civil « substantiels », qu'elle définit comme ceux de 70 000 \$ et plus, une somme correspondant à la valeur actualisée et maximale du plafond pécuniaire de la compétence des tribunaux inférieurs de l'époque confédérative. La Cour d'appel fait siennes les inquiétudes soulevées par les intimés au sujet de l'érosion progressive de la compétence de la Cour supérieure du Québec en matière civile, et souligne que le législateur québécois a conféré à la Cour du Québec un rôle plus important en cette matière que toute autre province canadienne (par. 147, 150 et 187).

[167] Les appelants la Conférence des juges de la Cour du Québec, le procureur général du Québec, le Conseil de la magistrature du Québec et l'Association canadienne des juges des cours provinciales font appel de la réponse donnée par la Cour d'appel du Québec à la première question du renvoi.

[168] Il convient de souligner que tant le procureur général du Québec que le procureur général du Canada, qui intervient pour le fédéral, appuient sans réserve la thèse de la constitutionnalité de l'art. 35 al. 1 *C.p.c.* De façon plus particulière, le procureur général du Canada estime que la méthode d'analyse de la Cour d'appel omet de tenir compte de l'*impact réel* qu'a cet article « sur la capacité de la Cour supérieure d'entendre des litiges en matière civile » (m. interv. (PGC), par. 5). Il ajoute, en dernière analyse, qu'en raison de « son effet peu important » sur la compétence fondamentale exercée par la Cour

this regard, art. 35 para. 1 *C.C.P.* in no way infringes s. 96 of the *Constitution Act, 1867* (para. 8).

[169] In my view, the appeals relating to the first question should be allowed. In the opinion it provided on the questions referred to it (“Opinion”), the Court of Appeal interpreted the limits of the Superior Court’s core jurisdiction too broadly and froze in time the civil jurisdiction of the Court of Québec, as a provincially constituted court, rather than adopting an analytical framework attuned to the actual constitutional objectives of s. 96. These objectives include fostering a unified judicial system throughout Canada. In my opinion, the preservation of the superior courts’ ability to state and develop private law allows this objective to be achieved in accordance with s. 96.

[170] For this purpose, it is not necessary to maintain the monetary ceiling of the inferior courts’ civil jurisdiction in effect at the time of Confederation. There is another approach — not only desirable but also truer to the spirit of s. 96 — that gives the provinces and territories real autonomy in the administration of civil justice and permits them to make the choices best suited to their own emerging and complex challenges. As I will explain, such an analytical framework makes it possible both to protect the essential space the provinces and territories have for experimentation in matters of access to justice, which may include expanding their courts’ civil jurisdiction, and to ensure in the process that the superior courts can continue to state and develop the civil law and the common law.

[171] The analysis that follows is based on the two stages of the s. 96 analytical framework, which are concerned with the historical jurisdiction and the core jurisdiction of the superior courts.

[172] With regard to the first stage of the analytical framework, I am of the view that art. 35 *C.C.P.* satisfies the three tests developed in *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714. When

supérieure à cet égard, l’art. 35 al. 1 *C.p.c.* n’enfreint d’aucune manière l’art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* (par. 8).

[169] J’estime que les appels portant sur la première question doivent être accueillis. Dans l’avis qu’elle a formulé au terme du renvoi qui lui était soumis (« Avis »), la Cour d’appel a interprété trop largement les limites de la compétence fondamentale de la Cour supérieure et a figé dans le temps la compétence de la Cour du Québec en matière civile, en tant que tribunal de création provinciale, plutôt que d’adopter un cadre d’analyse sensible aux objectifs constitutionnels concrets visés par l’art. 96. Parmi ces objectifs, mentionnons celui qui consiste à favoriser la présence d’un système judiciaire unifié à travers le Canada. Le fait de préserver la capacité des cours supérieures de dire et de faire évoluer le droit privé permet, à mon avis, de satisfaire à cet objectif conformément à l’art. 96.

[170] Pour ce faire, point n’est besoin de perpétuer le plafond pécuniaire de la compétence des tribunaux inférieurs en matière civile en vigueur au moment de la Confédération. Il existe une autre approche non seulement souhaitable, mais de surcroît plus fidèle à l’esprit de l’art. 96, qui confère aux provinces et aux territoires une réelle autonomie dans l’administration de la justice civile, et leur permet de faire les choix les mieux adaptés aux défis émergents et complexes qui leur sont propres. Comme je vais l’exposer, un tel cadre d’analyse permet à la fois de protéger l’espace essentiel d’expérimentation des provinces et territoires en matière d’accès à la justice, notamment par l’élargissement de la compétence de leurs tribunaux en matière civile, et de faire en sorte, ce faisant, que les cours supérieures puissent continuer de dire et de faire évoluer le droit civil et la common law.

[171] L’analyse qui suit est fondée sur les deux étapes du cadre d’analyse de l’art. 96, soit celles liées à la compétence historique et à la compétence fondamentale des cours supérieures.

[172] Pour ce qui est de la première étape du cadre d’analyse, j’estime que l’art. 35 *C.p.c.* satisfait aux trois critères élaborés dans le *Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S.

properly characterized in terms of its subject matter, the jurisdiction conferred by this article on the Court of Québec is civil jurisdiction over contractual and extracontractual obligations. At the time of Confederation, the inferior courts of three of the four founding provinces, with the exception of Lower Canada (the province of Quebec), exercised a general shared jurisdiction in this regard.

[173] As for the second stage of the analysis, I am of the view that art. 35 *C.C.P.* does not remove from the Quebec Superior Court any power that is within its core jurisdiction. This jurisdiction must be defined narrowly and, with due respect for those who disagree, I see no need to confer on the superior courts any more power over private law disputes than is necessary.

[174] Of all the possible interpretations of the Confederation compromise embodied in s. 96, the only one that seems reasonable to me is the one that ultimately allows the superior courts to state and develop private law. As long as this ability is not jeopardized, the superior courts' core jurisdiction in this area will remain intact and the unified nature of Canada's judicial system will be protected.

[175] The provinces and territories are therefore free to increase the civil jurisdiction of their respective courts insofar as they comply with this important restriction. The following factors, which are both quantitative and qualitative, provide some helpful guidance: (a) the impact on the number of cases that the superior court continues to deal with; (b) the impact on the proportion of cases within the superior court's jurisdiction compared with those within the jurisdiction of a provincially or territorially constituted court; (c) the impact on the nature and importance of the cases within the superior court's jurisdiction.

[176] Once these factors are applied in this case, as I will do below, the necessary conclusion is that art. 35 *C.C.P.* does not have the effect of removing the power to state and develop private law from the Quebec Superior Court. The evidence shows that the

714. Adéquatement qualifiée en fonction de son objet, la compétence que confère cet article à la Cour du Québec est une compétence en matière civile sur des obligations contractuelles et extracontractuelles. Au moment de la Confédération, hormis dans le Bas-Canada (la province de Québec), les tribunaux inférieurs de trois des quatre provinces fondatrices exerçaient alors une compétence générale partagée à cet égard.

[173] Pour ce qui est de la seconde étape de l'analyse, je suis d'avis que l'art. 35 *C.p.c.* ne retire à la Cour supérieure du Québec aucun pouvoir relevant de sa compétence fondamentale. Cette compétence doit être définie étroitement, et, avec égards pour l'opinion contraire, il n'est selon moi pas nécessaire de conférer aux cours supérieures plus de pouvoirs qu'il n'en faut à l'égard des différends de droit privé.

[174] De toutes les interprétations possibles du compromis confédératif consacré à l'art. 96, la seule qui me semble raisonnable est celle qui, en dernière analyse, permet aux cours supérieures de dire et de faire évoluer le droit privé. Tant que cette faculté ne sera pas menacée, la compétence fondamentale des cours supérieures en semblable matière demeurera intacte et le caractère unifié du système judiciaire canadien sera protégé.

[175] Les provinces et territoires sont donc libres d'accroître la compétence civile de leurs tribunaux respectifs, tant et aussi longtemps que cette limite importante est respectée. Les facteurs suivants, qui sont de nature quantitative et de nature qualitative, apportent un éclairage pertinent : a) l'impact sur le nombre de dossiers que la cour supérieure continue de traiter; b) l'impact sur la proportion des dossiers relevant de la cour supérieure par rapport à ceux relevant d'un tribunal de création provinciale ou territoriale; c) l'impact sur la nature et l'importance des dossiers relevant de la compétence de la cour supérieure.

[176] Une fois ces facteurs appliqués à la présente affaire, comme je le fais plus loin, la conclusion qui s'impose est que l'art. 35 *C.p.c.* n'a pas pour effet de retirer à la Cour supérieure du Québec son pouvoir de dire et de faire évoluer le droit privé. Il ressort

Superior Court continues to hear a sufficient number and substantial proportion of civil cases, in which it is called upon to adjudicate significant disputes that are highly varied in nature.

[177] Like Quebec, other provinces are continuing, by means of innovative initiatives, to promote access to justice everywhere within their boundaries. The interpretation I adopt of s. 96, informed by the compromise of the founders of Confederation, has the advantage of giving the provinces the degree of autonomy they need in the years ahead to address the complex challenge of access to justice, an undertaking whose success does not depend on a single solution.

[178] Before I embark on the analysis mentioned above, it is important to begin by providing a broad outline of the Court of Québec's genesis and history, viewed from the standpoint of the exercise by that court of its civil jurisdiction.

## II. Background

[179] The history of the Court of Québec and its predecessors before and since Confederation can be divided into four phases, which go back to the pre-Confederation period and the Commissioners' Court, until the time the Commissioners' Court was replaced following Confederation by the Magistrate's Court, which was later renamed Provincial Court and, finally, Court of Québec: (1) replacement of the Commissioners' Court by the Magistrate's Court (1869 to 1953); (2) abolition of the Circuit Court and increase in the Magistrate Court's civil jurisdiction (1953 to 1965); (3) replacement of the Magistrate's Court by the Provincial Court and increase in its civil jurisdiction (1965 to 1988); (4) replacement of the Provincial Court by the Court of Québec and increase in its civil jurisdiction (1988 to today).

[180] The first phase began with the creation of the Magistrate's Court, which was established by the Quebec legislature in 1869 and given the civil jurisdiction formerly exercised by the Commissioners'

de la preuve que cette dernière continue d'entendre un nombre suffisant et une proportion substantielle d'affaires civiles, dans lesquelles elle est appelée à trancher des différends importants et de nature très variée.

[177] À l'instar du Québec, d'autres provinces continuent, au moyen d'initiatives novatrices, de favoriser l'accès à la justice sur l'ensemble de leur territoire. L'interprétation de l'art. 96 que je retiens, inspirée du compromis des Pères fondateurs de la Confédération, a l'avantage d'accorder aux provinces le degré d'autonomie dont elles ont besoin au cours des prochaines années pour relever le défi complexe que représente l'accès à la justice, un chantier dont le succès n'est pas tributaire d'une seule et unique solution.

[178] Avant d'amorcer l'analyse mentionnée précédemment, il importe au préalable de décrire à grands traits la genèse et l'histoire de la Cour du Québec, considérées du point de vue de l'exercice par celle-ci de sa compétence en matière civile.

## II. Le contexte

[179] L'histoire de la Cour du Québec et des tribunaux qui l'ont précédée avant et depuis la Confédération peut être divisée en quatre temps, qui remontent à l'époque préconfédérative et à la Cour des commissaires, jusqu'au moment où celle-ci fut remplacée après la Confédération par la Cour de magistrat, laquelle fut renommée subséquemment Cour provinciale puis, enfin, Cour du Québec : (1) remplacement de la Cour des commissaires par la Cour de magistrat (1869-1953); (2) abolition de la Cour de circuit et augmentation de la compétence civile de la Cour de magistrat (1953-1965); (3) remplacement de la Cour de magistrat par la Cour provinciale et augmentation de sa compétence civile (1965-1988); (4) remplacement de la Cour provinciale par la Cour du Québec et augmentation de sa compétence civile (1988-jusqu'à aujourd'hui).

[180] La première phase s'est amorcée par la création de la Cour de magistrat, qui a été instituée par le législateur québécois en 1869 et s'est vu confier la compétence civile qu'exerçait auparavant la Cour des

Court, also a provincially constituted court (*An Act respecting District Magistrates in this Province*, S.Q. 1869, c. 23, ss. 13, 16 and 17). Like the Commissioners' Court, the Magistrate's Court exercised that jurisdiction concurrently with the Circuit Court, a s. 96 court (see *Renvoi concernant la constitutionnalité de la Loi concernant la juridiction de la Cour de magistrat, 11-12 Elizabeth II, chapitre 62*, [1965] B.R. 1, at pp. 7-8, 11-12 and 18-19; *Séminaire de Chicoutimi v. La Cité de Chicoutimi*, [1973] S.C.R. 681, at pp. 689-90). The jurisdiction of the Magistrate's Court increased from \$25 to \$50 in 1871, to \$99.99 in 1921 and then to less than \$200 in 1946 (*An Act further to amend the law respecting District Magistrates in this Province*, S.Q. 1871, c. 9, s. 1; *An Act to amend the Code of Civil Procedure respecting the district magistrate's court*, S.Q. 1921, c. 100, s. 1; *An Act respecting the jurisdiction of the District Magistrate's Court*, S.Q. 1946, c. 53, s. 1). In 1922, the Circuit Court's civil jurisdiction was transferred to the Magistrate's Court in districts where the latter was present (*An Act to amend the Code of Civil Procedure respecting the jurisdiction of the Circuit and Magistrates' Courts*, S.Q. 1922, c. 94).

[181] The Circuit Court was abolished by the Quebec legislature in 1953, during the second phase. The jurisdiction of the Magistrate's Court over civil suits for less than \$200 then became exclusive rather than concurrent (*An Act to amend the Courts of Justice Act*, S.Q. 1952-53, c. 29, s. 17; *An Act to amend the Code of Civil Procedure*, S.Q. 1952-53, c. 18, s. 12). In 1963, that jurisdiction was increased to less than \$500 (*An Act respecting the jurisdiction of the Magistrate's Court*, S.Q. 1963, c. 62, s. 1).

[182] In 1964, the Quebec government referred the question of whether that increase was constitutionally valid to the Court of Appeal, clearly seeking to put an end to the uncertainty surrounding its constitutionality. The Court of Appeal unanimously held that the increase was invalid on the ground that, taken together, the successive increases in the civil jurisdiction of the Magistrate's Court had the effect of usurping the Superior Court's role (*Renvoi*

commissaires, elle aussi un tribunal de création provinciale (*Acte concernant les Magistrats de District en cette Province*, S.Q. 1869, c. 23, art. 13, 16 et 17). À l'instar de cette dernière, la Cour de magistrat exerçait cette compétence de manière concurrente avec la Cour de circuit, une cour visée par l'art. 96 (voir *Renvoi concernant la constitutionnalité de la Loi concernant la juridiction de la Cour de magistrat, 11-12 Elizabeth II, chapitre 62*, [1965] B.R. 1, p. 7-8, 11-12 et 18-19; *Séminaire de Chicoutimi c. La Cité de Chicoutimi*, [1973] R.C.S. 681, p. 689-690). Cette compétence de la Cour de magistrat est passée de 25 \$ à 50 \$ en 1871, à 99.99 \$ en 1921, puis à moins de 200 \$ en 1946 (*Acte pour amender de nouveau la loi concernant les Magistrats de District en cette Province*, S.Q. 1871, c. 9, art. 1; *Loi amendant le Code de procédure civile relativement à la Cour de magistrat de district*, S.Q. 1921, c. 100, art. 1; *Loi concernant la juridiction de la Cour de magistrat de district*, S.Q. 1946, c. 53, art. 1). En 1922, la compétence de la Cour de circuit en matière civile a été transférée à la Cour de magistrat dans les districts où celle-ci était présente (*Loi amendant le Code de procédure civile, relativement à la juridiction de la Cour de circuit et de la Cour de magistrat*, S.Q. 1922, c. 94).

[181] La Cour de circuit a été abolie par la législature du Québec en 1953, lors de la deuxième phase. La compétence de la Cour de magistrat à l'égard des litiges civils de moins de 200 \$ est alors passée de concurrente à exclusive (*Loi modifiant la Loi des tribunaux judiciaires*, S.Q. 1952-53, c. 29, art. 17; *Loi modifiant le Code de procédure civile*, S.Q. 1952-53, c. 18, art. 12). En 1963, cette compétence a été haussée à moins de 500 \$ (*Loi concernant la juridiction de la Cour de magistrat*, S.Q. 1963, c. 62, art. 1).

[182] En 1964, dans le cadre d'un renvoi, le gouvernement du Québec a soumis à la Cour d'appel la question de la validité constitutionnelle de cette augmentation, manifestement afin de lever l'incertitude entourant sa constitutionnalité. La Cour d'appel a, à l'unanimité, jugé la hausse invalide, au motif que le cumul des augmentations successives de la compétence de la Cour de magistrat en matière civile avait eu pour effet d'usurper le rôle de la Cour supérieure

*concernant la constitutionnalité de la Loi concernant la juridiction de la Cour de magistrat).*

[183] That decision was appealed to this Court. Fauteux J., writing for his colleagues, found that the Court of Appeal had gone beyond the question referred to it by ruling on the constitutionality of the series of increases since 1869, when it should instead have confined itself to the specific question of the increase in the monetary ceiling that was the subject of the reference (*Re Cour de Magistrat de Québec*, [1965] S.C.R. 772, at p. 780). On that point, Fauteux J. held for a unanimous Court that the increase in question, which had raised the ceiling from less than \$200 to less than \$500, was not contrary to s. 96 (p. 783).

[184] In 1965, at the start of the third phase of its history, the Magistrate's Court was renamed Provincial Court (*An Act to amend the Courts of Justice Act*, S.Q. 1965, c. 17, s. 1). Over the years, the monetary ceiling of the Provincial Court's civil jurisdiction was raised several times, to less than \$1,000 in 1966, less than \$3,000 in 1969, less than \$6,000 in 1979, less than \$10,000 in 1982 and less than \$15,000 in 1984 (*Code of Civil Procedure*, S.Q. 1965, c. 80, art. 34; *An Act to again amend the Code of Civil Procedure*, S.Q. 1969, c. 81, s. 2; *An Act to amend the Code of Civil Procedure and other legislation*, S.Q. 1979, c. 37, s. 8; *An Act to amend various legislation*, S.Q. 1982, c. 58, s. 19; *An Act to amend the Code of Civil Procedure and other legislation*, S.Q. 1984, c. 26, s. 3).

[185] Finally, in the fourth phase, which began in 1988, the National Assembly of Quebec created the Court of Québec by merging the Provincial Court, the Court of Sessions of the Peace and the Youth Court (*An Act to amend the Courts of Justice Act and other legislation to establish the Court of Québec*, S.Q. 1988, c. 21, ss. 1 to 5). Because the Court of Québec inherited the Provincial Court's civil jurisdiction, its civil jurisdiction at that time was less than \$15,000; that jurisdiction increased to less than \$30,000 a few years later, in 1995, then to less than \$70,000 in 2002 and, finally, to less than \$85,000 in 2016 (*An*

*(Renvoi concernant la constitutionnalité de la Loi concernant la juridiction de la Cour de magistrat).*

[183] Cette décision a été portée en appel devant notre Cour. Le juge Fauteux, s'exprimant au nom de ses collègues, a estimé que la Cour d'appel avait débordé le cadre de la question soulevée par le renvoi en se prononçant sur la constitutionnalité de la série d'augmentations depuis 1869, alors qu'elle aurait dû plutôt s'en tenir à la question précise de l'augmentation du plafond pécuniaire visée par le renvoi (*Re Cour de Magistrat de Québec*, [1965] R.C.S. 772, p. 780). Sur ce point, le juge Fauteux a conclu, dans un arrêt unanime, que l'augmentation en cause, qui avait fait passer le plafond de moins de 200 \$ à moins de 500 \$, ne contrevenait pas à l'art. 96 (p. 783).

[184] En 1965, à l'aube de la troisième phase de son histoire, la Cour de magistrat a été renommée Cour provinciale (*Loi modifiant la Loi des tribunaux judiciaires*, S.Q. 1965, c. 17, art. 1). Au fil des années, le plafond pécuniaire de la compétence de la Cour provinciale en matière civile a fait l'objet de plusieurs augmentations, qui l'ont fait passer à moins de 1 000 \$ en 1966, à moins de 3 000 \$ en 1969, à moins de 6 000 \$ en 1979, à moins de 10 000 \$ en 1982 et à moins de 15 000 \$ en 1984 (*Code de procédure civile*, S.Q. 1965, c. 80, art. 34; *Loi modifiant de nouveau le Code de procédure civile*, L.Q. 1969, c. 81, art. 2; *Loi modifiant le Code de procédure civile et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1979, c. 37, art. 8; *Loi modifiant diverses dispositions législatives*, L.Q. 1982, c. 58, art. 19; *Loi modifiant le Code de procédure civile et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1984, c. 26, art. 3).

[185] Enfin, durant la quatrième phase, amorcée en 1988, l'Assemblée nationale du Québec a créé la Cour du Québec en fusionnant la Cour provinciale, la Cour des sessions de la paix ainsi que le Tribunal de la jeunesse (*Loi modifiant la Loi sur les tribunaux judiciaires et d'autres dispositions législatives en vue d'instituer la Cour du Québec*, L.Q. 1988, c. 21, art. 1 à 5). Parce que la Cour du Québec avait hérité de la compétence de la Cour provinciale en matière civile, sa compétence à cet égard se limitait alors à moins de 15 000 \$; cette compétence augmenta quelques années plus tard à moins de 30 000 \$ en

*Act to amend the Code of Civil Procedure and the Act respecting municipal courts*, S.Q. 1995, c. 2, s. 2; *An Act to reform the Code of Civil Procedure*, S.Q. 2002, c. 7, s. 5; *An Act to establish the new Code of Civil Procedure*, S.Q. 2014, c. 1, s. 35).

[186] The following table, which is based largely on the one set out in the Opinion (see para. 173), shows how the monetary ceiling of the civil jurisdiction of provincially constituted courts in Quebec has increased since 1965 and also indicates, for each increase, the corresponding value determined by updating the \$100 ceiling in effect in 1867:

Year of legislative amendment (date of assent)	Ceiling of the jurisdiction of the Court of Québec (formerly the Magistrate's Court and the Provincial Court)	Updated value of the 1867 ceiling of \$100 (where available)
1965	\$1,000	\$2,884.41
1969	\$3,000	\$3,904.83
1979	\$6,000	\$11,130.55
1982	\$10,000	\$14,732.18
1984	\$15,000	\$17,222.62
1995	\$30,000	\$27,901.34
2002	\$70,000	\$37,175.75
2014	\$85,000	\$52,843.97 (2016) \$55,354.47 (2017)

As can be seen, before 2002, almost all of the increases were below the updated value of the \$100 ceiling that existed in 1867; the situation then changed, as the ceiling of the Court of Québec's jurisdiction greatly exceeded that value.

#### A. Objectives Pursued by the Quebec Legislature

[187] In making reforms to the Quebec justice system, the province has been guided by two

1995, à moins de 70 000 \$ en 2002, puis, enfin, à moins de 85 000 \$ en 2016 (*Loi modifiant le Code de procédure civile et la Loi sur les cours municipales*, L.Q. 1995, c. 2, art. 2; *Loi portant réforme du Code de procédure civile*, L.Q. 2002, c. 7, art. 5; *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, L.Q. 2014, c. 1, art. 35).

[186] Basé en grande partie sur celui que l'on trouve dans l'Avis (voir par. 173), le tableau suivant illustre l'augmentation du plafond pécuniaire de la compétence civile des tribunaux de création provinciale dans la province de Québec depuis 1965, en plus d'indiquer, pour les différentes hausses, leur valeur correspondante établie par actualisation du plafond de 100 \$ en vigueur en 1867 :

Année de la modification législative (date de la sanction)	Plafond de compétence de la Cour du Québec (anciennement la Cour de magistrat et la Cour provinciale)	Actualisation du plafond de 100 \$ de 1867 (lorsque disponible)
1965	1 000 \$	2 884,41 \$
1969	3 000 \$	3 904,83 \$
1979	6 000 \$	11 130,55 \$
1982	10 000 \$	14 732,18 \$
1984	15 000 \$	17 222,62 \$
1995	30 000 \$	27 901,34 \$
2002	70 000 \$	37 175,75 \$
2014	85 000 \$	52 843,97 \$ (2016) 55 354,47 \$ (2017)

Comme on peut le constater, avant 2002, la vaste majorité des augmentations se situait en deçà de la valeur actualisée du plafond de 100 \$ existant en 1867; la situation a changé par la suite, le plafond de la compétence de la Cour du Québec le dépassant largement.

#### A. Les objectifs poursuivis par le législateur québécois

[187] Deux objectifs indissociables ont guidé la province dans le cadre des réformes du système de

inseparable objectives: (1) promoting access to justice; (2) strengthening the position of the court known today as the Court of Québec as a distinct provincial judicial institution. In fact, enhancing access to justice has been a central concern underlying each increase in the monetary ceiling of the Court of Québec’s civil jurisdiction (Legislative Assembly, “Projet de loi: Code de procédure civile”, *Débats de l’Assemblée législative*, vol. 1, 1st Sess., 24th Leg., December 12 and 16, 1952, at pp. 273 and 284 (Hon. M. Duplessis); Legislative Assembly, “Bill 20 — Code de procédure civile”, *Débats de l’Assemblée législative*, vol. 2, No. 85, 4th Sess., 27th Leg., July 14, 1965, at p. 4294 (Hon. C. Wagner); National Assembly, “Bill 74 — Loi modifiant de nouveau le code de procédure civile”, *Débats de l’Assemblée nationale*, vol. 8, No. 100, 4th Sess., 28th Leg., December 9, 1969, at p. 4748 (R. Paul); National Assembly, “Projet de loi n° 40 — Loi modifiant le Code de procédure civile et d’autres dispositions législatives”, *Journal des débats*, vol. 21, No. 36, 4th Sess., 31st Leg., June 5, 1979, at p. 1686 (M.-A. Bédard); National Assembly, “Projet de loi n° 101 — Loi modifiant diverses dispositions législatives”, *Journal des débats*, vol. 26, No. 100, 3rd Sess., 32nd Leg., December 13, 1982, at p. 7105 (M.-A. Bédard); National Assembly, “Projet de loi 83 — Loi modifiant le Code de procédure civile et d’autres dispositions législatives”, *Journal des débats*, vol. 27, No. 91, 4th Sess., 32nd Leg., May 15, 1984, at p. 6033 (P.-M. Johnson); National Assembly, “Projet de loi 41 — Loi modifiant le Code de procédure civile et la Loi sur les cours municipales”, *Journal des débats*, vol. 34, No. 8, 1st Sess., 35th Leg., December 8, 1994, at pp. 359-60 (P. Bégin); National Assembly, “Projet de loi n° 54 — Loi portant réforme du Code de procédure civile”, *Journal des débats*, vol. 37, No. 58, 2nd Sess., 36th Leg., November 20, 2001, at pp. 3769-71 (P. Bégin); National Assembly, “Projet de loi n° 28 — Loi instituant le nouveau Code de procédure civile”, *Journal des débats*, vol. 43, No. 72, 1st Sess., 40th Leg., September 24, 2013, at pp. 4502-9 (B. St-Arnaud)). The proposal to streamline Québec’s judicial system in order to make it more accessible and more capable of delivering justice effectively gained significant momentum during the Quiet Revolution and truly became the driving force behind the reform of the Québec courts (see H.

justice québécois : (1) favoriser l’accès à la justice; (2) renforcer la position du tribunal — connu aujourd’hui sous le nom de Cour du Québec — en tant qu’institution judiciaire provinciale distincte. En effet, accroître l’accès à la justice a été une préoccupation centrale derrière chacune des augmentations du plafond pécuniaire de la compétence de la Cour du Québec en matière civile (Assemblée législative, « Projet de loi : Code de procédure civile », *Débats de l’Assemblée législative*, vol. 1, 1<sup>re</sup> sess., 24<sup>e</sup> lég., 12 et 16 décembre 1952, p. 273 et 284 (l’hon. M. Duplessis); Assemblée législative, « Bill 20 — Code de procédure civile », *Débats de l’Assemblée législative*, vol. 2, n° 85, 4<sup>e</sup> sess., 27<sup>e</sup> lég., 14 juillet 1965, p. 4294 (l’hon. C. Wagner); Assemblée nationale, « Bill 74 — Loi modifiant de nouveau le code de procédure civile », *Débats de l’Assemblée nationale*, vol. 8, n° 100, 4<sup>e</sup> sess., 28<sup>e</sup> lég., 9 décembre 1969, p. 4748 (R. Paul); Assemblée nationale, « Projet de loi n° 40 — Loi modifiant le Code de procédure civile et d’autres dispositions législatives », *Journal des débats*, vol. 21, n° 36, 4<sup>e</sup> sess., 31<sup>e</sup> lég., 5 juin 1979, p. 1686 (M.-A. Bédard); Assemblée nationale, « Projet de loi n° 101 — Loi modifiant diverses dispositions législatives », *Journal des débats*, vol. 26, n° 100, 3<sup>e</sup> sess., 32<sup>e</sup> lég., 13 décembre 1982, p. 7105 (M.-A. Bédard); Assemblée nationale, « Projet de loi 83 — Loi modifiant le Code de procédure civile et d’autres dispositions législatives », *Journal des débats*, vol. 27, n° 91, 4<sup>e</sup> sess., 32<sup>e</sup> lég., 15 mai 1984, p. 6033 (P.-M. Johnson); Assemblée nationale, « Projet de loi 41 — Loi modifiant le Code de procédure civile et la Loi sur les cours municipales », *Journal des débats*, vol. 34, n° 8, 1<sup>re</sup> sess., 35<sup>e</sup> lég., 8 décembre 1994, p. 359-360 (P. Bégin); Assemblée nationale, « Projet de loi n° 54 — Loi portant réforme du Code de procédure civile », *Journal des débats*, vol. 37, n° 58, 2<sup>e</sup> sess., 36<sup>e</sup> lég., 20 novembre 2001, p. 3769-3771 (P. Bégin); Assemblée nationale, « Projet de loi n° 28 — Loi instituant le nouveau Code de procédure civile », *Journal des débats*, vol. 43, n° 72, 1<sup>re</sup> sess., 40<sup>e</sup> lég., 24 septembre 2013, p. 4502-4509 (B. St-Arnaud)). Le projet de rationalisation du système judiciaire québécois afin d’accroître son accessibilité et sa capacité à rendre justice de manière efficace a nettement pris de l’ampleur au cours de la Révolution tranquille et est véritablement devenu le moteur de la réforme des



St-Louis, “Reform of the Trial Courts in Quebec”, in P. H. Russell, ed., *Canada’s Trial Courts: Two Tiers or One?* (2007), 123, at pp. 124-25). This explains why the Court of Québec [TRANSLATION] “became the court with the widest presence throughout the territory [of Quebec]” (S. Normand, *La Cour du Québec: Genèse et développement* (2013), at p. 90).

[188] The commitment to making thorough reforms to Quebec’s justice system also required modernizing and improving the structural organization of the Court of Québec as a provincial judicial institution (see P. H. Russell, *The Judiciary in Canada: The Third Branch of Government* (1987), at p. 126). As Patrice Garant observes, those judicial reforms reflect the fact that, during and after the Quiet Revolution, [TRANSLATION] “the government and legislature of Quebec became aware of the significance of the . . . Court [of Québec] as an institution that was important to Quebec’s identity” (“La Cour du Québec et la justice administrative” (2012), 53 *C. de D.* 229, at p. 242).

[189] When the replacement of the Magistrate’s Court by the Provincial Court was proposed in the Legislative Assembly of Quebec in 1965, that sweeping reform proposal was driven by three main ideas: increasing the civil jurisdiction of the court in question, making it more accessible to litigants, and making it more professional; all of these objectives thus contributed jointly to the renewal of Quebec’s justice system (Legislative Assembly, “Bill No 75 — Loi modifiant la loi des tribunaux judiciaires”, *Débats de l’Assemblée législative*, vol. 2, No. 84, 4th Sess., 27th Leg., July 13, 1965, at pp. 4232-35 (Hon. C. Wagner)).

[190] However, the spirit of reform in the Quebec legislature came up against a few obstacles, all related to s. 96, which served as a constitutional limit and check. Initial attempts to abolish the Circuit Court in the district of Montréal and to replace it with a Magistrate’s Court were rejected by the federal government (*An Act to amend the law respecting District Magistrates*, S.Q. 1888, c. 20, s. 1; *An Act to amend the law respecting district*

tribunaux québécois (voir H. St-Louis, « Reform of the Trial Courts in Quebec », dans P. H. Russell, dir., *Canada’s Trial Courts : Two Tiers or One?* (2007), 123, p. 124-125). C’est ce qui explique pourquoi la Cour du Québec « est devenue le tribunal le plus présent sur l’ensemble du territoire [du Québec] » (S. Normand, *La Cour du Québec : Genèse et développement* (2013), p. 90).

[188] Par ailleurs, cette volonté de réformer en profondeur le système de justice québécois requerrait également la modernisation et l’amélioration de l’organisation structurelle de la Cour du Québec en tant qu’institution judiciaire provinciale (voir P. H. Russell, *The Judiciary in Canada : The Third Branch of Government* (1987), p. 126). Comme le fait remarquer l’auteur Patrice Garant, ces réformes judiciaires témoignent du fait que pendant et après la Révolution tranquille « le gouvernement québécois et son législateur ont pris conscience de l’importance de la Cour [du Québec] comme institution importante pour l’identité québécoise » (« La Cour du Québec et la justice administrative » (2012), 53 *C. de D.* 229, p. 242).

[189] Lorsqu’il fut proposé à l’Assemblée législative du Québec, en 1965, de remplacer la Cour de magistrat par la Cour provinciale, trois idées maîtresses animaient ce vaste projet de réforme : accroître la compétence du tribunal en question en matière civile, le rendre plus accessible aux justiciables et le professionnaliser davantage, de telle sorte que tous ces objectifs contribuent mutuellement au renouvellement du système de justice québécois (Assemblée législative, « Bill No 75 — Loi modifiant la loi des tribunaux judiciaires », *Débats de l’Assemblée législative*, vol. 2, n° 84, 4<sup>e</sup> sess., 27<sup>e</sup> lég., 13 juillet 1965, p. 4232-4235 (l’hon. C. Wagner)).

[190] Cet esprit réformateur manifesté par le législateur québécois a cependant rencontré quelques obstacles, tous liés à l’art. 96, celui-ci agissant comme frein et limite d’ordre constitutionnel. Les premières tentatives en vue d’abolir la Cour de circuit du district de Montréal et de la remplacer par une Cour de magistrat ont été rejetées par le gouvernement fédéral (*Acte amendant la loi relative aux magistrats de districts*, S.Q. 1888, c. 20, art. 1; *Acte amendant la loi relative*

*magistrates*, S.Q. 1889, c. 30, s. 1; Department of Justice, *Correspondence, Reports of the Ministers of Justice and Orders in Council Upon the Subject of Dominion and Provincial Legislation 1867-1895* (1896), at pp. 345 and 431-32).

[191] In addition, despite this Court's favourable decision in *Re Cour de Magistrat de Québec*, doubts remained about the constitutionality of the increase in the monetary jurisdiction of the court we now know as the Court of Québec in civil matters (see, e.g., *Débats de l'Assemblée nationale*, December 9, 1969, at pp. 4746-48 and 4750 (R. Paul and A. Maltais); National Assembly, Commission permanente de la justice, "Projet de loi n° 101 — Loi modifiant diverses dispositions législatives", *Journal des débats*, No. 226, 3rd Sess., 32nd Leg., December 16, 1982, at pp. B-11320 and B-11321 (M.-A. Bédard); National Assembly, "Projet de loi 83 — Loi modifiant le Code de procédure civile et d'autres dispositions législatives", *Journal des débats*, vol. 27, No. 103, 4th Sess., 32nd Leg., June 7, 1984, at pp. 6826-31 (P.-M. Johnson)). The Court of Appeal's decision in that case nonetheless continued to have some persuasive force based on the perception that this Court had allowed the appeal for [TRANSLATION] "technical" reasons (see J. Deslauriers, "La Cour provinciale et l'art. 96 de l'A.A.N.B." (1977), 18 *C. de D.* 881, at p. 914). That situation led the Chief Judge of the Court of Québec to state in 2007 that it was only a matter of time before there was a constitutional challenge to that court's civil jurisdiction (see St-Louis, at p. 132). Clearly, history has proved her right.

#### B. *Emergence of the Role of Provincially Constituted Courts in Canada*

[192] A connection can be made between, on the one hand, the almost complete absence of decisions on the interpretation and application of s. 96 involving an exclusive transfer of jurisdiction to a provincially constituted court (and not an administrative tribunal) and, on the other, the establishment and strong expansion of this type of court in Canada.

*aux magistrats de district*, S.Q. 1889, c. 30, art. 1; Ministère de la Justice, *Correspondence, Reports of the Ministers of Justice and Orders in Council Upon the Subject of Dominion and Provincial Legislation 1867-1895* (1896), p. 345 et 431-432).

[191] De plus, malgré l'arrêt favorable de notre Cour dans *Re Cour de Magistrat de Québec*, les doutes ont persisté relativement à la constitutionnalité de l'augmentation de la compétence pécuniaire en matière civile du tribunal que nous connaissons aujourd'hui sous le nom de Cour du Québec (voir, p. ex., *Débats de l'Assemblée nationale*, 9 décembre 1969, p. 4746-4748 et 4750 (R. Paul et A. Maltais); Assemblée nationale, Commission permanente de la justice, « Projet de loi n° 101 — Loi modifiant diverses dispositions législatives », *Journal des débats*, n° 226, 3<sup>e</sup> sess., 32<sup>e</sup> lég., 16 décembre 1982, p. B-11320 à B-11321 (M.-A. Bédard); Assemblée nationale, « Projet de loi 83 — Loi modifiant le Code de procédure civile et d'autres dispositions législatives », *Journal des débats*, vol. 27, n° 103, 4<sup>e</sup> sess., 32<sup>e</sup> lég., 7 juin 1984, p. 6826-6831 (P.-M. Johnson)). En effet, la décision de la Cour d'appel dans cette affaire a malgré tout conservé une certaine force de persuasion, basée sur la perception voulant que notre Cour ait accueilli l'appel pour des raisons dites « techniques » (voir J. Deslauriers, « La Cour provinciale et l'art. 96 de l'A.A.N.B. » (1977), 18 *C. de D.* 881, p. 914). Cette situation a amené la juge en chef de la Cour du Québec à déclarer, en 2007, que ce n'était qu'une question de temps avant que soit lancée une contestation constitutionnelle de la compétence de la Cour du Québec en matière civile (voir St-Louis, p. 132). Force est de constater que l'histoire lui a donné raison.

#### B. *L'émergence du rôle des cours de création provinciale au Canada*

[192] Il est possible de faire un rapprochement entre, d'une part, la quasi-absence de décisions portant sur l'interprétation et l'application de l'art. 96 en cas de transfert exclusif d'une compétence à un tribunal judiciaire de création provinciale (et non à un tribunal administratif), et, d'autre part, l'établissement de ce type de tribunaux au Canada ainsi que la forte expansion de ceux-ci.

[193] In 1867, magistrate’s courts exercised quite limited jurisdiction in criminal matters and were composed largely of magistrates who were not legal professionals (G. T. G. Seniuk and N. Lyon, “The Supreme Court of Canada and The Provincial Court in Canada” (2000), 79 *Can. Bar Rev.* 77, at pp. 91-93). Starting in the 1960s, the provincial and territorial governments replaced magistrate’s courts with new “provincial” courts presided over by qualified judges who had previously practised as lawyers, which had the effect of making these courts more professional (Russell, at pp. 126-27).

[194] In parallel with the establishment of modern provincially constituted courts, the Parliament of Canada passed legislation to confer much more extensive criminal jurisdiction on them. This played a part in making these courts the backbone of the criminal justice system, even though at another time, as we know, inferior courts generally had jurisdiction only over minor criminal cases. The practical result of that significant change was to give provincial courts concurrent jurisdiction with superior courts over all offences under the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, with a few exceptions (Seniuk and Lyon, at pp. 95-96). In 2014-15, for example, over 99 percent of the 328,028 criminal cases dealt with by the courts involving offences committed by adults were tried by provincially constituted courts (K. Roach, *Criminal Law* (7th ed. 2018), at pp. 2-3).

[195] It should also be noted that, in recent years, a number of provinces have increased their courts’ monetary jurisdiction in civil matters. In 2014, Alberta raised its Provincial Court’s monetary ceiling from \$25,000 to \$50,000 (*Provincial Court Civil Division Amendment Regulation*, Alta. Reg. 139/2014), and since 2015, the Lieutenant Governor in Council has had the power to increase that ceiling to \$100,000 (see *Statutes Amendment Act, 2015*, S.A. 2015, c. 12, s. 6(4)(a)(v)). In 2017, British Columbia raised its Provincial Court’s monetary ceiling from \$25,000 to \$35,000 as well (*Small Claims Act*,

[193] En 1867, les cours de magistrat exerçaient une compétence plutôt limitée en matière pénale et étaient composées en grande partie de magistrats qui n’étaient pas des professionnels du droit (G. T. G. Seniuk et N. Lyon, « The Supreme Court of Canada and The Provincial Court in Canada » (2000), 79 *R. du B. can.* 77, p. 91-93). À partir des années 1960, les gouvernements provinciaux et territoriaux ont remplacé les cours de magistrat par de nouveaux tribunaux dits « provinciaux » présidés par des juges qualifiés, qui avaient exercé auparavant la profession d’avocat, ce qui a eu pour conséquence de professionnaliser ces tribunaux (Russell, p. 126-127).

[194] Parallèlement à l’établissement des tribunaux modernes de création provinciale, le Parlement du Canada a légiféré pour confier à ces tribunaux une compétence nettement plus étendue en matière pénale, ce qui a contribué à faire de ceux-ci l’épine dorsale du système de justice pénale, alors qu’à une autre époque, comme on le sait, les tribunaux inférieurs n’avaient généralement compétence qu’à l’égard des affaires pénales mineures. Cet important changement a eu pour résultat concret de conférer aux tribunaux provinciaux une compétence concurrente à celle des cours supérieures sur l’ensemble des infractions prévues au *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, sous réserve de quelques exceptions (Seniuk et Lyon, p. 95-96). Ainsi, à titre d’exemple, pour les années 2014-2015, plus de 99 p. 100 des 328 028 affaires pénales traitées par les tribunaux concernant les infractions commises par des personnes majeures ont été jugées par des tribunaux de création provinciale (K. Roach, *Criminal Law* (7<sup>e</sup> éd. 2018), p. 2-3).

[195] Il convient également de souligner que plusieurs provinces ont, au cours des dernières années, augmenté la compétence pécuniaire de leurs tribunaux en matière civile. En 2014, l’Alberta a haussé le plafond pécuniaire de la Cour provinciale de l’Alberta de 25 000 \$ à 50 000 \$ (*Provincial Court Civil Division Amendment Regulation*, Alta. Reg. 139/2014), plafond que le lieutenant-gouverneur en conseil a, depuis 2015, le pouvoir d’augmenter jusqu’à 100 000 \$ (voir *Statutes Amendment Act, 2015*, S.A. 2015, c. 12, sous-al. 6(4)(a)(v)). En 2017, la Colombie-Britannique a elle aussi haussé

R.S.B.C. 1996, c. 430, s. 3; *Small Claims Court Monetary Limit Regulation*, B.C. Reg. 179/2005, s. 1, as amended by B.C. Reg. 120/2017, Sch. 1). A few years earlier, in 2012, British Columbia also created a new Civil Resolution Tribunal to deal with most claims in which the amount sought does not exceed \$5,000 (*Civil Resolution Tribunal Act*, S.B.C. 2012, c. 25, ss. 2, 118 and 133; *Tribunal Small Claims Regulation*, B.C. Reg. 232/2018, s. 3). Finally, Saskatchewan did the same in 2016 by increasing the claims ceiling from \$20,000 to \$30,000 (*The Small Claims Amendment Regulations, 2016*, Sask. Reg. 4/2016, s. 3; *The Small Claims Act, 2016*, S.S. 2016, c. S-50.12, s. 4; *The Small Claims Regulations, 2017*, R.R.S., c. S-50.12, Reg. 1, s. 3).

[196] Given the fact that provincially constituted courts typically sit in more locations than superior courts, it must be recognized that the initiatives taken by the provincial legislatures have promoted access to justice in civil matters in the provinces in question (I.F. (Canadian Council of Chief Judges), at para. 11).

[197] In *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3, this Court was asked to consider the impact of the expansion in the provincial courts' civil jurisdiction, a measure that, according to Lamer C.J., required a "constitutional response" (para. 129). In light of the legislative policy of granting greater jurisdiction to provincially constituted courts, this Court held that those courts therefore needed the same guarantees of judicial independence as the superior courts (para. 129).

[198] These appeals represent an opportunity for this Court to provide a *constitutional response* that recognizes the efforts made by the provinces and territories to ensure modern, accessible justice that is attuned to 21st century issues, without draining

le plafond pécuniaire de la Cour provinciale de la Colombie-Britannique, qui est passé de 25 000 \$ à 35 000 \$ (*Small Claims Act*, R.S.B.C. 1996, c. 430, art. 3; *Small Claims Court Monetary Limit Regulation*, B.C. Reg. 179/2005, art. 1, modifié par B.C. Reg. 120/2017, ann. 1). De plus, quelques années auparavant, en 2012, elle avait créé un tout nouveau tribunal de résolution des litiges civils chargé de traiter la majorité des recours dont le montant réclamé ne dépasse pas 5 000 \$ (*Civil Resolution Tribunal Act*, S.B.C. 2012, c. 25, art. 2, 118 et 133; *Tribunal Small Claims Regulation*, B.C. Reg. 232/2018, art. 3). Enfin, la Saskatchewan a fait de même en 2016, faisant passer de 20 000 \$ à 30 000 \$ le plafond des réclamations (*Règlement modificatif de 2016 sur les petites créances*, Règl. de la Sask. 4/2016, art. 3; *Loi de 2016 sur les petites créances*, L.S. 2016, c. S-50.12, art. 4; *Règlement de 2017 sur les petites créances*, R.R.S., c. S-50.12, règl. 1, art. 3).

[196] Or, comme les tribunaux de création provinciale siègent généralement à plus d'endroits que les cours supérieures, il faut reconnaître que les initiatives des législateurs provinciaux ont favorisé l'accès à la justice en matière civile sur leur territoire (m. interv. (Canadian Council of Chief Judges), par. 11).

[197] Dans le *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3, notre Cour a été appelée à examiner l'impact de l'élargissement de la compétence des tribunaux provinciaux en matière civile, mesure qui requérait, selon le juge en chef Lamer, l'application d'une « solution constitutionnelle » (par. 129). En présence de cette politique législative qui confiait une compétence élargie aux tribunaux de création provinciale, la Cour a jugé que ces tribunaux devaient en conséquence bénéficier des mêmes garanties d'indépendance judiciaire que les cours supérieures (par. 129).

[198] Les présents pourvois représentent l'occasion pour la Cour d'apporter une *solution constitutionnelle* permettant de reconnaître les efforts déployés par les provinces et les territoires pour assurer une justice moderne, accessible et adaptée aux

all substance from the central unifying role played by the superior courts in Canada's justice system.

### III. Role of Sections 92(14) and 96 in Canada's Constitutional Order

[199] Constitutional provisions must be “placed in [their] proper linguistic, philosophic and historical contexts” (*R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344) and interpreted in a manner that is sensitive to evolving circumstances, as they “must continually adapt to cover new realities” (*Reference re Same-Sex Marriage*, 2004 SCC 79, [2004] 3 S.C.R. 698, at para. 30). In addition, the underlying principles of constitutional provisions, such as federalism, may be relevant to their interpretation (*Reference re Senate Reform*, 2014 SCC 32, [2014] 1 S.C.R. 704, at para. 25).

[200] Here, ss. 96 and 92(14) of the *Constitution Act, 1867*, taken together, reflect one of the important compromises reached by the Fathers of Confederation with respect to the administration of justice in Canada.

[201] On the one hand, s. 92(14) gives each province the power and responsibility to legislate in relation to the administration of justice, including for the purpose of creating, transforming or abolishing judicial offices. Section 129 of the *Constitution Act, 1867* in fact expressly provides for the continuance of the inferior courts that had civil jurisdiction at the time of Confederation, whose powers are within the exclusive authority of the provinces under s. 92(14). The provinces' power is a wide one that gives them a great deal of flexibility, allowing them, among other things, to organize their courts in a manner that favours access to justice and strengthens public confidence in the judiciary while at the same time taking their specific needs and challenges into account (*Conférence des juges de paix magistrats du Québec v. Québec (Attorney General)*, 2016 SCC 39, [2016] 2 S.C.R. 116, at para. 39; see also *Reference re Adoption Act*, [1938] S.C.R. 398, at pp. 413-14).

enjeux du XXI<sup>e</sup> siècle, sans vider de sa substance le rôle unificateur de premier plan que jouent les cours supérieures au sein du système de justice canadien.

### III. Le rôle du par. 92(14) et de l'art. 96 dans l'ordre constitutionnel canadien

[199] Les textes constitutionnels doivent être « situés dans [leurs] contextes linguistique, philosophique et historique appropriés » (*R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344), en plus d'être interprétés d'une manière qui tient compte de l'évolution des circonstances, puisqu'ils « doi[vent] être continuellement adaptés à de nouvelles réalités » (*Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79, [2004] 3 R.C.S. 698, par. 30). De plus, les principes sous-jacents des textes constitutionnels, par exemple le fédéralisme, peuvent être utiles pour interpréter ces textes (*Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, 2014 CSC 32, [2014] 1 R.C.S. 704, par. 25).

[200] En l'espèce, l'art. 96 et le par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867* reflètent ensemble un des compromis importants dont ont convenu les Pères de la Confédération en ce qui concerne l'administration de la justice au Canada.

[201] D'une part, suivant le par. 92(14), chaque province a le pouvoir et la responsabilité de légiférer à l'égard de l'administration de la justice, notamment pour créer, transformer et abolir des charges judiciaires. En effet, l'art. 129 de la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoit expressément le maintien des cours inférieures ayant juridiction en matière civile au moment de la Confédération et dont les pouvoirs relèvent exclusivement des provinces aux termes du par. 92(14). Il s'agit d'un pouvoir étendu, lequel accorde aux provinces une grande marge de manœuvre, qui leur permet notamment d'organiser leurs tribunaux d'une manière propre à favoriser l'accès à la justice et à renforcer la confiance du public envers le pouvoir judiciaire, tout en tenant compte de leurs besoins et défis spécifiques (*Conférence des juges de paix magistrats du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2016 CSC 39, [2016] 2 R.C.S. 116, par. 39; voir aussi *Reference re Adoption Act*, [1938] R.C.S. 398, p. 413-414).

[202] On the other hand, this provincial power is subject to what s. 96 subtracts in favour of Parliament, including the power to appoint the judges of the superior courts in each province as well as the requirements that “flow by necessary implication from [the] terms [of that provision]” (*British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2005 SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 473, at para. 66, per Major J.). Parliament’s power of appointment therefore “implicitly limit[s] provincial competence to endow a provincial tribunal with [the] powers [of s. 96 courts]” (*Re Residential Tenancies Act, 1979*, at p. 728). By giving such protection to the superior courts’ core inherent jurisdiction, which is integral to their operations, s. 96 helps to establish a strong constitutional base for national unity through a network of related Canadian courts that ensures the rule of law, interprovincial uniformity and minimum standards of decision making throughout the country (*Trial Lawyers Association of British Columbia v. British Columbia (Attorney General)*, 2014 SCC 59, [2014] 3 S.C.R. 31, at para. 29). In this sense, s. 96 confers “a special and inalienable status” on the superior courts (*MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725, at para. 52).

[203] It does not follow, in my view, that s. 96 freezes the civil jurisdiction of the inferior courts at what it was at the time of Confederation. The section does, of course, constitute an important constitutional protection, but its scope remains limited to what is necessary to ensure that the underlying objectives of the Confederation compromise are achieved, and primarily the objective of ensuring a unified judicial presence throughout Canada. Under the doctrine of mutual modification, the scope of s. 96 must be understood together with the scope of s. 92(14) so that “the Constitution operates as an internally consistent harmonious whole” (*Trial Lawyers*, at para. 25; see *Reference re Adoption Act*, at p. 415; *Citizens Insurance Co. of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96 (P.C.), at p. 109). In other words, the interpretation of s. 96 must take into account “the structure of government that [the Constitution] seeks to implement” and “the manner

[202] D’autre part, ce pouvoir provincial est assujéti aux soustractions opérées par l’art. 96 en faveur du législateur fédéral, notamment le pouvoir de nommer les juges des cours supérieures dans chaque province, ainsi que les exigences qui « découlent [des] termes [de cette disposition] par déduction nécessaire » (*Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2005 CSC 49, [2005] 2 R.C.S. 473, par. 66, le juge Major). En conséquence, le pouvoir de nomination reconnu au législateur fédéral « restreint implicitement la compétence des provinces de conférer [l]es pouvoirs [des cours visées à l’art. 96] à un tribunal provincial » (*Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, p. 728). En protégeant ainsi la compétence fondamentale et inhérente des cours supérieures, compétence essentielle à leurs activités, l’art. 96 contribue à établir un fondement constitutionnel solide de l’unité nationale, au moyen d’un réseau de tribunaux canadiens connexes qui garantit la primauté du droit, l’uniformité entre les provinces et l’existence de normes minimales en matière décisionnelle partout au pays (*Trial Lawyers Association of British Columbia c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2014 CSC 59, [2014] 3 R.C.S. 31, par. 29). En ce sens, l’art. 96 confère aux cours supérieures « un statut spécial et inaliénable » (*MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725, par. 52).

[203] Il ne s’ensuit pas pour autant, selon moi, que l’art. 96 fige la compétence civile des tribunaux inférieurs à celle qu’ils possédaient au moment de la Confédération. Certes, il s’agit d’une protection constitutionnelle importante, mais sa portée demeure restreinte à ce qui est nécessaire pour garantir la réalisation des objectifs sous-jacents du compromis confédératif, dont principalement celui d’assurer une présence judiciaire unifiée dans l’ensemble du Canada. En vertu de la théorie de la modification mutuelle, la portée de l’art. 96 doit être interprétée en corrélation avec le champ d’application du par. 92(14), afin que « la Constitution s’applique comme un tout harmonieux et intrinsèquement cohérent » (*Trial Lawyers*, par. 25; voir *Reference re Adoption Act*, p. 415; *Citizens Insurance Co. of Canada c. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96 (C.P.), p. 109). En d’autres termes, l’interprétation de l’art. 96 doit tenir compte de « la structure de

in which the constitutional provisions are intended to interact with one another” (*Reference re Senate Reform*, at para. 26).

[204] In light of the foregoing, s. 96 cannot have the effect of depriving the provinces of the autonomy and flexibility they need to administer civil justice in a manner that responds to evolving social realities and the changing needs of litigants, nor can it stand “in the way of new institutional approaches to social or political problems” (*Sobeys Stores Ltd. v. Yeomans and Labour Standards Tribunal (N.S.)*, [1989] 1 S.C.R. 238, at p. 253; see P. J. Monahan, B. Shaw and P. Ryan, *Constitutional Law* (5th ed. 2017), at pp. 155-56; H. Brun, G. Tremblay and E. Brouillet, *Droit constitutionnel* (6th ed. 2014), at p. 775). This means that s. 96 should not be given an overly broad scope that would unduly limit the provinces’ ability to address complex and emerging legislative challenges related to the administration of justice. Moreover, the case law on s. 96 has long recognized the central role that the inferior courts play in ensuring access to justice because, as Duff C.J. put it, their decisions touch “the great mass of the people more intimately and more extensively than do the judgments of the Superior Courts” (*Reference re Adoption Act*, at p. 415; see also *Re: B.C. Family Relations Act*, [1982] 1 S.C.R. 62, at pp. 106-7 and 112-13; P. Girard, J. Phillips and R. B. Brown, *A History of Law in Canada* (2018), vol. 1, *Beginnings to 1866*, at pp. 390-92 and 397-404).

[205] In my view, to prevent s. 92(14) from being drained of all substance, the provinces must have real freedom to make the choices best suited to their own needs and to balance a number of important values by experimenting with new forms of access to civil justice through their courts. As Beetz J. wrote in *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2, unlike in a case involving the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*,

gouvernement qu[e] [la Constitution] vise à mettre en œuvre » ainsi que de « la façon dont les dispositions constitutionnelles sont censées interagir les unes avec les autres » (*Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, par. 26).

[204] À la lumière de ce qui précède, l’art. 96 ne saurait avoir pour effet de priver les provinces de l’autonomie et la souplesse dont elles ont besoin pour administrer la justice civile de manière à répondre à l’évolution des réalités sociales et des besoins des justiciables, ni de s’ériger en « obstacle aux nouvelles façons institutionnelles d’aborder les problèmes sociaux ou politiques » (*Sobeys Stores Ltd. c. Yeomans et Labour Standards Tribunal (N.-É.)*, [1989] 1 R.C.S. 238, p. 254; voir P. J. Monahan, B. Shaw et P. Ryan, *Constitutional Law* (5<sup>e</sup> éd. 2017), p. 155-156; H. Brun, G. Tremblay et E. Brouillet, *Droit constitutionnel* (6<sup>e</sup> éd. 2014), p. 775). Il faut en conséquence éviter d’attribuer à l’art. 96 une portée démesurée, qui limiterait indûment la capacité des provinces de relever des défis législatifs complexes et émergents en matière d’administration de la justice. Qui plus est, la jurisprudence relative à l’art. 96 reconnaît depuis longtemps le rôle central que jouent les tribunaux inférieurs dans l’accès à la justice, en ce que, pour reprendre les mots du juge en chef Duff, leurs décisions touchent [TRADUCTION] « plus largement et plus intimement la vaste majorité des gens que les jugements des cours supérieures » (*Reference re Adoption Act*, p. 415; voir aussi *Renvoi : Family Relations Act (C.-B.)*, [1982] 1 R.C.S. 62, p. 106-107 et 112-113; P. Girard, J. Phillips et R. B. Brown, *A History of Law in Canada*, vol. 1, *Beginnings to 1866*, p. 390-392 et 397-404).

[205] À mon sens, afin d’éviter que le par. 92(14) ne soit vidé de sa substance, les provinces doivent disposer d’une véritable latitude leur permettant de faire les choix les mieux adaptés aux besoins qui leur sont propres et de mettre en équilibre un certain nombre de valeurs importantes en expérimentant de nouvelles formes d’accès à la justice par l’entremise de leurs tribunaux. Comme l’écrivait le juge Beetz dans *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2, contrairement à ce qui est le cas dans une affaire portant sur la *Charte canadienne des droits et libertés*,

in a distribution of powers case, once it is demonstrated that the enacting legislature is competent, the balancing of conflicting values depends on the political judgment of such legislature and cannot be reviewed by the courts without their passing upon the wisdom of the legislation. [p. 56]

[206] Therefore, subject to the limits imposed by the historical and core jurisdiction of the s. 96 superior courts, the provincial legislatures have full power to expand their courts' civil jurisdiction in order to facilitate access to justice. In accordance with *Re Residential Tenancies Act, 1979* and *Sobeys Stores*, the first stage of the analysis is to determine whether the grant of jurisdiction in question is permissible. The second stage is to decide whether the Superior Court's jurisdiction can be ousted, that is, whether an exclusive grant of jurisdiction is permissible.

#### IV. Analytical Framework for the Historical Jurisdiction of the Superior Courts

[207] The three-step analysis for determining the constitutionality of a provincial grant of jurisdiction was established by Dickson J. (as he then was) in *Re Residential Tenancies Act, 1979* and was later refined by the Court in *Sobeys Stores*, *Reference re Young Offenders Act (P.E.I.)*, [1991] 1 S.C.R. 252 (“*Reference re Young Offenders*”), and *Reference re Amendments to the Residential Tenancies Act (N.S.)*, [1996] 1 S.C.R. 186 (“*Reference re Residential Tenancies Act (N.S.)*”). The first step, the historical test, involves answering the following question: Does the impugned power or jurisdiction broadly conform to an exclusive power or jurisdiction exercised by the superior, district or county courts at the time of Confederation?

[208] If the impugned jurisdiction was exercised concurrently by the superior and inferior courts at the time of Confederation, it must be determined whether the inferior courts had a “general shared involvement” (*Sobeys Stores*, at p. 260 (emphasis

dans une affaire de partage des pouvoirs, lorsqu'on a démontré que le législateur a agi dans les limites de sa compétence, l'établissement de l'équilibre entre des valeurs contradictoires repose sur le jugement politique de ce législateur et ne peut pas être révisé par les tribunaux sans qu'ils examinent la sagesse de la mesure législative. [p. 56]

[206] En conséquence, sous réserve des limites qu'impose la compétence historique et fondamentale des cours supérieures visées par l'art. 96, les législatures provinciales ont plein pouvoir pour élargir la compétence de leurs tribunaux en matière civile en vue de faciliter l'accès à la justice. Conformément au *Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle* et à l'arrêt *Sobeys Stores*, la première étape de l'analyse consiste à déterminer si l'attribution de compétence en cause est permise. La deuxième étape consiste à décider si la compétence de la Cour supérieure peut être écartée, c'est-à-dire se demander si une attribution exclusive de compétence est permise.

#### IV. Le cadre d'analyse de la compétence historique des cours supérieures

[207] L'analyse à trois volets applicable pour statuer sur la constitutionnalité d'une attribution de compétence par une province a été établie par le juge Dickson (plus tard juge en chef) dans le *Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, puis précisée par la Cour dans les affaires *Sobeys Stores*, *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants (Î.-P.-É.)*, [1991] 1 R.C.S. 252 (« *Renvoi sur les jeunes contrevenants* »), et *Renvoi relatif à certaines modifications à la Residential Tenancies Act (N.-É.)*, [1996] 1 R.C.S. 186 (« *Renvoi relatif à la Residential Tenancies Act (N.-É.)* »). Le premier volet, soit le critère historique, consiste à répondre à la question suivante : Est-ce que le pouvoir ou la compétence qu'on attaque correspond de façon générale à un pouvoir ou à une compétence de nature exclusive qu'exerçaient les cours supérieures, de district ou de comté au moment de la Confédération?

[208] Si, à l'époque de la Confédération, la compétence contestée était exercée de manière concurrente par les cours supérieures et inférieures, il faut déterminer s'il existait un « engagement général partagé » (*Sobeys Stores*, p. 260 (soulignement omis)) ou une



deleted)) or a “meaningful concurrency of power” (*Reference re Residential Tenancies Act (N.S.)*, at para. 77) in this regard. If so, the grant will be considered valid under the historical test. The historical analysis therefore strikes a balance between the preservation of the superior courts’ historical role and the need to adapt to the realities of modern society, while giving the provinces flexibility to experiment with measures to facilitate access to justice (*Sobeys Stores*, at pp. 263 and 278-82).

[209] On the other hand, if the jurisdiction was exclusive to the superior courts, then it is necessary to proceed to the second and third steps of the analytical framework.

A. *Characterization of the Jurisdiction Conferred by Article 35 C.C.P.*

[210] The application of the historical test must begin with a proper characterization of the jurisdiction in issue. The characterization of the impugned jurisdiction must go beyond “a technical analysis of remedies” (*Sobeys Stores*, at p. 255). It is not focused on the “particular remedy sought” (*Reference re Young Offenders*, at p. 266), but is concerned rather with the “type of dispute” (*Reference re Residential Tenancies Act (N.S.)*, at para. 76; *MacMillan Bloedel*, at para. 14), the “jurisdiction” (*Sobeys Stores*, at p. 260) or the “subject-matter” of the decision (*Dupont v. Inglis*, [1958] S.C.R. 535, at p. 543) — in short, with the matter in issue. Moreover, the effect of the characterization must not be to “freeze the jurisdiction of inferior courts at what it was in 1867” (*Reference re Young Offenders*, at p. 266). For example, in *Sobeys Stores*, the Court characterized the power in issue as jurisdiction over unjust dismissal, not over the remedy of reinstatement. Similarly, in *Attorney General of Quebec v. Grondin*, [1983] 2 S.C.R. 364, the Court characterized the exclusive jurisdiction given to the Régie du logement as jurisdiction over disputes between landlords and tenants, without considering the \$10,000 monetary ceiling at the characterization stage.

« compétence concurrente appréciable » (*Renvoi relatif à la Residential Tenancies Act (N.-É.)*, par. 77) des tribunaux inférieurs à ce sujet, auquel cas, l’attribution sera jugée valide selon le critère historique. Ainsi, l’analyse historique établit un équilibre entre la préservation du rôle historique des cours supérieures et le besoin d’adaptation aux réalités de la société moderne, tout en laissant aux provinces la marge de manœuvre leur permettant d’expérimenter des mesures en vue de faciliter l’accès à la justice (*Sobeys Stores*, p. 263 et 278-282).

[209] Par contre, s’il s’agit d’une compétence exclusive des cours supérieures, il faut alors procéder aux deuxième et troisième volets du cadre d’analyse.

A. *Qualification de la compétence attribuée par l’art. 35 C.p.c.*

[210] Dans l’examen du critère historique, il faut d’abord qualifier adéquatement la compétence en cause. La qualification de la compétence contestée ne doit pas se limiter à « une analyse formaliste des recours » (*Sobeys Stores*, p. 255). La qualification n’est pas axée sur la « réparation demandée » (*Renvoi sur les jeunes contrevenants*, p. 266), mais s’intéresse plutôt au « type de différend » (*Renvoi relatif à la Residential Tenancies Act (N.-É.)*, par. 76), au « domaine de compétence » (*Sobeys Stores*, p. 260), à [TRADUCTION] « l’objet » de la décision (*Dupont c. Inglis*, [1958] R.C.S. 535, p. 543), à la « nature du litige » (*MacMillan Bloedel*, par. 14); bref, à la matière en cause. De plus, cette qualification ne doit pas avoir pour effet de « figer la compétence des tribunaux inférieurs à ce qu’elle était en 1867 » (*Renvoi sur les jeunes contrevenants*, p. 266). À titre d’exemple, dans *Sobeys Stores*, la Cour a qualifié le pouvoir en cause de compétence en matière de congédiement abusif, et non de compétence sur le redressement lié à la réintégration. De même, dans l’affaire *Procureur général du Québec c. Grondin*, [1983] 2 R.C.S. 364, la Cour a qualifié la compétence exclusive attribuée à la Régie du logement de compétence sur les litiges entre locataires et locataires, sans considérer le plafond pécuniaire de 10 000 \$ à l’étape de la qualification.

[211] This is a crucial question, as the manner in which the jurisdiction in issue is characterized can be determinative in the application of the historical test. As Wilson J. recognized in *Sobeys Stores*, “those challenging legislation will probably favour the narrower view as more likely to bring success through the historical test”, whereas “[t]hose supporting the legislation will no doubt advocate a more expansive view on the assumption that the broader the characterization the more likely it will be that at least some aspects of the jurisdiction will have been within the purview of inferior courts at Confederation” (p. 253).

[212] Two characterizations have been proposed in this case. The respondents and the intervener the Trial Lawyers Association of British Columbia characterize the jurisdiction in issue as general civil jurisdiction that is exclusive throughout Quebec over claims for less than \$85,000 (in 2016 dollars). The appellants and the intervener the Attorney General of Canada characterize it as jurisdiction over civil disputes based on contractual and extracontractual obligations.

[213] In my view, the characterization proposed by the respondents — and implicitly adopted by the Court of Appeal in its analysis of core jurisdiction — presents four problems. First, it gives too much weight to the monetary ceiling established by art. 35 *C.C.P.* and therefore departs from this Court’s consistent line of cases establishing that the characterization should not be focused on the remedy sought. The value of a claim is not in itself a “type of dispute”, as the same questions of fact and law may arise regardless of the amount in issue.

[214] Second, the characterization proposed by the respondents has the effect of bypassing the application of the historical test, under which, as I explain below, monetary limits are only one factor in the overall assessment among several others, including the geographic reach of the jurisdiction and the range of disputes the court could decide (*Reference re Residential Tenancies Act (N.S.)*, at para. 77). At

[211] Il s’agit d’une question cruciale, puisque la manière dont la compétence en cause est qualifiée peut s’avérer déterminante dans l’examen du critère historique. Comme l’a reconnu la juge Wilson dans *Sobeys Stores*, « ceux qui contestent une loi favoriseront probablement la conception la plus étroite, plus susceptible de leur donner gain de cause par le biais du critère historique », alors que « [l]es défenseurs de la loi favoriseront sans aucun doute une vue plus globale, présumant que plus la qualification est large, plus il est probable qu’au moins certains aspects de la compétence puissent être retrouvés parmi les attributions des tribunaux inférieurs à l’époque de la Confédération » (p. 253).

[212] En l’espèce, deux qualifications ont été proposées. Les intimés et l’intervenante Trial Lawyers Association of British Columbia qualifient la compétence en cause de compétence générale en matière civile, exclusive sur l’ensemble du territoire québécois, sur les réclamations inférieures à 85 000 \$ (valeur pécuniaire en 2016). Les appelants et l’intervenant le procureur général du Canada la qualifient de compétence sur les litiges de nature civile fondés sur des obligations contractuelles et extracontractuelles.

[213] Je suis d’avis que la qualification que proposent les intimés — et qu’a implicitement adoptée la Cour d’appel dans son analyse de la compétence fondamentale — soulève quatre problèmes. Premièrement, elle accorde une trop grande importance au plafond pécuniaire établi par l’art. 35 *C.p.c.* et, de ce fait, s’écarte de la jurisprudence constante de notre Cour selon laquelle la qualification ne doit pas être axée sur le redressement recherché. En effet, la valeur d’une réclamation ne constitue pas en soi un « type de litige », les mêmes questions de fait et de droit étant susceptibles de se poser indépendamment de la somme en jeu.

[214] Deuxièmement, la qualification proposée par les intimés a pour effet de court-circuiter l’examen du critère historique, dans lequel, comme je l’expliquerai ci-après, les limites pécuniaires ne constituent qu’un facteur parmi d’autres dans l’évaluation globale, notamment les limites géographiques de la compétence et l’éventail des différends que le tribunal peut trancher (*Renvoi relatif à la Residential*

the preliminary stage of characterization, no one factor, be it monetary or geographic, can be made so decisive.

[215] In the same vein, the allegedly exclusive nature of the jurisdiction cannot be included in its characterization. If a grant of jurisdiction satisfies both stages of the s. 96 analytical framework, then it can be exclusive (*MacMillan Bloedel*, at para. 18). The exclusivity of the grant therefore *results* from the fact that both stages are met. It cannot be allowed to influence the analysis by being included in the characterization prematurely.

[216] Finally, a monetary characterization could freeze the jurisdiction of the provincial courts at what it was at the time of Confederation as a result of a technical analysis of remedies, contrary to this Court's consistent case law on this point. That approach is therefore liable to deprive the provinces of the flexibility they require to structure their courts' jurisdiction in a manner that takes account of evolving social realities and the changing needs of litigants.

#### B. *Application of the Historical Test*

[217] The historical analysis is concerned with the jurisdiction vested exclusively in the superior courts at the time of Confederation. If the inferior courts had either a meaningful concurrency of power or a "shared involvement" in the field in question, then s. 96 does not come into play. An "overly technical" analysis must be avoided (*Reference re Residential Tenancies Act (N.S.)*, at para. 77), because what is required is analogous jurisdiction and it is not necessary "that jurisdiction . . . have been entirely or even generally concurrent, for the nature of the inferior-superior court distinction will invariably mean that the former's jurisdiction was limited in some way" (*Sobeys Stores*, at p. 260).

*Tenancies Act (N.-É.)*, par. 77). À l'étape préliminaire de la qualification, on ne peut accorder un caractère aussi décisif à l'un des facteurs, qu'il soit pécuniaire ou géographique.

[215] Dans le même ordre d'idées, le prétendu caractère exclusif de la compétence ne peut être inclus dans la qualification de celle-ci. Si l'attribution d'une compétence satisfait aux deux étapes du cadre d'analyse de l'art. 96, elle pourra alors être exclusive (*MacMillan Bloedel*, par. 18). Partant, l'exclusivité de l'attribution *résulte* du fait que celle-ci satisfait aux deux étapes, et on ne peut permettre qu'elle influe sur l'analyse en l'incluant prématurément dans la qualification.

[216] Finalement, une qualification pécuniaire risque de figer la compétence des cours provinciales à celles qu'elles possédaient au moment de la Confédération par application d'une analyse formaliste des recours, et ce, à l'encontre d'une jurisprudence constante de la Cour à ce sujet. Cette approche est, en conséquence, susceptible de priver les provinces de la souplesse dont elles ont besoin pour organiser la compétence de leurs tribunaux d'une manière qui permette de tenir compte de l'évolution des réalités sociales et des besoins de leurs justiciables.

#### B. *Application du critère historique*

[217] L'analyse historique s'attache aux compétences conférées exclusivement aux cours supérieures à l'époque de la Confédération. Si les tribunaux inférieurs exerçaient soit une compétence concurrente appréciable sur le domaine en question, soit un « engagement partagé » dans celui-ci, l'art. 96 n'entre alors pas en jeu. Il faut éviter une analyse « exagérément formaliste » (*Renvoi relatif à la Residential Tenancies Act (N.-É.)*, par. 77), car ce qui est requis c'est l'existence d'une compétence analogue et non « que leur compétence [ait] été parfaitement ni même en général concurrente, car la nature même de la distinction entre tribunal inférieur et cour supérieure signifiera invariablement que la compétence du premier était limitée d'une certaine manière » (*Sobeys Stores*, p. 260).

[218] In *Sobeys Stores*, the Court set out three questions for assessing the extent of the courts' shared involvement in exercising the jurisdiction in question:

(a) was the inferior court jurisdiction geographically restricted? Was it confined to certain municipal or district courts or was it being exercised province-wide?

(b) was the inferior court jurisdiction limited to a few specific situations? . . .

(c) was the inferior court jurisdiction restricted by pecuniary limits so as to reduce its scope even after allowing for inflation? [p. 261]

In addition to these questions, two other factors were recognized by the Court in *Reference re Residential Tenancies Act (N.S.)*: the percentage of the population that would have used the inferior courts, and the frequency with which disputes amenable to their process arose (para. 77).

[219] It is clear that, depending on the context, certain factors will have more weight than others. For example, “[a] significant geographical limitation would tell against the legislative scheme much more than a purely pecuniary limit” (*Sobeys Stores*, at p. 260). It is also clear that the purpose of these factors is essentially to ascertain whether a substantial percentage of the population had access to an inferior court in the field in question. This was the question that Wilson J. was considering in *Sobeys Stores* when she explained the relevance of the monetary and geographical factors in terms of “recourse to the inferior courts for the majority of colonial residents” (p. 260). As I mentioned above, the Court in *Reference re Residential Tenancies Act (N.S.)* also recognized two new analytical factors to provide a clearer picture of public access to the inferior courts, noting that the “practical involvement” of those courts in exercising the jurisdiction at issue is what matters (para. 77 (emphasis in original)).

[218] Dans l'arrêt *Sobeys Stores*, la Cour a énoncé trois questions pour apprécier l'étendue de l'engagement partagé des tribunaux dans l'exercice de la compétence en question :

a) la compétence du tribunal inférieur était-elle géographiquement limitée? Était-elle confinée à certaines cours municipales ou de district ou était-elle exercée dans toute la province?

b) la compétence du tribunal inférieur était-elle limitée à un petit nombre d'espèces? . . .

c) la compétence du tribunal inférieur était-elle restreinte par des plafonds pécuniaires qui en réduisaient l'ampleur même compte tenu de l'inflation? [p. 261]

À ces questions s'ajoutent deux autres facteurs reconnus par la Cour dans l'arrêt *Renvoi relatif à la Residential Tenancies Act (N.-É.)* : le pourcentage de la population qui avait recours aux tribunaux inférieurs et la fréquence des différends relevant de la compétence de ces tribunaux (par. 77).

[219] Il est évident que, selon le contexte, certains facteurs seront plus importants que d'autres. À titre d'exemple, « [u]ne limitation territoriale importante serait beaucoup plus défavorable au régime législatif qu'un plafond purement pécuniaire » (*Sobeys Stores*, p. 260). Il est également évident que ces facteurs visent essentiellement à déterminer si un pourcentage considérable de la population avait accès à un tribunal inférieur dans le domaine en question. C'est relativement à cette question que la juge Wilson, dans *Sobeys Stores*, a expliqué la pertinence des facteurs pécuniaires et géographiques en termes de « recours aux tribunaux inférieurs pour la majorité des résidents de la colonie » (p. 260). De même, comme je l'ai mentionné précédemment, la Cour a reconnu dans *Renvoi relatif à la Residential Tenancies Act (N.-É.)* deux nouveaux facteurs analytiques afin de dégager une image plus précise de l'accès du public aux tribunaux inférieurs, indiquant ainsi que c'est l'« engagement pratique » de ces tribunaux dans l'exercice de la compétence en question qui importe (par. 77 (souligné dans l'original)).

[220] In the application of the historical test, all courts that existed in pre-Confederation Canada must be considered, and not only those of the province (then a colony) in question. As Wilson J. also recognized in *Sobeys Stores*, “consistency at the level of the historical analysis would seem to be desirable and . . . it is best achieved by measuring each s. 96 challenge against the same historical yardstick. The test at this stage should be national, not provincial” (p. 266). In other words, if the objective is to ensure the integrity of a unified judicial system, the analysis of court involvement must not be confined “within artificially circumscribed boundaries” (*Reference re Residential Tenancies Act (N.S.)*, at para. 78). Because they give priority to and focus exclusively on the historical situation in Quebec, the respondents’ arguments and the Court of Appeal’s analysis depart from this Court’s case law on this point. That methodology is contrary both to the federalism principle (*R. v. Comeau*, 2018 SCC 15, [2018] 1 S.C.R. 342, at para. 78) and to the objective underlying s. 96 of ensuring a unified judicial system.

[221] When the jurisdiction in issue is properly characterized, the analysis of the historical test leads to the conclusion that the jurisdiction was not vested exclusively in the s. 96 courts. I agree with my colleagues that, on the whole, the inferior courts at the time of Confederation had a general shared involvement or a meaningful concurrency of power in contractual and extracontractual matters. This is confirmed by a historical overview.

[222] In Upper Canada (the province of Ontario), division courts had jurisdiction over any personal action up to \$40 and any contractual claim up to \$100 (D. Fyson, *Civil Justice in Mid-Nineteenth-Century British North America: Court Structure, Judges and Recourse to the Courts in Lower Canada, Upper Canada, New Brunswick and Nova Scotia*, April 10, 2018, reproduced in A.R. (AGQ), vol. III, at p. 126 (“Fyson Report”)). This represented about 83 percent of civil cases (p. 183).

[220] Aux fins d’application du critère historique, il faut tenir compte de tous les tribunaux qui existaient jadis dans le Canada préconfédératif, et non seulement ceux de la province (alors une colonie) concernée. Comme l’a également reconnu la juge Wilson dans *Sobeys Stores*, « la cohérence au niveau de l’analyse historique semble désirable et [. . .] le meilleur moyen d’y arriver est de mesurer chaque contestation fondée sur l’art. 96 au même étalon historique. Le critère à ce stade devrait être national, non pas provincial » (p. 266). Autrement dit, si l’objectif consiste à garantir l’intégrité d’un système judiciaire unifié, l’analyse de l’engagement des tribunaux ne doit pas être concentrée « à l’intérieur de limites artificiellement circonscrites » (*Renvoi relatif à la Residential Tenancies Act (N.-É.)*, par. 78). Du fait qu’elles s’attachent prioritairement et exclusivement à la situation historique au Québec, les prétentions des intimés de même que l’analyse de la Cour d’appel s’écarterent de la jurisprudence de la Cour à ce sujet. Cette méthodologie va à l’encontre tant du principe du fédéralisme (*R. c. Comeau*, 2018 CSC 15, [2018] 1 R.C.S. 342, par. 78) que de l’objectif sous-jacent de l’art. 96, soit la garantie d’un système judiciaire unifié.

[221] Lorsque la compétence en cause est qualifiée correctement, l’analyse du critère historique mène à la conclusion que cette compétence n’appartenait pas exclusivement aux cours visées par l’art. 96. À l’instar de mes collègues, je suis d’avis que, dans l’ensemble, les tribunaux inférieurs à l’époque de la Confédération avaient un engagement général partagé ou une compétence concurrente appréciable en matière contractuelle et extracontractuelle. Un survol historique le confirme.

[222] Dans le Haut-Canada (la province de l’Ontario), les cours de divisions avaient compétence sur toute action personnelle jusqu’à 40 \$ et sur toute réclamation en matière contractuelle jusqu’à concurrence de 100 \$ (D. Fyson, *Civil Justice in Mid-Nineteenth-Century British North America : Court Structure, Judges and Recourse to the Courts in Lower Canada, Upper Canada, New Brunswick and Nova Scotia*, 10 avril 2018, reproduit dans d.a. (PGQ), vol. III, p. 126 (« Rapport Fyson »)), ce qui représentait environ 83 p. 100 des dossiers civils (p. 183).

[223] In New Brunswick, the City Court of Saint John could hear civil disputes up to \$80 (p. 137) and, until 1867, the Court of Common Pleas exercised jurisdiction concurrently with the New Brunswick Supreme Court in civil matters, without any monetary limits except in cases involving title to land (pp. 131-33).

[224] In Nova Scotia, justices of the peace, who were spread throughout the province, had jurisdiction over small claims up to \$20 (or \$80 when two justices sat) (p. 141), while the Halifax City Court had jurisdiction over actions in contract not exceeding \$80 and other civil actions up to \$40 (p. 144). Those actions represented the majority of civil cases in that province (p. 198).

[225] In Lower Canada, commissioners' courts had jurisdiction in contractual matters up to \$25 in 228 localities (pp. 110-13), or most of the territory, and heard approximately 26 percent of cases in 1866 (p. 170). The Montréal Recorder's Court had jurisdiction over disputes between landlords and tenants up to \$100 (p. 118), which, as this Court has stated, would correspond to "quite a substantial" monetary jurisdiction today (*Sobeys Stores*, at p. 270). The Québec Recorder's Court heard disputes between masters and servants without any monetary limit (Fyson Report, at p. 118). The so-called "inferior" courts therefore heard about 40 percent of civil actions in 1866 (p. 170).

[226] All told, the vast majority — at least 80 percent — of civil disputes in pre-Confederation Canada, with the exception of Lower Canada, came before the inferior courts. Although that jurisdiction was subject to monetary limits in several matters, it nevertheless indicates that there was significant coextensive involvement by the inferior courts in contractual and extracontractual matters. Those courts were truly a powerful force in the civil justice system, they had significant private law jurisdiction at the time within their respective territory, and they heard the

[223] Au Nouveau-Brunswick, la Cour municipale de Saint John pouvait entendre les différends civils jusqu'à concurrence de 80 \$ (p. 137) et, jusqu'en 1867, la Cour des plaids communs exerçait une compétence concurrente à la Cour suprême du Nouveau-Brunswick en matière civile sans limites pécuniaires, sauf à l'égard des titres fonciers (p. 131-133).

[224] En Nouvelle-Écosse, les juges de paix, qui étaient présents dans l'ensemble de la province, avaient compétence en matière de petites créances jusqu'à concurrence de 20 \$ (et de 80 \$ lorsque deux juges siégeaient) (p. 141), alors que la Cour municipale de Halifax avait compétence sur les actions contractuelles d'au plus 80 \$ et sur les autres recours civils jusqu'à concurrence de 40 \$ (p. 144). Ces recours représentaient la majorité des dossiers civils dans cette province (p. 198).

[225] Dans le Bas-Canada, les cours des commissaires avaient compétence jusqu'à concurrence de 25 \$ en matière contractuelle dans 228 localités (p. 110-113), soit sur la majorité du territoire, et ils entendaient approximativement 26 p. 100 des affaires en 1866 (p. 170). De son côté, la Cour du recorder de Montréal avait compétence sur les différends entre locateurs et locataires jusqu'à concurrence de 100 \$ (p. 118), somme qui correspondrait à une compétence pécuniaire « fort substantielle » de nos jours comme l'a affirmé notre Cour (*Sobeys Stores*, p. 270). Pour sa part, la Cour du recorder de Québec entendait les différends entre maîtres et serviteurs sans aucune limite pécuniaire (Rapport Fyson, p. 118). En conséquence, en 1866, les tribunaux dits « inférieurs » entendaient environ 40 p. 100 des recours de nature civile (p. 170).

[226] Tout compte fait, à l'exception du Bas-Canada, les tribunaux inférieurs étaient saisis de la grande majorité, soit au moins 80 p. 100, des litiges civils dans le Canada préconfédératif. Bien qu'en plusieurs matières cette compétence ait été limitée sur le plan pécuniaire, elle révèle néanmoins un engagement parallèle important des tribunaux inférieurs en matière contractuelle et extracontractuelle. Ces tribunaux représentaient véritablement un puissant moteur du système de justice civile, jouissaient alors d'une importante compétence en droit privé

great majority of cases. If the Court of Appeal had properly characterized the jurisdiction in question as being over “civil disputes based on contractual and extracontractual obligations”, it could not have reached any other conclusion.

[227] It clearly follows that s. 96 cannot have the effect of freezing Quebec’s civil justice system at a time prior to Confederation. Section 96 unquestionably allows increases in the Court of Québec’s civil jurisdiction in light of the general historical conditions in most of the founding provinces before 1867. Quebec could therefore take this path despite the fact that the other provinces made different choices after Confederation.

[228] Accordingly, it must be concluded that art. 35 *C.C.P.* satisfies the historical step of the analysis set out in *Re Residential Tenancies Act, 1979*. What remains to be determined is whether this article has the effect of removing from the Superior Court part of its core jurisdiction.

#### V. Analytical Framework for the Core Jurisdiction of the Superior Courts

[229] I agree with the Court of Appeal’s view that, in light of *Trial Lawyers*, s. 96 of the *Constitution Act, 1867* gives the superior courts a core jurisdiction that allows them “to resolve disputes between individuals and decide questions of private and public law” (para. 48 (emphasis deleted), citing *Trial Lawyers*, at para. 32).

[230] That being said, I nonetheless find that the monetary ceiling provided for in art. 35 *C.C.P.* does not have the effect of removing the power to resolve disputes between individuals and decide questions of private and public law from the Quebec Superior Court.

##### A. *Description of the Analytical Framework*

[231] The framework that has been established to protect the superior courts’ core jurisdiction does

au sein de leur territoire respectif et entendaient la grande majorité des affaires. Si la Cour d’appel avait qualifié correctement la compétence en question de « litiges de nature civile fondés sur des obligations contractuelles et extracontractuelles », elle n’aurait pu arriver à une autre conclusion.

[227] Dès lors, on constate que l’art. 96 ne peut avoir pour effet de figer le système de justice civile du Québec à un moment antérieur à la Confédération. L’article 96 autorise incontestablement l’accroissement de la compétence civile de la Cour du Québec, compte tenu des conditions historiques générales qui régnaient au sein de la majorité des provinces fondatrices avant 1867. Le Québec pouvait en conséquence emprunter cette voie, en dépit du fait que les autres provinces ont effectué des choix différents après la création de la Confédération.

[228] Il faut donc conclure que l’art. 35 *C.p.c.* respecte le volet historique de l’analyse énoncée dans le *Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle*. Il reste maintenant à décider si l’art. 35 *C.p.c.* a pour effet de retirer à la Cour supérieure une partie de sa compétence fondamentale.

#### V. Le cadre d’analyse de la compétence fondamentale des cours supérieures

[229] Je souscris à l’opinion de la Cour d’appel selon laquelle, à la lumière de l’arrêt *Trial Lawyers*, l’art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère aux cours supérieures une compétence fondamentale leur permettant « de résoudre des différends opposant des particuliers et de trancher des questions de droit privé et de droit public » (par. 48 (soulignement omis), citant *Trial Lawyers*, par. 32).

[230] Cela dit, j’estime néanmoins que le plafond pécuniaire prévu à l’art. 35 *C.p.c.* n’a pas pour effet de retirer à la Cour supérieure du Québec son pouvoir de résoudre des différends opposant des particuliers et de trancher des questions de droit privé et de droit public.

##### A. *Présentation du cadre d’analyse*

[231] Le cadre établi pour protéger la compétence fondamentale des cours supérieures ne

not allow this jurisdiction to be removed from them (*MacMillan Bloedel*, at para. 30). The framework involves two questions: (1) Is the power in question within the core jurisdiction of the superior courts? (2) Does the law have the effect of removing the power from their core jurisdiction?

[232] The analysis required to answer the first question referred to the Court of Appeal entails identifying a power that is within the core jurisdiction of the superior courts. In *MacMillan Bloedel*, Lamer C.J. described this jurisdiction in the following manner: “The core jurisdiction . . . comprises those powers which are essential to the administration of justice and the maintenance of the rule of law” (para. 38). Removing such powers from a superior court would make it “something other than a superior court” and deprive it of its “essential character” (para. 30).

[233] This Court has repeatedly emphasized that the superior courts’ core jurisdiction is “a very narrow one which includes only critically important jurisdictions” (*Reference re Residential Tenancies Act (N.S.)*, at para. 56; see also *Babcock v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 57, [2002] 3 S.C.R. 3, at para. 59; *R. v. Ahmad*, 2011 SCC 6, [2011] 1 S.C.R. 110, at paras. 59 and 61). If they were deprived of these critically important powers, the superior courts could not continue to play their central and unifying role in our constitutional and judicial system and to uphold the rule of law (*Re Residential Tenancies Act, 1979*, at p. 728; *MacMillan Bloedel*, at paras. 15 and 35-37; *Trial Lawyers*, at para. 32; see also *Reference re Residential Tenancies Act (N.S.)*, at para. 72; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, at para. 88; *Ontario v. Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3, at para. 17; *Windsor (City) v. Canadian Transit Co.*, 2016 SCC 54, [2016] 2 S.C.R. 617, at para. 32). As noted by Professor Daly, identifying the powers that are within the superior courts’ core jurisdiction is always a very delicate exercise, as it must not lead to the jurisdiction being expanded so far as to imperil Canadian

permet pas que cette compétence leur soit retirée (*MacMillan Bloedel*, par. 30). Ce cadre comporte deux questions : (1) Le pouvoir examiné fait-il partie de la compétence fondamentale des cours supérieures? (2) La loi a-t-elle pour effet de retirer ce pouvoir de la compétence fondamentale des cours supérieures?

[232] L’analyse requise pour répondre à la première question du renvoi soumis à la Cour d’appel consiste à identifier un pouvoir faisant partie de la compétence fondamentale des cours supérieures. Dans *MacMillan Bloedel*, cette compétence a été décrite ainsi par le juge en chef Lamer : « La compétence fondamentale [. . .] comprend les pouvoirs qui sont essentiels à l’administration de la justice et au maintien de la primauté du droit » (par. 38). Le fait de retirer ces pouvoirs à une cour supérieure ferait de ce tribunal « quelque chose d’autre qu’une cour supérieure », elle en perdrait son « caractère essentiel » (par. 30).

[233] Notre Cour a maintes fois souligné que la compétence fondamentale des cours supérieures est « très limitée et ne comprend que les pouvoirs qui ont une importance cruciale » (*Renvoi relatif à la Residential Tenancies Act (N.-É.)*, par. 56; voir aussi *Babcock c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 57, [2002] 3 R.C.S. 3, par. 59; *R. c. Ahmad*, 2011 CSC 6, [2011] 1 R.C.S. 110, par. 59 et 61). Si elles étaient privées de tels pouvoirs, les cours supérieures ne sauraient alors continuer à jouer leur rôle central et unificateur au sein de notre système constitutionnel et judiciaire et à assurer la primauté du droit (*Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, p. 728; *MacMillan Bloedel*, par. 15 et 35-37; *Trial Lawyers*, par. 32; voir aussi *Renvoi relatif à la Residential Tenancies Act (N.-É.)*, par. 72; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, par. 88; *Ontario c. Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3, par. 17; *Windsor (City) c. Canadian Transit Co.*, 2016 CSC 54, [2016] 2 R.C.S. 617, par. 32). Comme le fait observer le professeur Daly, l’identification des pouvoirs qui font partie de la compétence fondamentale des cours supérieures est toujours une opération fort délicate, puisqu’elle



courts' well-established respect for institutional pluralism (P. Daly, "Section 96: Striking a Balance between Legal Centralism and Legal Pluralism", in R. Albert, P. Daly and V. MacDonnell, eds., *The Canadian Constitution in Transition* (2019), 84, at p. 101).

[234] Some of these powers are procedural and arise from the exercise by the superior courts of their inherent jurisdiction. The power to punish for all forms of contempt is one example (*MacMillan Bloedel*, at paras. 38-41); the power to remedy abuses of process is another (*Babcock*, at para. 60; *Ahmad*, at para. 61).

[235] Other powers are part of the superior courts' subject-matter jurisdiction. They include the power to judicially review the decisions of administrative tribunals that was recognized in *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220, and the power to pronounce upon the validity of federal laws that was affirmed in *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307.

[236] This Court has struck down various laws whose effect was to remove from the superior courts a power arising from their core jurisdiction. I am referring here to the removal of the power to review the decisions of administrative tribunals (*Attorney General of Quebec v. Farrah*, [1978] 2 S.C.R. 638; *Crevier*) or the removal of the power to try young persons for contempt of court *ex facie* (*MacMillan Bloedel*).

[237] In *Trial Lawyers*, the Court used the expressions "infringe" and "impinge" to describe the pernicious effect of a law on the superior courts' core jurisdiction (paras. 31-32, 36 and 45). The use of these expressions does not change the nature of the test formulated in *MacMillan Bloedel*: the question remains whether the law in question has the effect of removing a power that is within the core jurisdiction.

ne doit pas conduire à un élargissement tel de cette compétence qu'elle mettrait en péril le respect bien établi des tribunaux canadiens pour le pluralisme institutionnel (P. Daly, « Section 96 : Striking a Balance between Legal Centralism and Legal Pluralism », dans R. Albert, P. Daly et V. MacDonnell, dir., *The Canadian Constitution in Transition* (2019), 84, p. 101).

[234] Certains de ces pouvoirs sont procéduraux et découlent de l'exercice par les cours supérieures de leur compétence inhérente. Le pouvoir de punir toutes les formes d'outrage en est un exemple (*MacMillan Bloedel*, par. 38-41); le pouvoir de remédier aux abus de procédure en est un autre (*Babcock*, par. 60; *Ahmad*, par. 61).

[235] D'autres pouvoirs relèvent de la compétence matérielle des cours supérieures. Il s'agit notamment du pouvoir de contrôler judiciairement les décisions des tribunaux administratifs qui a été reconnu dans l'affaire *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220, ainsi que du pouvoir de se prononcer sur la validité des lois fédérales qui a été confirmé dans l'affaire *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307.

[236] Notre Cour a invalidé diverses lois qui avaient pour effet de retirer aux cours supérieures un pouvoir découlant de leur compétence fondamentale. Je vise ici le retrait du pouvoir de contrôler les décisions des tribunaux administratifs (*Procureur général du Québec c. Farrah*, [1978] 2 R.C.S. 638; *Crevier*), ou encore le retrait du pouvoir de juger des adolescents en cas d'outrages au tribunal commis en dehors des audiences (*MacMillan Bloedel*).

[237] Dans l'affaire *Trial Lawyers*, la Cour a employé l'expression « porte atteinte » pour décrire l'effet pernicious d'une loi sur la compétence fondamentale des cours supérieures (par. 31-32, 36 et 45). L'emploi de cette expression ne change pas la nature du critère formulé dans *MacMillan Bloedel* : il s'agit toujours de décider si la loi examinée a pour effet de retirer un pouvoir faisant partie de la compétence fondamentale.

### B. *Power to Resolve Private Law Disputes*

[238] In *Trial Lawyers*, McLachlin C.J. defined the superior courts' core jurisdiction in civil matters as follows:

The historic task of the superior courts is to resolve disputes between individuals and decide questions of private and public law. . . . The resolution of these disputes and resulting determination of issues of private and public law, viewed in the institutional context of the Canadian justice system, are central to what the superior courts do. . . . To prevent this business being done strikes at the core of the jurisdiction of the superior courts protected by s. 96 of the *Constitution Act, 1867*. [para. 32]

In its analysis, the Court of Appeal relied on this passage to identify the superior courts' core jurisdiction (paras. 115 and 140). Based on the definition quoted above, the superior courts may, at first glance, seem to have a very broad jurisdiction. I reiterate, however, that this core jurisdiction "is a very narrow one which includes only critically important jurisdictions" (*Reference re Residential Tenancies Act (N.S.)*, at para. 56).

[239] The superior courts' jurisdiction in matters of private law is limited to what is necessary for them to play their central role in maintaining the rule of law and the unity of our constitutional and judicial system. Insofar as this jurisdiction stays within these limits and contributes to protecting this crucial role played by the superior courts, it should be concluded that the definition and above all the scope given to the jurisdiction are in keeping with the principles established by the Court in this regard.

[240] In order for this role to be preserved, the superior courts must, of course, have substantial jurisdiction in matters of private law, but their jurisdiction need not be exclusive. Certain powers in this area can therefore be removed from them (*Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron*

### B. *Le pouvoir de résoudre des différends de droit privé*

[238] Dans l'arrêt *Trial Lawyers*, la juge en chef McLachlin a défini ainsi la compétence fondamentale des cours supérieures en matière civile :

Les cours supérieures ont toujours eu pour tâche de résoudre des différends opposant des particuliers et de trancher des questions de droit privé et de droit public. [ . . . ] Considérées dans le contexte institutionnel du système de justice canadien, la résolution de ces différends et les décisions qui en résultent en matière de droit privé et de droit public sont des aspects centraux des activités des cours supérieures. [ . . . ] Empêcher l'exercice de ces activités attaque le cœur même de la compétence des cours supérieures que protège l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. [par. 32]

Dans son analyse, la Cour d'appel s'est appuyée sur ce passage pour identifier la compétence fondamentale des cours supérieures (par. 115 et 140). Suivant la définition citée plus haut, les cours supérieures peuvent sembler à première vue posséder une compétence très étendue. Je rappelle cependant que cette compétence fondamentale « est très limitée et ne comprend que les pouvoirs qui ont une importance cruciale » (*Renvoi relatif à la Residential Tenancies Act (N.-É.)*, par. 56).

[239] La compétence des cours supérieures en matière de droit privé se limite à ce qui est nécessaire pour assurer le rôle central que jouent ces tribunaux dans le maintien de la primauté du droit et de l'unité de notre système constitutionnel et judiciaire. Dans la mesure où cette compétence respecte ces limites et contribue à la protection de ce rôle crucial des cours supérieures, il y a lieu de conclure que la définition qu'on en donne, mais surtout la portée qu'on lui confère sont conformes aux enseignements de la Cour à cet égard.

[240] Pour préserver ce rôle, il est certes nécessaire que les cours supérieures détiennent une compétence substantielle en matière de droit privé, sans toutefois que cette compétence soit exclusive. En conséquence, certains pouvoirs en cette matière peuvent leur être retirés (*Labour Relations Board of Saskatchewan c.*

*Works, Ltd.*, [1949] A.C. 134 (P.C.); *Reference re Residential Tenancies Act (N.S.)*).

[241] In my view, the power to resolve disputes between individuals and decide questions of private law is meaningful only if the superior courts, as courts of original general jurisdiction, have substantial jurisdiction that allows them to state and develop the civil law in Quebec and the common law in the other provinces. Otherwise, the role they have played in unifying Canada's judicial system and maintaining the rule of law from Confederation until today would be jeopardized.

### C. *Factors to Be Considered*

[242] To decide whether art. 35 *C.C.P.* removes from the Quebec Superior Court its substantial jurisdiction in civil matters, the Court of Appeal focused its analysis on two monetary factors: the updated value of the \$100 ceiling that applied in 1867, and the monetary threshold for appeals as of right.

[243] With regard to the first factor, the Court of Appeal updated the 1867 ceiling of \$100 on the inferior courts' monetary jurisdiction over certain civil matters in order to determine the maximum limit of the Court of Québec's monetary jurisdiction in civil matters. Primarily on the basis of this factor, the Court of Appeal found that art. 35 *C.C.P.* has the effect of infringing on [TRANSLATION] "the core jurisdiction of the Quebec Superior Court to adjudicate certain substantial civil disputes" (para. 188).

[244] With respect, I do not think that an amount like this can be of such decisive importance in assessing the impact of this article on the exercise of the Quebec Superior Court's core jurisdiction in the civil law. In my opinion, the Court of Appeal's approach was not sufficiently holistic given that, as indicated above, the Superior Court's power to resolve disputes between individuals and decide questions of private law must be significant enough to enable it to state and develop the law in this area. The question is therefore not whether the Superior

*John East Iron Works, Ltd.*, [1949] A.C. 134 (C.P.); *Renvoi relatif à la Residential Tenancies Act (N.-É.)*).

[241] Le pouvoir de résoudre des différends opposant des particuliers et de trancher des questions de droit privé n'a de sens à mon avis que si les cours supérieures, en tant que tribunaux de droit commun, détiennent une compétence substantielle leur permettant de dire et de faire évoluer le droit civil au Québec et la common law dans les autres provinces. Autrement, le rôle qu'elles jouent dans l'unification du système judiciaire canadien et dans le maintien de la primauté du droit depuis la Confédération jusqu'à aujourd'hui serait compromis.

### C. *Les facteurs à considérer*

[242] Pour décider si l'art. 35 *C.p.c.* retire à la Cour supérieure du Québec sa compétence substantielle en matière civile, la Cour d'appel a consacré l'essentiel de son analyse à deux facteurs d'ordre pécuniaire : la valeur actualisée du plafond de 100 \$ applicable en 1867 et le seuil monétaire des appels de plein droit.

[243] En ce qui concerne le premier facteur, la Cour d'appel a actualisé la somme de 100 \$ afin de déterminer la limite maximale de la compétence pécuniaire de la Cour du Québec en matière civile, une somme qui, en 1867, correspondait à la compétence pécuniaire maximale que les cours inférieures pouvaient exercer à l'égard de certaines matières civiles. Principalement sur la base de ce facteur, elle a conclu que l'art. 35 *C.p.c.* avait pour effet d'entraver « la compétence fondamentale de la Cour supérieure du Québec de trancher certains différends substantiels en matière civile » (par. 188).

[244] Avec égards, une telle somme ne peut à mon sens être aussi déterminante lorsque vient le temps d'évaluer l'effet de cet article sur l'exercice de la compétence fondamentale de la Cour supérieure du Québec en droit civil. À mon avis, cette approche de la Cour d'appel n'est pas suffisamment holistique, car, comme je l'ai mentionné plus tôt, le pouvoir de la Cour supérieure de résoudre des différends opposant des particuliers et de trancher des questions de droit privé doit être suffisamment important pour qu'elle puisse dire le droit en la matière et le

Court can still adjudicate substantial civil disputes, but rather whether its jurisdiction in this regard is substantial enough that it is capable of ensuring this development.

[245] I believe that three quantitative and qualitative factors are relevant in determining whether art. 35 *C.C.P.* (or any other statutory provision) removes from the Superior Court part of its core jurisdiction in matters of private law: (a) the impact on the number of cases that the Superior Court continues to deal with; (b) the impact on the proportion of cases within the Superior Court's jurisdiction compared with those within the jurisdiction of a provincially constituted court; (c) the impact on the nature and importance of the cases within the Superior Court's jurisdiction.

[246] As long as the superior courts continue to hear a volume of cases that is sufficient in number and proportion and varied enough in nature and importance that they are able to state and develop the civil law in Quebec and the common law in the other provinces, they will, as a result, continue to play their unifying role in Canada's constitutional and judicial system. Under such conditions, the legislatures can, without infringing on the superior courts' core jurisdiction in matters of private law, confer subject-matter jurisdiction on provincially constituted courts to empower them to hear a certain number of civil claims.

[247] In this regard, Professor Daly writes that "[t]he question . . . is how to preserve the s. 96 courts as central pillars of the Canadian legal order, their 'prime importance in the constitutional pattern,' while also preserving space for institutional and interpretive pluralism by maintaining a favourable constitutional climate for legislative experimentation" (p. 98, citing *Law Society of British Columbia*, at p. 327). In my view, the three factors set out above ensure an appropriate balance in seeking, on the one hand, to have a plurality of provincial or territorial justice system models that can increase access to

faire évoluer. Il ne s'agit donc pas de décider si la Cour supérieure peut toujours trancher des différends substantiels en matière civile, mais plutôt de se demander si la compétence qu'elle détient à cet égard est à ce point substantielle qu'elle lui permet d'assurer cette évolution.

[245] Pour décider si l'art. 35 *C.p.c.* (ou toute autre disposition législative) retire à la Cour supérieure une partie de sa compétence fondamentale en matière de droit privé, trois facteurs de nature quantitative et qualitative me semblent pertinents : a) l'impact sur le nombre de dossiers que la Cour supérieure continue de traiter; b) l'impact sur la proportion des dossiers relevant de la Cour supérieure par rapport à ceux relevant d'un tribunal de création provinciale; c) l'impact sur la nature et l'importance des dossiers relevant de la compétence de la Cour supérieure.

[246] Tant et aussi longtemps que les cours supérieures continueront d'entendre un volume suffisant — en nombre et en proportion — d'affaires suffisamment variées en nature et en importance pour être en mesure de dire et de faire évoluer le droit civil au Québec et la common law dans les autres provinces, elles continueront par le fait même à jouer leur rôle unificateur au sein du système constitutionnel et judiciaire canadien. Dans de telles conditions, les législatures peuvent, sans porter atteinte à la compétence fondamentale des cours supérieures en matière de droit privé, accorder aux tribunaux de création provinciale une compétence matérielle leur permettant d'entendre un certain nombre de réclamations civiles.

[247] À ce propos, le professeur Daly écrit : [TRANSDUCTION] « La question [. . .] consiste à déterminer comment protéger le rôle des cours visées à l'art. 96 en tant que piliers centraux de l'ordre juridique canadien, leur "position de premier plan à l'intérieur du régime constitutionnel," tout en préservant également la marge de manœuvre rendant possible le pluralisme institutionnel et interprétatif par le maintien d'un climat constitutionnel favorable à l'expérimentation législative » (p. 98, citant *Law Society of British Columbia*, p. 327). Les trois facteurs susmentionnés assurent à mon avis un juste équilibre entre la

justice by means of various initiatives and, on the other, to have the superior courts play their unifying role in the Canadian legal order.

[248] A number of appellants and interveners pointed out the various initiatives introduced by provincial legislatures that have recognized the need to reform some aspects of the operations of their private law courts in order to enhance access to justice in their province. Protection of the superior courts' core jurisdiction in this field should certainly not have the effect of deterring the provinces and territories from making essential efforts to this end. As Brandeis J. stated in *New State Ice Co. v. Liebmann*, 285 U.S. 262 (1932), at p. 311, “[i]t is one of the happy incidents of the federal system that a single courageous State may, if its citizens choose, serve as a laboratory; and try novel social and economic experiments without risk to the rest of the country.” In this sense, for the reasons set out above, the approach I am suggesting here does not interfere with the ability of the provinces and territories to experiment with new forms of access to civil justice.

[249] Moreover, it goes without saying that the application of the three factors is highly factual in nature, which does not mean that it calls for a cyclical re-examination of the impact of a statutory provision on the specific exercise of this jurisdiction. In the words of Laskin C.J. in *R. v. Zelensky*, [1978] 2 S.C.R. 940, at p. 951, it is true that “[n]ew appreciations thrown up by new social conditions . . . make it appropriate for this Court to re-examine courses of decision on the scope of legislative power . . . always remembering, of course, that it is entrusted with a very delicate role in maintaining the integrity of the constitutional limits imposed by the *British North America Act*” (see also *Clark v. Canadian National Railway Co.*, [1988] 2 S.C.R. 680, at p. 703; *Big M Drug Mart*, at p. 335).

recherche, d’une part, d’une pluralité de modèles de système de justice provinciale ou territoriale susceptible d’accroître l’accès à la justice par diverses initiatives, et d’autre part, du rôle unificateur que jouent les cours supérieures au sein de l’ordre judiciaire canadien.

[248] Plusieurs appelants et intervenants ont fait état des différentes initiatives mises en place par des législateurs provinciaux qui ont constaté le besoin de réformer certains aspects du fonctionnement de leurs tribunaux de droit privé dans le but de favoriser davantage l’accès à la justice sur leur territoire. La protection de la compétence fondamentale des cours supérieures en cette matière ne devrait surtout pas avoir pour effet de décourager les provinces et territoires de déployer des efforts essentiels en ce sens. Comme l’a affirmé le juge Brandeis dans l’arrêt *New State Ice Co. c. Liebmann*, 285 U.S. 262 (1932), p. 311, [TRADUCTION] « [l]’une des heureuses conséquences du système fédéral est le fait qu’un seul État courageux peut, si ses citoyens en font le choix, servir de laboratoire et se livrer à des expériences sociales et économiques inédites sans risque pour le reste du pays. » En ce sens, pour les raisons mentionnées précédemment, l’approche que je suggère ici ne fait pas obstacle à la possibilité qui s’offre aux provinces et territoires d’expérimenter de nouvelles formes d’accès à la justice civile.

[249] Par ailleurs, il va de soi que l’application des trois facteurs s’avère éminemment factuelle, ce qui ne signifie pas qu’elle invite pour autant à un réexamen cyclique de l’effet d’une disposition législative sur l’exercice spécifique de cette compétence. Pour reprendre les termes employés par le juge en chef Laskin dans l’arrêt *R. c. Zelensky*, [1978] 2 R.C.S. 940, p. 951, il est vrai que « [l]’évolution due à de nouvelles situations sociales [. . .] autoris[e] cette Cour à réexaminer l’orientation des décisions relatives à l’étendue du pouvoir législatif [. . .], sans oublier, bien sûr, qu’on lui a confié le rôle très délicat de maintenir l’intégrité des limites constitutionnelles imposées par l’*Acte de l’Amérique du Nord britannique* » (voir aussi *Clark c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1988] 2 R.C.S. 680, p. 703; *Big M Drug Mart*, p. 335).

[250] The burden of proving on a balance of probabilities that a statutory provision impairs a superior court's ability to state and develop private law strikes me as a particularly onerous one. This is the case, it seems to me, because of the extensive evidence required for this purpose, which must be quantitative, qualitative and comprehensive.

D. *Article 35 C.C.P. Does Not Infringe on the Superior Court's Core Jurisdiction in Civil Matters*

[251] In this case, I conclude from the application of the three factors set out above that art. 35 C.C.P. does not have the effect of removing from the Superior Court part of its core jurisdiction.

[252] First, with regard to the impact of the grant of jurisdiction on the number of cases heard by the Superior Court, that court continues to deal with a large number of civil cases. Specifically, the data for 2017-18, after art. 35 C.C.P. came into force, show that about 45 percent of civil cases were opened at the Superior Court (63,807 cases in the Civil, Commercial and Family Chambers, compared with 77,021 cases in the Court of Québec's Civil Division, including the Small Claims Division, except appeals in administrative matters) (Ministère de la Justice, *Nombre de dossiers ouverts à la Cour supérieure et à la Cour du Québec (2012-13 à 2017-18)*, January 28, 2019, reproduced in A.R. (AGQ), vol. VII, at pp. 179-80). After the maximum limit of the Court of Québec's civil jurisdiction was increased in 2016, the number of cases heard by the Superior Court fell slightly (A.R. (AGQ), vol. IV, at p. 131). The fact remains that a large number of civil cases come before the Superior Court, which suggests that its power to state and develop private law has been preserved.

[253] Second, the impact of art. 35 C.C.P. on the proportion of civil cases heard in the Superior Court must be considered. The number of cases opened at

[250] Le fardeau de démontrer, suivant la prépondérance des probabilités, qu'une disposition législative entrave la capacité d'une cour supérieure de dire et de faire évoluer le droit privé m'apparaît particulièrement exigeant. C'est le cas, me semble-t-il, en raison de l'abondante preuve de nature quantitative, qualitative et englobante qu'exige cette démonstration.

D. *L'article 35 C.p.c. ne porte pas atteinte à la compétence fondamentale de la Cour supérieure en matière civile*

[251] En l'espèce, appliquant les trois facteurs mentionnés précédemment, j'arrive à la conclusion que l'art. 35 C.p.c. n'a pas pour effet de retirer à la Cour supérieure une partie de sa compétence fondamentale.

[252] Premièrement, en ce qui concerne l'impact de l'attribution de compétence sur le nombre d'affaires entendues par la Cour supérieure, celle-ci continue à traiter un grand nombre de dossiers en matière civile. Plus précisément, il ressort des données pour 2017-2018, postérieures à l'entrée en vigueur de l'art. 35 C.p.c., qu'environ 45 p. 100 de ces dossiers ont été ouverts en Cour supérieure (63 807 dossiers devant les chambres civile, commerciale et de la famille, par rapport aux 77 021 dossiers devant la chambre civile de la Cour du Québec, y compris la division des petites créances, sauf les appels en matières administratives) (Ministère de la Justice, *Nombre de dossiers ouverts à la Cour supérieure et à la Cour du Québec (2012-13 à 2017-18)*, 28 janvier 2019, reproduit dans d.a. (PGQ), vol. VII, p. 179-180). À la suite de l'augmentation de la limite maximale de la compétence de la Cour du Québec en matière civile en 2016, le nombre d'affaires que la Cour supérieure a entendues a quelque peu diminué (d.a. (PGQ), vol. IV, p. 131). Il n'en demeure pas moins que la Cour supérieure est saisie d'un grand nombre de causes civiles, ce qui permet de conclure que son pouvoir de dire et de faire évoluer le droit privé est préservé.

[253] Deuxièmement, il convient de considérer l'impact de l'art. 35 C.p.c. sur la proportion des affaires civiles entendues en Cour supérieure. Le

the Superior Court in comparison with those opened at the Court of Québec remains relatively stable. More specifically, this has been so since 2005-6 (A.R. (AGQ), vol. IV, at p. 223). In fact, the proportion of civil cases opened at the Court of Québec has decreased since the 1980s — approximately 68 percent in 1980-81 and 1985-86, and 60 percent in 2005-6, 2010-11 and 2016-17 — despite the fact that the monetary ceiling of the Court of Québec’s jurisdiction was less than \$10,000 in the early 1980s (p. 223). Moreover, the proportion of cases heard by the Quebec Superior Court today is much higher than the proportion of cases heard by the superior courts of Upper Canada, New Brunswick and Nova Scotia at the time of Confederation, which was less than 20 percent (Fyson Report, at pp. 183, 192 and 198). This evidence shows that neither art. 35 *C.C.P.* nor the other statutory provisions that increased the monetary ceiling of the jurisdiction of the Court of Québec (or its predecessors) removed the power to state and develop private law from the Superior Court.

[254] Finally, with regard to the impact of art. 35 *C.C.P.* on the nature of the cases heard by the Superior Court, it can be said without a doubt that that court continues to hear claims on a variety of subjects as well as the judicial applications that are the most substantial in monetary terms. First of all, the Superior Court has exclusive jurisdiction to state and develop the law with respect to class actions, injunctions, and wills and successions, as well as family law and insolvency law. In addition, where there is shared jurisdiction in a field of law, the Superior Court continues to have jurisdiction over civil claims in which the amount in issue is substantial. Although art. 35 *C.C.P.* sets the Court of Québec’s monetary ceiling at less than \$85,000, the vast majority of the cases opened at that court involve claims not exceeding \$40,000 (A.R. (AGQ), vol. V, at p. 40). Moreover, in 2016-17, only 3.3 percent of the civil cases opened at the Court of Québec (other than in the Small Claims Division) involved an amount between \$70,001 and \$85,000 (p. 40). On the other hand, in all civil claims before the Superior Court relating to areas of shared

nombre de dossiers ouverts en Cour supérieure par comparaison avec ceux ouverts en Cour du Québec demeure relativement stable. De façon plus précise, c’est le cas depuis 2005-2006 (d.a. (PGQ), vol. IV, p. 223). En fait, la proportion de dossiers civils ouverts en Cour du Québec a diminué depuis les années 1980 — environ 68 p. 100 en 1980-1981 et en 1985-1986 et 60 p. 100 en 2005-2006, 2010-2011 et 2016-2017 —, et ce, malgré le fait que le plafond pécuniaire de la compétence de la Cour du Québec était inférieur à 10 000 \$ au début des années 1980 (p. 223). Qui plus est, la proportion des causes entendues aujourd’hui par la Cour supérieure du Québec est beaucoup plus importante que la proportion des causes entendues par les cours supérieures du Haut-Canada, du Nouveau-Brunswick et de la Nouvelle-Écosse au moment de la Confédération, proportion qui était inférieure à 20 p. 100 (Rapport Fyson, p. 183, 192 et 198). Cette preuve démontre que l’art. 35 *C.p.c.*, de même que les autres dispositions législatives qui ont haussé le plafond pécuniaire de la compétence de la Cour du Québec (ou des tribunaux qui l’ont précédée), n’ont en aucun cas retiré à la Cour supérieure son pouvoir de dire et de faire évoluer le droit privé.

[254] Enfin, en ce qui concerne l’impact de l’art. 35 *C.p.c.* sur la nature des affaires entendues par la Cour supérieure, on peut sans aucun doute affirmer que cette dernière continue d’entendre des demandes portant sur des sujets variés, de même que les demandes en justice les plus substantielles sur le plan pécuniaire. D’une part, la Cour supérieure jouit d’une compétence exclusive pour dire et faire évoluer le droit des actions collectives, des injonctions, des testaments et des successions, de même que le droit de la famille et de l’insolvabilité. D’autre part, lorsque la compétence à l’égard d’un domaine du droit est partagée, la Cour supérieure demeure compétente relativement aux demandes civiles dans lesquelles la somme en jeu est substantielle. Bien que l’art. 35 *C.p.c.* fixe à moins de 85 000 \$ le plafond pécuniaire de la Cour du Québec, la grande majorité des dossiers qui y sont ouverts concernent des réclamations ne dépassant pas 40 000 \$ (d.a. (PGQ), vol. V, p. 40). De plus, en 2016-2017, seulement 3,3 p. 100 des dossiers civils (autres que ceux de la division des petites créances) ouverts en Cour

jurisdiction where an amount is in issue, that amount is \$85,000 or more. Despite art. 35, the Superior Court retains its power to decide civil cases on a wide range of subjects, includes cases in which the monetary claims are substantial.

[255] In short, art. 35 *C.C.P.* does not have the effect of removing from the Quebec Superior Court its jurisdiction over substantial civil claims. Its core jurisdiction in this regard remains intact. It should be noted that both the Attorney General of Quebec and the Attorney General of Canada, relying on the above factual evidence, also come to the same conclusion.

[256] This conclusion, and the holistic three-factor approach on which it is based, aligns readily with that of my colleagues as regards the application of the analytical framework from *Re Residential Tenancies Act, 1979*. At the time of Confederation, Upper Canada, New Brunswick and Nova Scotia gave the “inferior” courts a leading role in implementing various civil matters, whereas in Lower Canada, the superior courts played that role instead. The fact remains that in the first three provinces mentioned, the superior courts — as courts of original general jurisdiction — were able to state and develop the common law even though the inferior courts heard at least 80 percent of civil cases (Fyson Report, at pp. 183, 192 and 198). The same conclusion applies equally today with respect to the Superior Court’s role in Quebec civil law, despite the fact that the Court of Québec now plays a major role in this area. This is one of the things that the application of the analytical framework established in *Re Residential Tenancies Act, 1979* demonstrates retrospectively. Since Confederation, Ontario, Nova Scotia, New Brunswick and Quebec have made different choices in the administration of justice in their province with regard to the role of “provincial” courts. History thus shows that the role of these courts cannot be considered immutable and that, in accordance with the constitutional limits established

du Québec concernaient une somme comprise entre 70 001 \$ et 85 000 \$ (p. 40). En revanche, dans toutes les demandes civiles devant la Cour supérieure portant sur des domaines de compétence partagée et où une somme est en jeu, cette somme est de 85 000 \$ ou plus. Malgré l’art. 35, la Cour supérieure conserve son pouvoir de statuer sur des affaires civiles portant sur un large éventail de sujets, y compris les affaires dans lesquelles les demandes pécuniaires sont substantielles.

[255] En somme, l’art. 35 *C.p.c.* n’a pas pour effet de retirer à la Cour supérieure du Québec sa compétence sur les demandes substantielles en matière civile. Sa compétence fondamentale à cet égard demeure intacte. En se fondant sur la preuve factuelle qui précède, il convient de noter que tant le procureur général du Québec que le procureur général du Canada arrivent également à la même conclusion.

[256] Cette conclusion, et la méthode holistique comportant trois facteurs sur laquelle elle repose, s’accorde sans difficulté avec celle de mes collègues pour ce qui est de l’application du cadre d’analyse du *Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle*. À l’époque de la Confédération, le Haut-Canada, le Nouveau-Brunswick et la Nouvelle-Écosse attribuaient un rôle de premier plan aux tribunaux « inférieurs » dans la mise en œuvre de diverses matières civiles, tandis que dans le Bas-Canada ce rôle revenait plutôt aux cours supérieures situées sur son territoire. Il n’en demeure pas moins que, dans les trois premières provinces mentionnées, les cours supérieures — en tant que de tribunaux de droit commun — pouvaient dire et faire évoluer la common law, même si les tribunaux inférieurs y entendaient au moins 80 p. 100 des dossiers civils (Rapport Fyson, p. 183, 192 et 198). Cette même conclusion vaut tout autant aujourd’hui en ce qui a trait au rôle de la Cour supérieure en droit civil québécois, et ce, malgré le fait que la Cour du Québec joue dorénavant un rôle important dans ce domaine. C’est une des choses que l’application du cadre d’analyse établi dans le *Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle* permet de démontrer rétrospectivement. L’Ontario, la Nouvelle-Écosse, le Nouveau-Brunswick et le Québec ont fait, depuis la Confédération, des choix différents en matière



by s. 96, the provinces could in the past — just as they still can today — make different choices in this regard without any detrimental effect on the central and unifying role played by the superior courts in our judicial system.

## VI. Conclusion

[257] For the reasons given above, I would answer the first question referred to the Court of Appeal in the affirmative and I would allow the appeals of the Conférence des juges de la Cour du Québec, the Attorney General of Quebec, the Conseil de la magistrature du Québec and the Canadian Association of Provincial Court Judges.

[258] As for the second question referred to the Court of Appeal, I defer to the majority's analysis and I would dismiss the appeal of the Chief Justice, Senior Associate Chief Justice and Associate Chief Justice of the Superior Court of Quebec.

The following are the reasons delivered by

[259] ABELLA J. (dissenting) — This is a dispute brought by the Chief Justice, Senior Associate Chief Justice and Associate Chief Justice of the Superior Court of Quebec over the constitutional impact of a \$15,000 increase in the jurisdiction of provincial court judges. It is before this Court in the third decade of the 21st century and over 150 years since Confederation, yet some of the old hierarchal attitudes towards “inferior” courts linger despite progressive Copernican revolutions in almost every aspect of Canada's approach to law since our country was founded.

[260] The atavistic suggestion that this \$15,000 increase adversely affects the very constitutional foundation of superior courts in Quebec, let alone the

d'administration de la justice au sein leur province relativement au rôle des tribunaux « provinciaux ». L'histoire révèle donc que le rôle de ces tribunaux ne peut être considéré comme immuable et que, conformément aux limites constitutionnelles établies par l'art. 96, les provinces pouvaient auparavant — tout comme elles peuvent encore aujourd'hui — faire des choix différents à cet égard, sans que cela se fasse au détriment du rôle central et unificateur des cours supérieures au sein de notre système judiciaire.

## VI. Conclusion

[257] Pour les motifs qui précèdent, je répondrais affirmativement à la première question du renvoi soumis à la Cour d'appel et j'accueillerais les pourvois interjetés par la Conférence des juges de la Cour du Québec, le procureur général du Québec, le Conseil de la magistrature du Québec et l'Association canadienne des juges des cours provinciales.

[258] En ce qui concerne maintenant la seconde question soulevée dans le renvoi soumis à la Cour d'appel, je m'en remets à l'analyse de mes collègues majoritaires et je rejetterais le pourvoi formé par le juge en chef, la juge en chef associée et la juge en chef adjointe de la Cour supérieure du Québec.

Version française des motifs rendus par

[259] LA JUGE ABELLA (dissidente) — Le présent litige a été intenté par le juge en chef, la juge en chef associée et la juge en chef adjointe de la Cour supérieure du Québec relativement aux incidences constitutionnelles d'une augmentation de 15 000 \$ de la compétence des juges de la cour provinciale. Ce litige est soumis à notre Cour en cette troisième décennie du 21<sup>e</sup> siècle, plus de 150 ans après la Confédération, et pourtant certaines attitudes hiérarchiques archaïques persistent à l'endroit des tribunaux « inférieurs », malgré des révolutions coperniciennes progressistes dans presque tous les aspects de l'approche canadienne à l'égard du droit depuis la fondation de notre pays.

[260] La thèse rétrograde voulant que cette augmentation de 15 000 \$ porte atteinte au fondement constitutionnel même des cours supérieures du

rule of law and national unity, is neither constitutionally mandated, historically accurate, nor desirable, and ignores what this Court has said about the importance, independence and impartiality of provincial court judges. It would also come as a surprise to the millions of people who have appeared before provincial court judges over the years in criminal, family and civil cases whose outcomes, to those people, have no less serious consequences than what occurs in superior courts.

### Background

[261] In 2016, the legislature of Quebec increased the exclusive civil jurisdiction of the provincially appointed Court of Québec from \$70,000 to \$85,000. This jurisdiction has been subject to a number of increases since the mid-1960s, set out in the following table:

Year	Monetary Jurisdiction
1965	\$1,000
1969	\$3,000
1979	\$6,000
1982	\$10,000
1984	\$15,000
1995	\$30,000
2002	\$70,000
2014	\$85,000

[262] The most recent increase, however, was seen by the Superior Court of Quebec as a trespass on its jurisdiction, thereby violating s. 96 of the *Constitution Act, 1867*. As a result, the Chief Justice, Senior Associate Chief Justice and Associate Chief Justice of the Superior Court of Quebec instituted proceedings seeking a declaration that the increase was unconstitutional.

[263] The increase is set out in art. 35 para. 1 of the *Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25.01 (“*C.C.P.*”):

Québec — sans parler de l’atteinte à la primauté du droit et à l’unité nationale — n’est ni constitutionnellement justifiée, ni historiquement exacte, non plus que souhaitable, et elle fait abstraction des enseignements de notre Cour sur l’importance, l’indépendance et l’impartialité des juges des cours provinciales. Elle ne manquerait pas d’étonner les millions de personnes qui ont comparu devant ces juges au fil des ans dans le cadre d’affaires criminelles, familiales et civiles dont les conséquences ne sont pas, pour ces personnes, moins sérieuses que celles des procédures se déroulant devant les cours supérieures.

### Contexte

[261] En 2016, le législateur québécois a haussé de 70 000 \$ à 85 000 \$ la compétence civile exclusive de la Cour du Québec, une cour créée par cette province. Cette compétence a fait l’objet, depuis le milieu des années 1960, d’un certain nombre d’augmentations indiquées dans le tableau suivant :

Année	Compétence pécuniaire
1965	1 000 \$
1969	3 000 \$
1979	6 000 \$
1982	10 000 \$
1984	15 000 \$
1995	30 000 \$
2002	70 000 \$
2014	85 000 \$

[262] Toutefois, la Cour supérieure du Québec a estimé que la plus récente augmentation empiétait sur sa compétence, contrevenant de ce fait à l’art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. En conséquence, le juge en chef, la juge en chef associée et la juge en chef adjointe de la Cour supérieure du Québec ont intenté des procédures en vue d’obtenir un jugement déclarant l’augmentation inconstitutionnelle.

[263] L’augmentation est décrite ainsi à l’art. 35 al. 1 du *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01 (« *C.p.c.* ») :

35. The Court of Québec has exclusive jurisdiction to hear and determine applications in which the value of the subject matter of the dispute or the amount claimed, including in lease resiliation matters, is less than \$85,000, exclusive of interest; it also hears and determines applications ancillary to such an application, including those for the specific performance of a contractual obligation. However, it does not have such jurisdiction in cases where jurisdiction is formally and exclusively assigned to another court or adjudicative body, or in family matters other than adoption.

[264] The Government of Quebec referred the question to the Court of Appeal of Quebec. There were two reference questions. The first is the only one at issue before us, namely:

[TRANSLATION] Are the provisions of the first paragraph of article 35 of the Code of Civil Procedure (chapter C-25.01), setting at less than \$85,000 the limit to the exclusive monetary jurisdiction of the Court of Québec, valid with regard to section 96 of the Constitution Act, 1867, given the jurisdiction of Quebec over the administration of justice under paragraph 14 of section 92 of the Constitution Act, 1867?

(Décret 880-2017, (2017) 149 G.O. II, 4495)

[265] The Court of Appeal held that the constitutionally guaranteed role of superior courts would be undermined by the \$15,000 increase since it encroached on and eroded the traditional jurisdiction of superior courts over [TRANSLATION] “substantial civil disputes” (2019 QCCA 1492). In its view, the previous exclusive monetary jurisdiction of \$70,000 was constitutional, but raising it from \$70,000 to \$85,000 impermissibly altered the jurisdiction of the Superior Court.

#### Analysis

[266] The relevant constitutional provisions are ss. 92(14), which sets out the provincial government’s authority to create courts, and 96 of the *Constitution Act, 1867* which constrains it:

35. La Cour du Québec a compétence exclusive pour entendre les demandes dans lesquelles soit la valeur de l’objet du litige, soit la somme réclamée, y compris en matière de résiliation de bail, est inférieure à 85 000 \$, sans égard aux intérêts; elle entend également les demandes qui leur sont accessoires portant notamment sur l’exécution en nature d’une obligation contractuelle. Néanmoins, elle n’exerce pas cette compétence dans les cas où la loi l’attribue formellement et exclusivement à une autre juridiction ou à un organisme juridictionnel, non plus que dans les matières familiales autres que l’adoption.

[264] Le gouvernement du Québec a soumis un renvoi à la Cour d’appel du Québec relativement à cette mesure. Le renvoi comportait deux questions. Seule la première est en litige devant notre Cour, et elle est formulée ainsi :

Les dispositions du premier alinéa de l’article 35 du Code de procédure civile (chapitre C-25.01) fixant, à moins de 85 000 \$, le seuil de la compétence pécuniaire exclusive de la Cour du Québec, sont-elles valides au regard de l’article 96 de la Loi constitutionnelle de 1867, étant donné la compétence du Québec sur l’administration de la justice aux termes du paragraphe 92(14) de la Loi constitutionnelle de 1867?

(Décret 880-2017, (2017) 149 G.O. II, 4495)

[265] La Cour d’appel a conclu que le rôle que jouent les cours supérieures et qui leur est garanti par la Constitution serait affaibli par l’augmentation de 15 000 \$, car celle-ci a pour effet d’empiéter sur la compétence traditionnelle des cours supérieures à l’égard des « différends civils substantiels » et de l’éroder (2019 QCCA 1492). De l’avis de la Cour d’appel, la compétence pécuniaire exclusive antérieure de 70 000 \$ était constitutionnelle, mais le fait de l’augmenter de 70 000 \$ à 85 000 \$ a modifié de manière inadmissible la compétence de la Cour supérieure.

#### Analyse

[266] Les dispositions constitutionnelles applicables sont le par. 92(14), qui énonce le pouvoir du gouvernement provincial de créer des tribunaux, et l’art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui limite ce pouvoir :

**92** In each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Matters coming within the Classes of Subjects next hereinafter enumerated; that is to say,

...

**14.** The Administration of Justice in the Province, including the Constitution, Maintenance, and Organization of Provincial Courts, both of Civil and of Criminal Jurisdiction, and including Procedure in Civil Matters in those Courts.

...

**96** The Governor General shall appoint the Judges of the Superior, District, and County Courts in each Province, except those of the Courts of Probate in Nova Scotia and New Brunswick.

[267] Although the text of s. 96 suggests the existence of only a simple appointment power, this Court has recognized that implicit in this provision are protections for the historical jurisdiction of the superior court, the role of its judges and the protection of the superior courts' independence. This has led this Court in its jurisprudence to attempt to balance the provinces' authority under s. 92(14) to create provincial courts and to appoint their judges, with s. 96's guarantee that some jurisdiction must remain in the hands of federally appointed superior courts.

[268] In the *Reference re Adoption Act*, [1938] S.C.R. 398 ("*Adoption Reference*"), this Court was asked to determine the validity of provincial laws empowering provincial courts to rule on a number of family law issues. Chief Justice Duff, for a unanimous Court, upheld the grant of jurisdiction. He noted that s. 92(14) provides for the existence of provincial courts as well as for the provinces' control over their administration. For him, the Constitution had to be understood in a way that provides leeway for provincial governments to expand the jurisdiction of their provincial courts.

**92** Dans chaque province la législature pourra exclusivement faire des lois relatives aux matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir :

...

**14.** L'administration de la justice dans la province, y compris la création, le maintien et l'organisation de tribunaux de justice pour la province, ayant juridiction civile et criminelle, y compris la procédure en matières civiles dans ces tribunaux;

...

**96** Le gouverneur-général nommera les juges des cours supérieures, de district et de comté dans chaque province, sauf ceux des cours de vérification dans la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick.

[267] Bien que le libellé de l'art. 96 suggère l'existence d'un simple pouvoir de nomination, notre Cour a reconnu que cette disposition comporte implicitement des garanties relatives à la compétence historique des cours supérieures, au rôle de leurs juges et à la protection de l'indépendance de ces tribunaux. Cette conclusion a amené notre Cour, dans sa jurisprudence, à tenter de mettre en équilibre, d'une part, le pouvoir dont disposent les provinces en vertu du par. 92(14) de créer des tribunaux provinciaux et de nommer les juges qui y siègent, et, d'autre part, la garantie que prévoit l'art. 96 et selon laquelle certaines compétences doivent demeurer entre les mains des cours supérieures, lesquelles sont composées de juges nommés par le fédéral.

[268] Dans l'affaire *Reference re Adoption Act*, [1938] R.C.S. 398 (« *Renvoi sur l'adoption* »), la Cour était appelée à se prononcer sur la validité de lois provinciales habilitant les cours des provinces à statuer sur un certain nombre de questions relevant du droit de la famille. Dans un arrêt unanime, le juge en chef Duff a confirmé la validité de l'attribution de compétence. Il a souligné que le par. 92(14) prévoit l'existence des cours provinciales ainsi que le contrôle exercé par les provinces sur l'administration de ces tribunaux. Selon lui, la Constitution doit être interprétée de manière à accorder aux gouvernements provinciaux la latitude leur permettant d'élargir la compétence de leurs tribunaux provinciaux.

[269] This expansive provincial power was to be limited only by the principle that the jurisdiction granted must “broadly conform to a type of jurisdiction generally exercisable by courts of summary jurisdiction rather than the jurisdiction exercised by courts within the purview of s. 96” (p. 421). Notably, Chief Justice Duff could not “accept the view that the jurisdiction of inferior [*sic*] courts” was “fixed forever as it stood at the date of Confederation” (p. 418).

[270] And in *Re Cour de Magistrat de Québec*, [1965] S.C.R. 772, the Court decided that an increase from \$200 to \$500 in the provincial court’s monetary jurisdiction did not impermissibly turn it into a s. 96 court. Any tension between the powers set out in ss. 92(14) and 96 was to be resolved not by enshrining provincial court jurisdiction at pre-Confederation levels, but by ensuring that s. 92(14) does not undermine s. 96.

[271] In later years, the Court was asked to determine the constitutional parameters of provincial administrative tribunals and assess whether their jurisdiction trespassed on that of s. 96 courts. In *Tomko v. Labour Relations Board (N.S.)*, [1977] 1 S.C.R. 112, and *Mississauga (City) v. Peel (Municipality)*, [1979] 2 S.C.R. 244, this Court held that neither a provincial labour board’s power to make cease and desist orders, nor a provincial administrative board’s power to adjudicate certain disputes between municipalities, trespassed on the jurisdiction of superior courts. On the other hand, a transport tribunal’s power to hear appeals from the transport commission was found to be unconstitutional (*Attorney General of Quebec v. Farrah*, [1978] 2 S.C.R. 638).

[272] In an attempt to operationalize the jurisprudence’s approach to resolving the tension between ss. 92(14) and 96, this Court developed a three-stage test in *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714 (“*Residential Tenancies*”), for analyzing the validity of a provincial grant of jurisdiction.

[269] Ce vaste pouvoir des provinces devait être limité uniquement par le principe suivant lequel la compétence accordée doit [TRADUCTION] « correspond[re] en gros au type de compétence généralement exerçable par des cours de juridiction sommaire plutôt qu’à celle exercée par les cours visées à l’art. 96 » (p. 421). En particulier, le juge en chef Duff ne pouvait « souscrire à l’opinion selon laquelle la compétence des tribunaux inférieurs [*sic*] » a été « fixée définitivement dans l’état où elle se trouvait le jour de la Confédération » (p. 418).

[270] En plus, dans l’affaire *Re Cour de Magistrat de Québec*, [1965] R.C.S. 772, la Cour a décidé qu’une augmentation faisant passer de 200 \$ à 500 \$ la compétence pécuniaire de la cour provinciale ne transformait pas celle-ci de manière inadmissible en une cour visée à l’art. 96. Tout conflit entre les pouvoirs énoncés au par. 92(14) et à l’art. 96 devait être résolu non pas en figeant la compétence de la cour provinciale à ce qu’elle était avant la Confédération, mais en veillant à ce que le par. 92(14) ne porte pas atteinte à l’art. 96.

[271] Au cours des années qui ont suivi, notre Cour a été appelée à déterminer les paramètres constitutionnels des tribunaux administratifs provinciaux et à examiner si leur compétence empiétait sur celle des cours visées à l’art. 96. Dans *Tomko c. Labour Relations Board (N.-É.)*, [1977] 1 R.C.S. 112, et dans *Mississauga (Ville) c. Peel (Municipalité)*, [1979] 2 R.C.S. 244, notre Cour a conclu que ni le pouvoir d’une commission provinciale des relations de travail de rendre des ordonnances de prohibition ni le pouvoir d’une instance administrative provinciale de trancher certains différends entre des municipalités n’empiétaient sur la compétence des cours supérieures. En revanche, le pouvoir d’un tribunal des transports d’entendre les appels de la Commission des transports a été jugé inconstitutionnel (*Procureur général du Québec c. Farrah*, [1978] 2 R.C.S. 638).

[272] Dans une tentative en vue d’opérationnaliser la méthode établie par la jurisprudence pour résoudre les conflits entre le par. 92(14) et l’art. 96, notre Cour a élaboré, dans le *Renvoi sur la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714 (« *Renvoi sur la location résidentielle* »), une analyse en trois

The purpose of the test is to balance the provinces' authority to develop courts, with the recognition that some areas of jurisdiction, by virtue of s. 96, must remain in the jurisdiction of superior courts. It aims to prevent legislatures from creating "shadow courts" which could usurp the jurisdiction of superior courts, undermining s. 96 courts' ability to serve their function within the Canadian judicial system. It is essentially an historical inquiry.

[273] The first stage of the test asks whether superior, district or county courts at the time of Confederation had exclusive jurisdiction over the subject matter now being given to the provincial "court". If provincial courts in a majority of the four original provinces had a "practical involvement" in adjudicating cases related to the particular subject matter at Confederation, there could be no finding of exclusive jurisdiction for s. 96 courts, since the jurisdiction was shared at the time. There was therefore no basis for preventing the province from giving the jurisdiction, even exclusively, to its own courts or tribunals.

[274] In *Sobeys Stores Ltd. v. Yeomans and Labour Standards Tribunal (N.S.)*, [1989] 1 S.C.R. 238, Justice Wilson clarified that at the first stage, the "purposes of s. 96 require a strict, that is to say a narrow, approach to characterization" (p. 254). In her view, because the purpose of the analysis is to find "broad conformity" with a jurisdiction exercised at Confederation, the focus should be on the type of case at issue, not on an analysis that would "freeze" the ability of both provincial and superior courts to operate within genuinely appropriate, as opposed to technically mandated, constitutional spheres (p. 255).

[275] If the jurisdiction at issue was exclusively held by a s. 96 court at Confederation, the second

étapes afin d'examiner la validité d'une attribution provinciale de compétence. L'analyse a pour objet de mettre en équilibre, d'une part, la compétence des provinces de créer des tribunaux, et, d'autre part, la reconnaissance que certains domaines de compétence doivent, en raison de l'art. 96, demeurer du ressort des cours supérieures. L'analyse vise à empêcher les législatures de créer des « cours de justice parallèles » qui pourraient usurper la compétence des cours supérieures, ce qui minerait la capacité des cours visées à l'art. 96 de s'acquitter de leurs fonctions au sein du système judiciaire canadien. Il s'agit essentiellement d'une analyse historique.

[273] La première étape de l'analyse consiste à se demander si, au moment de la Confédération, les cours supérieures, de district ou de comté avaient compétence exclusive sur la matière qui est maintenant attribuée à la « cour » provinciale. Si, dans une majorité des quatre provinces originales, les cours provinciales avaient au moment de la Confédération un « engagement pratique » dans la résolution de litiges relatifs à la matière en cause, il était impossible de conclure que les cours visées à l'art. 96 avaient compétence exclusive, puisque la compétence était partagée à cette époque. Par conséquent, rien n'empêchait la province d'attribuer la compétence, même de façon exclusive, à ses propres cours de justice ou tribunaux administratifs.

[274] Dans l'arrêt *Sobeys Stores Ltd. c. Yeomans et Labour Standards Tribunal (N.-É.)*, [1989] 1 R.C.S. 238, la juge Wilson a précisé que, « [p]our les fins de l'art. 96, il est nécessaire d'adopter un point de vue strict, c'est-à-dire étroit, en matière de qualification » à la première étape (p. 254). À son avis, comme l'objet de l'analyse est de trouver une « correspondance générale » avec une compétence exercée au moment de la Confédération, il convient de s'attacher au type d'affaires en cause, et non de procéder à une analyse qui aurait pour effet de « fige[r] » la capacité des cours provinciales et des cours supérieures de fonctionner dans des sphères constitutionnelles véritablement appropriées, plutôt que dictées par une approche formaliste (p. 255).

[275] Si la compétence en cause appartenait exclusivement à une cour visée à l'art. 96 au moment

stage of the analysis asks whether the provincial body is acting in a judicial capacity. If not, the inquiry does not proceed further since it is not within the jurisdiction exercisable by a s. 96 court. If it is, the third stage of the analysis is triggered.

[276] The assessment at the third stage is of the provincial court or tribunal in its institutional context in order to determine whether it is exercising a judicial power that is merely subsidiary or ancillary to general administrative functions, or one that is necessary to achieve a broad policy goal. In either of these circumstances, the grant is constitutionally permissible. As Chief Justice Laskin wrote for the majority in *Tomko*, in upholding a labour board's authority, "it is not the detached jurisdiction or power alone that is to be considered but rather its setting in the institutional arrangements in which it appears and is exercisable under the provincial legislation" (p. 120).

[277] Almost 15 years later, a layer was added to the test in *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725, when the Court concluded that the legislature may not, even if its grant of jurisdiction passed the *Residential Tenancies* test, reduce or impair "the core" of superior court jurisdiction. The focus of this new requirement was determining whether a grant of *exclusive* jurisdiction to a provincial body frustrated the ability of superior courts to execute their functions.

[278] The case involved a young person who was charged with contempt of court after violating a superior court's order. The legislative scheme in effect at the time stipulated that a youth court had exclusive jurisdiction to try criminal offences committed by young offenders. The Court held that although the jurisdiction granted to the provincial court had been exclusively held by s. 96 courts at Confederation

de la Confédération, il faut, à la deuxième étape de l'analyse, répondre à la question de savoir si l'organisme provincial agit à titre judiciaire. Si la réponse est négative, l'analyse prend fin, car il s'agit d'une compétence qui n'est pas exerçable par une cour visée à l'art. 96. Si la réponse est affirmative, la troisième étape de l'analyse se met alors en branle.

[276] La troisième étape consiste à considérer le tribunal judiciaire ou administratif provincial dans son contexte institutionnel, afin de déterminer s'il exerce un pouvoir judiciaire qui est simplement complémentaire ou accessoire à des fonctions administratives générales, ou qui est nécessaire à la réalisation d'un vaste objectif de politique générale. Dans l'un ou l'autre cas, l'attribution de compétence est permise par la Constitution. Comme l'a indiqué le juge en chef Laskin dans l'arrêt *Tomko*, au nom des juges majoritaires, confirmant alors le pouvoir d'une commission des relations de travail, « il ne faut pas considérer la juridiction dans l'abstrait ou les pouvoirs en dehors du contexte, mais plutôt la façon dont ils s'imbriquent dans l'ensemble des institutions où ils se situent et s'exercent en vertu de la loi provinciale » (p. 120).

[277] Près de 15 ans plus tard, dans l'arrêt *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725, notre Cour a ajouté une exigence additionnelle à l'analyse lorsqu'elle a conclu que, même si l'attribution de compétence satisfait à l'analyse établie dans le *Renvoi sur la location résidentielle*, la législature ne peut réduire « le noyau » de la compétence des cours supérieures, leur compétence « fondamentale », ou y porter atteinte. Cette nouvelle exigence visait à déterminer si l'attribution d'une compétence *exclusive* à un organisme provincial entravait la capacité des cours supérieures de s'acquitter de leurs fonctions.

[278] L'affaire concernait un adolescent qui avait été accusé d'outrage au tribunal après avoir violé une ordonnance d'une cour supérieure. Suivant le régime législatif en vigueur à l'époque, les tribunaux pour adolescents avaient compétence exclusive pour juger les infractions criminelles commises par de jeunes contrevenants. La Cour a conclu que, bien que la compétence accordée à la cour provinciale ait été

and was clearly judicial in nature, the third stage of the *Residential Tenancies* test was nonetheless met because the youth court served a “clear and laudable” policy goal as mandated by *Tomko*.

[279] Even though it passed the *Residential Tenancies* test, the Court held that giving exclusive jurisdiction to the youth court to try a contempt charge based on a breach of a superior court order was a violation of that court’s core jurisdiction because it removed from the core power of s. 96 courts the jurisdiction to prosecute contempt.

[280] Chief Justice Lamer conceded that core jurisdiction is “difficult to define” (paras. 30 and 33). But it was unnecessary in his view to offer a comprehensive definition because “the power to punish for contempt *ex facie* is obviously within that jurisdiction” (para. 38). He did, however, offer some guidance by stating that the core powers guaranteed by s. 96 were those that formed the “essential character” of superior courts, the removal of which would “emasculat[e] the court, making it something other than a superior court” (para. 30). He added that the core is comprised of “powers which are essential to the administration of justice and the maintenance of the rule of law” (para. 38). The power to prosecute contempt was a core power because in order to function properly, a s. 96 court must be able to “ensure its orders are enforced and its process respected” (para. 37).

[281] In the 1996 *Reference re Amendments to the Residential Tenancies Act (N.S.)*, [1996] 1 S.C.R. 186 (“*Residential Tenancies (1996)*”), the Court upheld a grant of jurisdiction over residential leases to a provincial administrative tribunal, confirming that s. 96 is primarily concerned with entrenching the

conférée exclusivement aux cours visées à l’art. 96 au moment de la Confédération, et qu’elle soit de toute évidence de nature judiciaire, il avait néanmoins été satisfait à la troisième étape de l’analyse établie dans le *Renvoi sur la location résidentielle*, parce que le tribunal pour adolescents servait des objectifs de politique générale « clairs et louables », comme le prescrivait l’arrêt *Tomko*.

[279] Même si le fait de conférer aux tribunaux pour adolescents la compétence exclusive pour juger une accusation d’outrage découlant d’un manquement à une ordonnance d’une cour supérieure satisfaisait à l’analyse établie dans le *Renvoi sur la location résidentielle*, la Cour a statué que cette attribution de compétence portait atteinte à la compétence fondamentale des cours supérieures, parce qu’elle avait retiré aux cours visées à l’art. 96 le pouvoir de juger l’infraction d’outrage.

[280] Le juge en chef Lamer a reconnu que la compétence fondamentale est une notion « difficile à définir » (par. 30 et 33). Cependant, il n’était pas nécessaire selon lui d’en proposer une définition exhaustive, parce que « le pouvoir de punir l’outrage commis en dehors des audiences du tribunal en fait partie de toute évidence » (par. 38). Il a toutefois fourni quelques indications en affirmant que les pouvoirs fondamentaux garantis par l’art. 96 sont ceux qui constituent le « caractère essentiel » des cours supérieures et dont le retrait « affaibli[rait] la cour, en en faisant quelque chose d’autre qu’une cour supérieure » (par. 30). Il a ajouté que la compétence fondamentale comprend « les pouvoirs qui sont essentiels à l’administration de la justice et au maintien de la primauté du droit » (par. 38). Le pouvoir de juger une infraction d’outrage est un pouvoir fondamental, car pour être en mesure de fonctionner adéquatement, une cour visée à l’art. 96 doit pouvoir « garantir l’exécution de ses ordonnances ainsi que le respect de sa procédure » (par. 37).

[281] En 1996, dans le *Renvoi relatif à certaines modifications à la Residential Tenancies Act (N.-É.)*, [1996] 1 R.C.S. 186 (« *Residential Tenancies (1996)* »), la Cour a confirmé la validité de l’attribution de compétence en faveur d’un tribunal administratif provincial en matière de baux résidentiels,



powers that were essential to preserving the judicial role of s. 96 judges. While the case was not decided on the basis of core jurisdiction, Chief Justice Lamer in concurring reasons, further explained the concept of the “core”, characterizing it as “very narrow” so that “only critically important jurisdictions which are *essential* to the existence of a superior court of inherent jurisdiction and to the preservation of its foundational role within our legal system” fall within the constitutionally protected core of s. 96 courts (para. 56 (emphasis added)).

[282] The purpose of this new core doctrine was to identify which powers could not be *removed* from superior courts, supplementing the *Residential Tenancies* test which delineates the jurisdictions which may be *given* to provincial courts or tribunals. A grant of jurisdiction to a provincial court or tribunal which respects the *Residential Tenancies* test may be exclusive, as long as the exclusivity does not engender a correlative loss of jurisdiction to the superior court’s narrowly defined core jurisdiction (*Residential Tenancies* (1996), at paras. 71 and 75). As Prof. Hogg noted, the only “constitutional restrictions on the jurisdiction that can be *withdrawn* from a superior court” are those which fall within the narrow category of “core” jurisdiction, apart from which “the nature and scope of superior-court jurisdiction are simply issues of policy to be resolved and enacted by . . . competent legislative bod[ies]” (Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp. (loose-leaf)), vol. 1, at p. 7-43 (emphasis in original)).

[283] Identifying the core of a s. 96 court’s jurisdiction is therefore an exercise in identifying those aspects of the superior court’s power that are essential to its character and to its ability to deal

confirmant que l’art. 96 a principalement pour objet de consacrer les pouvoirs essentiels à la préservation du rôle judiciaire des juges visés à l’art. 96. Bien que l’affaire n’ait pas été tranchée sur la base de la compétence fondamentale, le juge en chef Lamer a, dans des motifs concordants, précisé davantage la notion de compétence « fondamentale », expliquant qu’elle est « très limitée », de telle sorte que seuls « les pouvoirs qui ont une importance cruciale et qui sont *essentiels* à l’existence d’une cour supérieure dotée de pouvoirs inhérents et au maintien de son rôle vital au sein de notre système juridique » font partie du noyau de pouvoirs des cours visées à l’art. 96 qui est protégé par la Constitution (par. 56 (italique ajouté)).

[282] Cette nouvelle doctrine concernant la compétence fondamentale visait à identifier les pouvoirs qui ne pouvaient pas être *retirés* aux cours supérieures, étoffant ainsi l’analyse établie dans le *Renvoi sur la location résidentielle*, laquelle permet de délimiter les compétences qui peuvent être *accordées* aux tribunaux judiciaires ou administratifs provinciaux. Une attribution de compétence à un tribunal judiciaire ou administratif provincial qui satisfait l’analyse établie dans le *Renvoi sur la location résidentielle* peut avoir un caractère exclusif, pourvu que cette exclusivité n’engendre pas une perte correlative de compétence à l’intérieur de la compétence fondamentale définie étroitement de la cour supérieure (*Residential Tenancies* (1996), par. 71 et 75). Comme l’a fait observer le professeur Hogg, les seules [TRADUCTION] « restrictions d’ordre constitutionnel applicables quant aux pouvoirs qui peuvent être *retirés* à une cour supérieure » sont celles visant la catégorie étroite des pouvoirs faisant partie de la compétence « fondamentale » et, exception faite de ces pouvoirs, « la nature et la portée de la compétence des cours supérieures sont simplement des questions de politique générale auxquelles [. . .] les organ[es] législatif[s] compétent[s] doivent trouver des solutions et les édicter » (Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5<sup>e</sup> éd. suppl. (feuilles mobiles)), vol. 1, p. 7-43 (en italique dans l’original)).

[283] Définir la compétence fondamentale d’une cour visée à l’art. 96 consiste donc à identifier les aspects de cette compétence qui sont essentiels à sa nature et à sa capacité de traiter de manière efficace

effectively with the cases properly before it. That is why this Court said in *Babcock v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 3, at para. 60, that a rule prohibiting courts from compelling documents covered by Cabinet confidences did not violate s. 96 because the rule “ha[d] not substantially altered the role of the judiciary from their function under the common law regime” (see also *Ontario v. Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, [2013] 3 S.C.R. 3, at para. 22; *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220; *Noël v. Société d’énergie de la Baie James*, [2001] 2 S.C.R. 207, at para. 27).

[284] The latest case that addressed the core of s. 96 jurisdiction was *Trial Lawyers Association of British Columbia v. British Columbia (Attorney General)*, [2014] 3 S.C.R. 31, where the Court found that constraints on the superior court’s ability to waive hearing fees which were too burdensome for litigants violated s. 96 because they left some individuals without *any* access to a court or tribunal. Chief Justice McLachlin explained the rationale as follows:

The historic task of the superior courts is to resolve disputes between individuals and decide questions of private and public law. Measures that prevent people from coming to the courts to have those issues resolved are at odds with this basic judicial function. The resolution of these disputes and resulting determination of issues of private and public law, viewed in the institutional context of the Canadian justice system, are central to what the superior courts do. Indeed, it is their very book of business. To prevent this business being done strikes at the core of the jurisdiction of the superior courts protected by s. 96 of the *Constitution Act, 1867*. As a result, hearing fees that deny people access to the courts infringe the core jurisdiction of the superior courts. [para. 32]

The applicants who could not access the superior court had no alternative, competent public forum in which to resolve their disputes, leading Chief Justice

les affaires dont elle est régulièrement saisie. C’est la raison pour laquelle, dans l’arrêt *Babcock c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 3, par. 60, la Cour a statué qu’une règle interdisant aux tribunaux de contraindre la production de documents confidentiels du Cabinet ne violait pas l’art. 96, parce que la règle « n’a[vait] pas modifié fondamentalement le rôle de la magistrature par rapport aux fonctions qu’elle exerçait sous le régime de la common law » (voir aussi *Ontario c. Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, [2013] 3 R.C.S. 3, par. 22; *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220; *Noël c. Société d’énergie de la Baie James*, [2001] 2 R.C.S. 207, par. 27).

[284] L’arrêt *Trial Lawyers Association of British Columbia c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [2014] 3 R.C.S. 31, est la plus récente affaire ayant porté sur la compétence fondamentale des cours visées à l’art. 96. Dans cette affaire, la Cour a conclu que des règles limitant la capacité de la cour supérieure de dispenser des plaideurs du paiement de frais d’audience trop onéreux portaient atteinte à l’art. 96, parce qu’elles privaient certaines personnes de *tout* accès à une cour de justice ou à un tribunal administratif. La juge en chef McLachlin a expliqué ainsi le raisonnement appuyant cette conclusion :

Les cours supérieures ont toujours eu pour tâche de résoudre des différends opposant des particuliers et de trancher des questions de droit privé et de droit public. Des mesures qui empêchent des gens de s’adresser à cette fin aux tribunaux vont à l’encontre de cette fonction fondamentale des cours de justice. Considérées dans le contexte institutionnel du système de justice canadien, la résolution de ces différends et les décisions qui en résultent en matière de droit privé et de droit public sont des aspects centraux des activités des cours supérieures. De fait, les plaideurs constituent l’« achalandage » de ces tribunaux. Empêcher l’exercice de ces activités attaque le cœur même de la compétence des cours supérieures que protège l’art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Par conséquent, des frais d’audience qui ont pour effet de nier à des gens l’accès aux tribunaux portent atteinte à la compétence fondamentale des cours supérieures. [par. 32]

Les demandeurs concernés, qui ne pouvaient pas avoir accès à la cour supérieure, ne disposaient d’aucun autre forum public compétent à qui s’adresser

McLachlin to conclude that the superior court must preserve its inherent jurisdiction to hear claims that would otherwise go unresolved.

[285] As all of this jurisprudence shows, the first step of the analysis is to characterize the grant of jurisdiction to the provincial court.

[286] This Court's jurisprudence confirms that the boundaries of provincial court jurisdiction need not be drawn along the precise borders that existed at Confederation; rather, the inquiry centers on the type of case being heard. It is a functional approach which examines the purpose of the grant of jurisdiction.

[287] The operative question in the appeal before us is whether, at Confederation, superior courts in the four original provinces had *exclusive* jurisdiction over the type of monetary claims which were granted to the Court of Québec in art. 35. If they did not, the first stage of the *Residential Tenancies* test is met, which essentially means that it passes the *Residential Tenancies* test, period. In my view, the evidence is clear that the superior courts did not have exclusive jurisdiction at Confederation over what the Court of Appeal identified as "substantial claims". It is true that they had jurisdiction beyond a certain monetary threshold, but that does not mean that theirs was a more substantial jurisdiction.

[288] Currently, the jurisdiction granted to the provincial court by art. 35 is the power to adjudicate civil claims worth up to \$85,000. The monetary cap is indicative of an inflection point, chosen by the legislature, to balance the jurisdiction of the provincial and the superior court. For the purpose of the *Residential Tenancies* test, the question is whether this point reflects the historical balance between provincial and superior courts. As Justice McLachlin

pour faire résoudre leurs différends, ce qui a amené la juge en chef McLachlin à conclure que la cour supérieure doit conserver sa compétence inhérente d'entendre des demandes qui autrement ne seraient pas tranchées.

[285] Comme le démontre toute cette jurisprudence, la première étape de l'analyse consiste à qualifier l'attribution de compétence à la cour provinciale.

[286] La jurisprudence de notre Cour confirme qu'il n'est pas nécessaire que les limites de la compétence des cours provinciales correspondent aux frontières précises qui existaient au moment de la Confédération; l'analyse doit plutôt être axée sur le type d'affaires qu'elles entendent. Il s'agit d'une approche fonctionnelle, qui s'attache à examiner l'objet de l'attribution de compétence.

[287] La question primordiale dans le pourvoi dont nous sommes saisis est celle de savoir si, au moment de la Confédération, les cours supérieures dans les quatre provinces originales avaient compétence *exclusive* sur le type de réclamations pécuniaires confiées à la Cour du Québec par l'art. 35. Si ce n'est pas le cas, il est alors satisfait à la première étape de l'analyse établie dans le *Renvoi sur la location résidentielle*, ce qui signifie concrètement que l'attribution de compétence satisfait à l'analyse, un point c'est tout. À mon avis, il ressort clairement de la preuve que, au moment de la Confédération, les cours supérieures n'avaient pas compétence exclusive sur ce que la Cour d'appel a qualifié de « réclamations substantielles ». Il est vrai que ces cours avaient compétence au-delà d'un seuil pécuniaire donné, mais cela ne veut pas dire que leur compétence était plus substantielle.

[288] Actuellement, la compétence conférée par l'art. 35 à la cour provinciale est le pouvoir de trancher des litiges civils d'un montant maximal de 85 000 \$. Le plafond pécuniaire est indicatif d'un point d'inflexion, choisi par la législature, qui vise à équilibrer la compétence de la cour provinciale et celle de la cour supérieure. Pour les besoins de l'analyse établie dans le *Renvoi sur la location résidentielle*, la question qui se pose est celle de savoir si ce point reflète

wrote in *Residential Tenancies (1996)*, at para. 75, “If the inferior [*sic*] courts before Confederation alone exercised the power, or shared it in a practical way with the future superior courts, s. 96 is not engaged and *no further enquiry is required*” (emphasis added).

[289] In determining the historical involvement of provincial courts in deciding civil claims, it is instructive to look at the proportion of cases that were heard by different courts at Confederation (*Residential Tenancies (1996)*, at para. 77; *Sobeys Stores*, at p. 260). At the time, in most provinces, a majority of civil claims were heard by provincial courts. Each of the original provinces had slightly different systems of civil justice.

[290] The provincial courts with the most civil jurisdiction at Confederation were the division courts, which had broad civil jurisdiction subject to a monetary limit. The division courts in Upper Canada had a \$40 limit on their jurisdiction in tort and a \$100 limit on their jurisdiction for debt, or breach of contract (Donald Fyson, *Civil Justice in Mid-Nineteenth-Century British North America: Court Structure, Judges and Recourse to the Courts in Lower Canada, Upper Canada, New Brunswick and Nova Scotia*, April 10, 2018, at p. 28). In New Brunswick, the justices of the peace had jurisdiction over tort claims worth \$8 and debt claims worth \$20 but the City Court of Saint John could hear cases from within the city which were worth up to \$80 (pp. 36 and 39). In Nova Scotia, justices of the peace could hear cases of debt worth up to \$80 and the City Court of Halifax could hear cases worth up to \$80 (pp. 43 and 46).

[291] In Upper Canada the division courts heard 83 percent of cases, in New Brunswick the justices

l'équilibre historique entre les cours provinciales et supérieures. Comme l'a écrit la juge McLachlin dans l'arrêt *Residential Tenancies (1996)*, par. 75 : « Si seuls les tribunaux inférieurs [*sic*] d'avant la Confédération exerçaient le pouvoir en question ou le partageaient dans la pratique avec les tribunaux qui allaient devenir les cours supérieures, l'art. 96 n'est alors pas visé et *il n'est pas nécessaire de poursuivre l'examen* » (italique ajouté).

[289] Pour déterminer quel était, sur le plan historique, l'engagement des cours provinciales dans la résolution des litiges civils, il est instructif d'examiner la proportion d'affaires qui étaient entendues par différents tribunaux au moment de la Confédération (*Residential Tenancies (1996)*, par. 77; *Sobeys Stores*, p. 260). À ce moment-là, dans la plupart des provinces, la majorité des litiges civils étaient entendus par les cours provinciales. Chacune des provinces originales était dotée d'un système de justice civile légèrement différent.

[290] Les tribunaux provinciaux qui possédaient la plus vaste compétence au moment de la Confédération étaient les cours de division, qui disposaient d'une large compétence civile soumise à une limite pécuniaire. La compétence des cours de division du Haut-Canada en matière de responsabilité délictuelle était limitée à 40 \$, alors que leur compétence en matière de recouvrement de créances ou de rupture de contrat se limitait à 100 \$ (Donald Fyson, *Civil Justice in Mid-Nineteenth-Century British North America : Court Structure, Judges and Recourse to the Courts in Lower Canada, Upper Canada, New Brunswick and Nova Scotia*, 10 avril 2018, p. 28). Au Nouveau-Brunswick, les juges de paix avaient compétence sur les actions en responsabilité délictuelle d'une valeur de 8 \$ et en recouvrement de créances d'une valeur de 20 \$, mais la cour municipale de Saint John pouvait entendre des affaires locales d'une valeur maximale de 80 \$ (p. 36 et 39). En Nouvelle-Écosse, les juges de paix pouvaient entendre des affaires en recouvrement de créances d'une valeur maximale de 80 \$, et la cour municipale de Halifax pouvait entendre des affaires d'une valeur maximale de 80 \$ (p. 43 et 46).

[291] Dans le Haut-Canada, les cours de division entendaient 83 p. 100 des affaires. Tant au

of the peace and City Court together heard 81 percent of cases, and in Nova Scotia the justices of the peace and City Court also heard 81 percent of cases (pp. 85, 94 and 100). In Lower Canada, in 1866, the more local rural circuit courts themselves s. 96 courts, heard approximately 55 percent of cases, whereas the Superior Court heard approximately 5 percent of cases and the remaining 40 percent of cases were heard by various provincial courts (p. 72).

[292] Comparing the proportion of cases heard then with today's distribution shows that a grant of \$85,000 of civil jurisdiction, like the grant of \$70,000 in 2002, not only continues to respect the balance struck at the time of Confederation, but leaves superior courts with more civil jurisdiction than they had at that time. In three of the four original provinces, superior courts heard less than 20 percent of civil claims. Today, the Superior Court of Quebec hears about 28 percent of civil claims (Ministère de la Justice, *Nombre de dossiers ouverts à la Cour supérieure et à la Cour du Québec (2012-13 à 2017-18)*). This represents a proportionally greater involvement for the Superior Court today than that of s. 96 courts across the colonies in the 1860s.

[293] Clearly, the superior courts at Confederation did *not* have exclusive jurisdiction over civil claims in general. Any exclusive jurisdiction was limited to a small proportion of civil claims above a certain monetary threshold. This threshold was not, however, a marker which indicated when claims became substantial, it simply aimed to maintain a balance between the different types of courts in operation at the time. While the superior courts had jurisdiction over amounts above \$100, as Justice Wilson noted in *Sobeys Stores* this did not mean that the provincial courts did not *also* have jurisdiction over “substantial” claims:

Nouveau-Brunswick qu'en Nouvelle-Écosse, les juges de paix et les cours municipales entendaient, ensemble, 81 p. 100 des affaires (p. 85, 94 et 100). Dans le Bas-Canada, en 1866, les tribunaux itinérants des régions rurales, qui étaient eux-mêmes des cours visées à l'art. 96, entendaient environ 55 p. 100 des affaires, tandis que la Cour supérieure en entendait environ 5 p. 100, et le reste des affaires — 40 p. 100 — étaient entendues par divers tribunaux provinciaux (p. 72).

[292] Si on compare la proportion des affaires entendues à l'époque avec la proportion actuelle, on constate que l'attribution d'une compétence pécuniaire de 85 000 \$ en matière civile, tout comme l'attribution d'une compétence de 70 000 \$ en 2002, respecte non seulement l'équilibre établi au moment de la Confédération, mais accorde également aux cours supérieures une compétence civile plus vaste que celle dont elles disposaient alors. Dans trois des quatre provinces originales, les cours supérieures entendaient moins de 20 p. 100 des réclamations civiles. Aujourd'hui, la Cour supérieure du Québec entend environ 28 p. 100 des réclamations civiles (Ministère de la Justice, *Nombre de dossiers ouverts à la Cour supérieure et à la Cour du Québec (2012-13 à 2017-18)*). Ce chiffre représente, proportionnellement, un engagement plus grand de la Cour supérieure aujourd'hui que celui des cours visées à l'art. 96 dans l'ensemble des colonies dans les années 1860.

[293] De toute évidence, au moment de la Confédération, les cours supérieures *n'*avaient *pas* compétence exclusive sur les réclamations civiles en général. Dans les cas où il y avait compétence exclusive, celle-ci se limitait à une petite proportion de réclamations civiles dont la valeur dépassait un seuil pécuniaire donné. Toutefois, ce seuil ne constituait pas une marque indiquant le point où les réclamations devenaient substantielles, il visait simplement à maintenir l'équilibre entre les différents types de tribunaux qui existaient à l'époque. Même si les cours supérieures avaient compétence à l'égard des litiges d'une valeur supérieure à 100 \$, comme l'a fait remarquer la juge Wilson dans l'arrêt *Sobeys Stores*, cela ne signifiait pas que les cours provinciales *n'*avaient pas elles *aussi* compétence à l'égard de réclamations « substantielles » :

An examination of the court system in pre-Confederation Upper Canada reveals . . . that inferior courts had sufficient shared involvement in the area of unjust dismissal. The Division Courts, of which there could be as many as twelve per district, were the forerunners of today's Small Claims Courts, and their civil jurisdiction was defined in *An Act respecting the Division Courts*, C.S.U.C. 1859, c. 19, s. 55:

55. The Judge of every Division Court may hold plea of, and may hear and determine in a summary way, for or against persons, bodies corporate or otherwise:

...

2. All claims and demands of debt, account or breach of contract, or covenant, or money demand, whether payable in money or otherwise, where the amount or balance claimed does not exceed one hundred dollars, and except in cases in which a jury is legally demanded by a party as hereinafter provided, he shall be sole judge in all actions brought in such Division Courts, and shall determine all questions of law and fact in relation thereto, and he may make such orders, judgments or decrees thereupon as appear to him just and agreeable to equity and good conscience, and every such order, judgment and decree, shall be final and conclusive between the parties.

Given inflation, a contract *jurisdiction of up to \$100 in 1867 must be considered the equivalent of quite a substantial monetary jurisdiction today*. Since the Division Court system also covered the entire colony, I would conclude that at Confederation jurisdiction in the area of unjust dismissal was shared by superior and inferior courts to an extent sufficient to pass the historical test. [Emphasis added; pp. 269-70.]

[294] Since, as this passage from *Sobeys Stores* confirms, both courts shared jurisdiction over “substantial” monetary claims, the superior courts did not have exclusive jurisdiction over civil claims at Confederation, nor were they ever the only court entrusted with deciding substantial cases. This means that art. 35 *C.C.P.* is a *prima facie* valid grant of exclusive jurisdiction to the provincial court under the *Residential Tenancies* test.

Un examen du système judiciaire antérieur à la Confédération dans le Haut-Canada révèle [. . .] un engagement partagé suffisant des tribunaux inférieurs en matière de congédiement abusif. Les cours divisionnaires, dont il pouvait y avoir jusqu'à douze par district, ont été les précurseurs des cours des petites créances d'aujourd'hui; leur compétence civile a été définie dans la loi intitulée *An Act respecting the Division Courts*, C.S.U.C. 1859, chap. 19, art. 55:

[TRADUCTION] 55. Le juge d'une cour divisionnaire peut entendre et trancher de façon sommaire, en faveur ou à l'encontre de toute personne, corps constitués ou autre :

...

2. Toute réclamation et demande fondée sur une obligation, sur un compte ou l'inexécution d'un contrat ou d'une convention, ou toute demande de paiement d'argent, en espèces ou non, lorsque la somme ou le solde réclamé n'excède pas cent dollars et, sauf dans les cas où un jury est légalement exigé par l'une des parties, tel qu'il est ci-après prévu, il est seul juge dans toutes les actions intentées dans les cours divisionnaires, il statue sur toutes les questions de droit et de fait y relatives et il rend à leur égard les ordonnances ou jugements qui lui paraissent justes et conformes à l'équité et à la conscience et tout jugement ou ordonnance de ce genre est final et lie définitivement les parties.

Compte tenu de l'inflation, une *compétence* en matière contractuelle *s'élevant jusqu'à 100 \$ en 1867 doit être considérée comme l'équivalent d'une compétence monétaire fort substantielle de nos jours*. Comme le système des cours divisionnaires s'étendait aussi à l'ensemble de la colonie, je conclus qu'à l'époque de la Confédération les cours supérieures et les tribunaux inférieurs se partageaient suffisamment la compétence en matière de congédiement abusif pour satisfaire au critère historique. [Italique ajouté; p. 269-270.]

[294] Étant donné, comme le confirme ce passage tiré de l'arrêt *Sobeys Stores*, que les deux cours se partageaient la compétence à l'égard des réclamations pécuniaires « substantielles », les cours supérieures n'avaient pas compétence exclusive sur les réclamations civiles au moment de la Confédération, et elles n'ont jamais été non plus les seules cours investies du pouvoir de trancher des affaires substantielles. Cela signifie que l'art. 35 *C.p.c.* constitue *prima facie* une attribution valide d'une compétence exclusive à la cour provinciale suivant l'analyse établie dans le *Renvoi sur la location résidentielle*.

[295] The Court of Appeal, however, reframed the reference question as follows: “By limiting the jurisdiction of the Superior Court of Quebec to adjudicate disputes in civil matters to cases in which the value in dispute is \$85,000 and more, is the legislature infringing on the core jurisdiction of the Superior Court of Quebec to adjudicate private law disputes?” As a result, it did not apply the *Residential Tenancies* test at all, relying exclusively on finding a violation of the Superior Court’s core jurisdiction. It acknowledged Justice Wilson’s quote in *Sobeys Stores* that provincial courts enjoyed “quite a substantial monetary jurisdiction” at Confederation but nonetheless drew the inference that since superior courts had exclusive jurisdiction over claims worth more than \$100, they had jurisdiction over “substantial civil disputes”.

[296] Its argument for creating a new core of “substantial civil disputes” amounts to this: since the provincial court had jurisdiction over what were deemed to be “quite substantial” claims of \$100, and since the superior courts had jurisdiction over claims of more than \$100, the superior court’s jurisdiction was over “more substantial” claims and therefore the superior courts had jurisdiction over *all* substantial claims.

[297] How do we calculate the difference between what Justice Wilson called “quite substantial” civil claims heard by the provincial court, and the “substantial” civil claims arrogated to the superior courts by the Court of Appeal, let alone for the purpose of constitutional analysis? The artificiality of the exercise is reinforced by the Court of Appeal’s conclusion that claims worth up to \$70,000 were not substantial but that anything more is. How much money does it take to qualify for “substantial” status? After all, one litigant’s substantial amount may be another litigant’s spare change, as George Bernard Shaw wryly demonstrated through the following exchange in *Pygmalion* between Professor Henry

[295] Toutefois, la Cour d’appel a reformulé ainsi la question du renvoi : « [E]n limitant la compétence de la Cour supérieure du Québec de trancher les différends en matière civile aux affaires dans lesquelles la valeur de l’objet en litige est de 85 000 \$ et plus, la législature porte-t-elle atteinte à la compétence fondamentale de la Cour supérieure du Québec de trancher des différends de droit privé? » Il s’ensuit que la Cour d’appel n’a pas appliqué du tout l’analyse établie dans le *Renvoi sur la location résidentielle*, se concentrant exclusivement sur la question de savoir s’il y a eu atteinte à la compétence fondamentale de la Cour supérieure. Bien qu’elle ait cité les propos formulés par la juge Wilson dans l’arrêt *Sobeys Stores* selon lesquels les cours provinciales jouissaient d’une « compétence monétaire fort substantielle » au moment de la Confédération, la Cour d’appel a néanmoins tiré l’inférence que, comme les cours supérieures avaient compétence exclusive sur les réclamations de plus de 100 \$, elles avaient compétence sur les « différends civils substantiels ».

[296] Son argument au soutien de la création d’une nouvelle compétence fondamentale sur les « différends civils substantiels » peut être résumé ainsi : comme la cour provinciale avait compétence sur des réclamations de 100 \$, considérées comme « fort substantielles », et comme les cours supérieures avaient compétence sur les réclamations de plus de 100 \$, la compétence de la cour supérieure portait sur des réclamations « plus substantielles » et, par conséquent, les cours supérieures avaient compétence sur *toutes* les réclamations substantielles.

[297] Comment calcule-t-on la différence entre ce que la juge Wilson qualifiait de réclamations civiles « fort substantielle[s] » entendues par la cour provinciale et les réclamations civiles « substantielles » attribuées à tort par la Cour d’appel aux cours supérieures, a fortiori pour les besoins d’une analyse constitutionnelle? Le caractère artificiel de l’opération ressort avec encore plus d’acuité à la lumière de la conclusion de la Cour d’appel portant que les réclamations d’une valeur allant jusqu’à 70 000 \$ ne sont pas substantielles, mais que toutes celles excédant ce montant le sont. À combien doit s’élever une réclamation pour être qualifiée de « substantielle »? Après tout, une somme substantielle pour un plaideur

Higgins and his friend Colonel Pickering, where Higgins explains to Pickering why he is prepared to accept Liza Doolittle's few coins instead of his normal rates for language instruction:

HIGGINS . . . You know, Pickering, if you consider a shilling, not as a simple shilling, but as a percentage of this girl's income, it works out as fully equivalent to sixty or seventy guineas from a millionaire.

PICKERING How so?

HIGGINS Figure it out. A millionaire has about 150 pounds a day. She earns about half-a-crown. She offers me two-fifths of her day's income for a lesson. Two-fifths of a millionaire's income for a day would be somewhere about 60 pounds. It's handsome. By George, it's enormous! [I]t's the biggest offer I ever had.

LIZA [*rising, terrified*] Sixty pounds! What are you talking about? I never offered you sixty pounds. Where would I get —

(1913 (reprinted 2008), at pp. 43-44)

[298] The Court of Appeal asserted that superior courts have an untouchable core over civil matters and that this core guarantees litigants the right to have their matters adjudicated by a s. 96 court. It concluded that the power of superior courts to hear civil cases was part of the integral functions of superior courts and that to remove this power would emasculate the courts or fundamentally alter their nature. In support of this proposition, it relies on a single statement from *B.C. Trial Lawyers*, at para. 32, indicating that the core jurisdiction of superior courts involves the power to “resolve disputes between individuals and decide questions of private . . . law”.

[299] In my respectful view, *B.C. Trial Lawyers* did not broaden the core monetary jurisdiction of superior courts. The case stands for the proposition that

peut être de la petite monnaie pour un autre, comme l'a ironiquement démontré George Bernard Shaw dans l'échange suivant, tiré de la pièce *Pygmalion*, entre le professeur Henry Higgins et son ami, le colonel Pickering, où Higgins explique à Pickering pourquoi il est prêt à accepter les quelques pièces que lui offre Liza Doolittle, plutôt que son tarif habituel, en guise de paiement pour des leçons de langue :

HIGGINS [. . .] Dites donc, Pickering, si vous considérez un franc non comme un simple franc, mais par rapport au gain de cette fille, vous voyez qu'il est largement l'équivalent de douze ou quinze cents francs d'un millionnaire.

PICKERING Comment cela?

HIGGINS Prenez des chiffres. Un millionnaire a environ trois mille francs par jour. Et elle, elle gagne environ quatre francs par jour. Elle m'offre deux cinquièmes de son revenu quotidien pour une leçon. Or, les deux cinquièmes du revenu quotidien d'un millionnaire se monteraient à environ douze cents francs. C'est beau. Pardieu, c'est énorme! C'est l'offre la plus forte que j'aie jamais eue!

LIZA [*se levant, terrifiée*] Douze cents balles! Mais d'quoi que vous parlez? Jamais j'veus ai offert douze cents balles. Où c'est que j'irais les . . .

((1967), p. 55-56)

[298] La Cour d'appel a affirmé que les cours supérieures possèdent un noyau intouchable de compétence en matière civile, et que ce noyau garantit aux plaideurs le droit de faire trancher leurs litiges par une cour visée à l'art. 96. Elle a conclu que le pouvoir des cours supérieures d'entendre des litiges civils fait partie intégrante des fonctions de ces tribunaux, et que leur retirer ce pouvoir les affaiblirait considérablement ou modifierait fondamentalement leur nature. Au soutien de cette proposition, elle invoque une seule déclaration, tirée de l'arrêt *B.C. Trial Lawyers*, par. 32, selon laquelle la compétence fondamentale des cours supérieures inclut le pouvoir de « résoudre des différends opposant des particuliers et de trancher des questions de droit privé ».

[299] Avec égards, l'arrêt *B.C. Trial Lawyers* n'a pas élargi le champ de la compétence pécuniaire fondamentale des cours supérieures. Cet arrêt permet



when hearing fees leave litigants without the opportunity to access a public, independent and impartial tribunal, superior court judges must have discretion to waive those fees. It does not stand for the principle that litigants have an unfettered constitutional right to bring all civil disputes to a superior court.

[300] My colleagues Justices Côté and Martin conclude that absent protections for a core jurisdiction over civil claims, the superior courts will no longer be able to provide “jurisprudential guidance on private law” (at para. 86), jeopardizing the “rule of law” in this country. While it is clear that this Court has recognized a link between core jurisdiction and the rule of law, my colleagues have, with respect, vastly overstated the reach of that concept. In the s. 96 context, “the rule of law” means that superior courts must have the autonomy to enforce their own judgments, that courts must be impartial and independent and that superior courts must maintain residual jurisdiction over cases which otherwise have not been assigned to a competent forum (*MacMillan Bloedel; Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3 (“*P.E.I. Reference*”); *B.C. Trial Lawyers*). The rule of law does not mean that if some questions of private law are determined in one independent and impartial forum rather than another, Canada’s “actual order of positive laws” will be impermissibly altered (Côté and Martin JJ.’s reasons, at para. 85).

[301] There is no doubt that legislation cannot have the effect of taking away the authority superior courts need in order to make sure that they can effectively adjudicate the claims which are properly before them and to enforce their orders in those cases, but “core” jurisdiction has been held to be a narrow concept, not a malleable one. It is intended to protect only the essential role and function of superior courts. As long as the “essential character” of superior courts is neither undermined nor impaired, provincial legislatures are constitutionally entitled to exercise their

d’affirmer que, lorsque des frais d’audience empêchent des plaideurs d’avoir accès à un tribunal public, indépendant et impartial, les juges des cours supérieures doivent disposer du pouvoir discrétionnaire de dispenser les plaideurs de ces frais. Il n’établit pas le principe que les plaideurs possèdent un droit constitutionnel absolu de soumettre tous litiges civils à une cour supérieure.

[300] Mes collègues les juges Côté et Martin concluent qu’en l’absence de mesures protégeant la compétence fondamentale en matière de réclamations civiles, les cours supérieures ne seront plus capables de développer « la jurisprudence en matière de droit privé » (par. 86), ce qui compromettrait la « primauté du droit » au pays. Bien qu’il soit évident que la Cour a reconnu l’existence d’un lien entre la compétence fondamentale et la primauté du droit, mes collègues ont, soit dit en tout respect, grandement exagéré la portée de ce concept. Dans le contexte de l’art. 96, la « primauté du droit » signifie que les cours supérieures doivent disposer de l’autonomie nécessaire pour faire respecter leurs propres décisions, elles doivent être impartiales et indépendantes, et elles doivent conserver une compétence résiduelle sur les affaires qui n’ont pas été assignées à un forum compétent (*MacMillan Bloedel; Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3 (« *Renvoi relatif à l’Î.-P.-É.* »); *B.C. Trial Lawyers*). La primauté du droit ne signifie pas que si certaines questions de droit privé sont tranchées par un forum impartial et indépendant plutôt que par un autre, l’« ordre réel de droit positif » au Canada sera modifié de façon inacceptable (motifs des juges Côté et Martin, par. 85).

[301] Il ne fait aucun doute qu’une mesure législative ne peut pas avoir pour effet de retirer aux cours supérieures le pouvoir dont elles ont besoin pour statuer efficacement sur les litiges qui leur sont régulièrement soumis et pour faire respecter les ordonnances qu’elle rendent dans ces affaires, mais il a été jugé que la compétence « fondamentale » est un concept étroit, et non pas un concept malléable. Il vise à protéger uniquement la fonction et le rôle essentiels des cours supérieures. Tant que le « caractère essentiel » des cours supérieures n’est ni

jurisdiction under s. 92(14) by creating and authorizing provincial courts, even exclusively, to respond to local justice needs, not as those needs existed at Confederation, but as they exist now.

[302] There is no evidence that reducing the civil jurisdiction of the Superior Court of Quebec by \$15,000 has impaired the ability of the Superior Court to perform any of its recognized core functions. In fact, art. 35 *C.C.P.* does not alter *any* of the characteristics or attributes of the Superior Court of Quebec, let alone materially. The notion that our superior courts have inherited some core power over the development of private law from the pre-Confederation English courts of inherent jurisdiction is irreconcilable with the fact that superior courts, since Confederation, have shared that role with a number of provincial courts. In other words, superior courts have never had the exclusive responsibility of guiding the development of private law. This role, therefore, cannot be part of superior courts' core jurisdiction. The "core" test from *MacMillan Bloedel*, no matter how it is applied, results in the conclusion that reducing the exclusive jurisdiction of the Superior Court by \$15,000 does not impair the core of that court in any way.

[303] Although the classic application of the *Residential Tenancies/MacMillan Bloedel* test is dispositive of the appeal, this case reveals some of the fault lines of that approach. It may be time to consider replacing the test in a way that updates the law on the relationship between ss. 92(14) and 96 and synchronizes it with this Court's approach to constitutional interpretation generally and, in particular, with Chief Justice Lamer's observations in *Residential Tenancies (1996)* where he invoked Lord Sankey's famous admonition in the 1929 "Persons" case (*Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930]

compromis ni affaibli, les législatures provinciales sont constitutionnellement autorisées à exercer la compétence que leur accorde le par. 92(14) en créant des cours provinciales et en les habilitant, même de façon exclusive, à répondre aux besoins locaux en matière de justice, non pas aux besoins tels qu'ils existaient au moment de la Confédération, mais tels qu'ils existent maintenant.

[302] Il n'y a aucune preuve que le fait de réduire de 15 000 \$ la compétence civile de la Cour supérieure du Québec compromet sa capacité de s'acquitter de l'une ou l'autre de ses fonctions fondamentales reconnues. En fait, l'art. 35 *C.p.c.* n'a pas pour effet de modifier *quelque* caractéristique ou attribut de la Cour supérieure du Québec, encore moins de façon concrète. L'idée selon laquelle nos cours supérieures ont hérité des tribunaux anglais préconfédératifs dotés d'une compétence inhérente un certain pouvoir fondamental sur l'évolution du droit privé est incompatible avec le fait que, depuis la Confédération, les cours supérieures ont partagé ce rôle avec un certain nombre de cours provinciales. En d'autres termes, les cours supérieures n'ont jamais eu la responsabilité exclusive de guider l'évolution du droit privé. Par conséquent, ce rôle ne saurait faire partie de la compétence fondamentale des cours supérieures. Peu importe comment il est appliqué, le critère relatif au noyau de pouvoirs ou à la compétence fondamentale énoncé dans l'arrêt *MacMillan Bloedel* mène à la conclusion que le fait de réduire de 15 000 \$ la compétence exclusive de la Cour supérieure n'affaiblit d'aucune manière la compétence fondamentale de ce tribunal.

[303] Bien que l'application classique de l'analyse établie dans les arrêts *Renvoi sur la location résidentielle* et *MacMillan Bloedel* permette de trancher le pourvoi, la présente affaire révèle certaines des lacunes de cette approche. Il est peut-être temps d'envisager de remplacer l'analyse de manière à actualiser le droit relatif à l'interaction entre le par. 92(14) et l'art. 96 et à le mettre en phase avec la méthode d'interprétation constitutionnelle de la Cour en général et, plus particulièrement, avec les observations suivantes du juge en chef Lamer dans *Residential Tenancies (1996)*, dans lequel ce

A.C. 124 (P.C.)) that the Constitution is a “living tree” to be interpreted flexibly:

Notwithstanding the importance of s. 96 in its institutional context (i.e. the protection of the independence and the “core” jurisdiction of superior courts), we have recognized that *a constitution is a “living tree”* which must be capable of accommodating new areas and new interests. Consequently, a flexible approach has been adopted in determining when judicial power may be transferred to inferior courts and tribunals.

Consistent with this flexible approach, this Court, on occasion, has expressed sympathy for the proposition that s. 96 should not be interpreted so as to thwart or unduly restrict the future growth of provincial administrative tribunals. We have acknowledged that “[a]daptations must be permitted to allow the legislatures scope to deal effectively with emerging social problems and concerns, and to develop new techniques of dispute resolution and the expeditious disposition of relatively minor disputes” for the benefit of its citizenry. After all, the Constitution is a document for the people and one of the most important goals of any system of dispute resolution is to serve well those who make use of it. For most civil matters, individual litigants are largely concerned with obtaining access to inexpensive and expedient adjudication.

The challenge for this Court is to balance these institutional and individual concerns while ensuring that s. 96 continues to play an important and meaningful role in Canadian society. [Emphasis added; citations omitted; text in brackets in original; paras. 27-29.]

[304] That living tree has been well watered by this Court, not only to protect both provincial and federal spheres of jurisdiction, but also to give them flexibility when doing so does not materially impair the other’s ability to exercise its constitutional mandate. This has come to be known as flexible or cooperative federalism and has been used by this Court as an aid in interpreting the Constitution and resolving

dernier a invoqué la célèbre mise en garde de lord Sankey dans l’affaire « Persons » de 1929 (*Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (C.P.)), selon laquelle la Constitution est comme un « arbre » et doit recevoir une interprétation souple :

Malgré l’importance de l’art. 96 du point de vue institutionnel (c’est-à-dire le fait qu’il protège l’indépendance et la compétence fondamentale des cours supérieures), nous avons reconnu qu’*une constitution est comme un « arbre »*, et qu’elle doit être capable d’adaptation à de nouveaux domaines et à de nouveaux intérêts. Par conséquent, une démarche souple a été adoptée afin de déterminer dans quels cas des pouvoirs judiciaires peuvent être transférés à des tribunaux inférieurs et à des tribunaux administratifs.

Conformément à cette démarche souple, notre Cour a, à l’occasion, indiqué qu’elle comprenait l’argument que l’art. 96 ne doit pas être interprété de façon à faire échec à la croissance que sont appelés à connaître les tribunaux administratifs provinciaux, ou de façon à restreindre indûment cette croissance. Nous avons reconnu que « [d]es adaptations doivent être permises de façon à donner aux législatures la possibilité de faire face aux nouveaux problèmes et intérêts sociaux et de mettre au point de nouvelles techniques de solution des litiges et de règlement rapide des litiges relativement peu importants » pour le bénéfice de ses citoyens. Après tout, la Constitution est un document fait pour le peuple, et l’un des objectifs les plus importants de tout mécanisme de règlement des différends est de bien servir ceux qui y ont recours. Règle générale, en matière civile, les particuliers plaideurs sont surtout intéressés à recourir à des mécanismes décisionnels rapides et peu coûteux.

La difficulté que doit surmonter notre Cour est de trouver un équilibre entre les considérations institutionnelles et les préoccupations des individus, tout en faisant en sorte que l’art. 96 continue de jouer un rôle important et utile dans la société canadienne. [Italique ajouté; références omises; texte entre crochets dans l’original; par. 27-29.]

[304] Cet arbre a été bien arrosé par notre Cour, non seulement pour protéger les sphères de compétence provinciale et fédérale, mais aussi pour donner à l’une une certaine extension lorsque le faire n’affaiblit pas de façon appréciable la capacité de l’autre de s’acquitter de son mandat constitutionnel. Ce principe que l’on appelle désormais le fédéralisme souple ou coopératif a été appliqué par notre Cour comme

tensions between federal and provincial heads of power (*Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at para. 32; *R. v. Comeau*, [2018] 1 S.C.R. 342, at para. 77).

[305] In *Kitkatla Band v. British Columbia (Minister of Small Business, Tourism and Culture)*, [2002] 2 S.C.R. 146, for example, this Court held that a provincial Act aimed at protecting heritage objects could apply to the artifacts of Indigenous people, even though the Act had a disproportionate effect on the people regulated by federal jurisdiction over aboriginal affairs under s. 91(24). Cooperative federalism is also why this Court's jurisprudence on the division of powers recognizes that the provincial and federal powers are not watertight compartments, and that both levels of government can legislate over the same subject matter so long as there is no operational conflict (*Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161). Provincial laws will not be invalid simply because they *affect* an area that could have been federally regulated, there must be some form of impairment or frustration of purpose (Hogg, at pp. 15-28 to 15-29 and 16-4 to 16-10.6). It is an approach that recognizes that “[i]t is . . . fundamental . . . that both federal and provincial powers must be respected, and one power may not be used in a manner that effectively eviscerates another” (*Reference re Securities Act*, [2011] 3 S.C.R. 837, at para. 7). And in *Canadian Western Bank v. Alberta*, [2007] 2 S.C.R. 3, this Court stated that a “legitimate interplay between federal and provincial powers” should be favoured to doctrines which strictly limit provincial authority (paras. 36-37).

[306] This approach to federalism not only accepts that overlap between federal and provincial powers is “inevitable”, but that it is useful because it allows governments to respond to a complex interplay of issues (*NILTU, O Child and Family Services Society*

un outil d'aide à l'interprétation de la Constitution et à la résolution des conflits entre les chefs de compétence fédéraux et provinciaux (*Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 32; *R. c. Comeau*, [2018] 1 R.C.S. 342, par. 77).

[305] À titre d'exemple, dans l'arrêt *Bande Kitkatla c. Colombie-Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, [2002] 2 R.C.S. 146, la Cour a conclu qu'une loi provinciale protégeant les objets patrimoniaux pouvait s'appliquer aux artefacts des peuples autochtones, même si la loi avait un effet disproportionné sur les personnes relevant du pouvoir fédéral sur les questions autochtones prévu au par. 91(24). Le fédéralisme coopératif est aussi la raison pour laquelle la jurisprudence de la Cour sur le partage des compétences reconnaît que les pouvoirs provinciaux et fédéraux ne sont pas des compartiments étanches et que les deux ordres de gouvernement peuvent légiférer sur la même matière, pour autant qu'il n'y ait pas de conflit d'application (*Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161). Les lois provinciales ne seront pas invalides simplement parce qu'elles *touchent* à un domaine qui aurait pu être régi par le fédéral; il doit exister une forme d'atteinte ou d'entrave à la réalisation d'un objectif (Hogg, p. 15-28 à 15-29 et 16-4 à 16-10.6). C'est une approche qui reconnaît que « [l]a proposition suivant laquelle tant les pouvoirs fédéraux que ceux des provinces doivent être respectés et qu'un pouvoir ne peut être utilisé d'une manière telle que cela revienne en réalité à en vider un autre de son essence constitue un principe fondamental du fédéralisme » (*Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, [2011] 3 R.C.S. 837, par. 7). Qui plus est, dans l'arrêt *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, [2007] 2 R.C.S. 3, la Cour a déclaré qu'une « interaction légitime des pouvoirs fédéraux et provinciaux » devait être privilégiée par rapport aux doctrines qui limitent strictement les pouvoirs des provinces (par. 36-37).

[306] Une telle approche à l'égard du fédéralisme accepte non seulement qu'un chevauchement entre les pouvoirs fédéraux et provinciaux est « inévitable », mais également qu'il est utile parce qu'il permet aux gouvernements de répondre à un

*v. B.C. Government and Service Employees' Union*, [2010] 2 S.C.R. 696, at paras. 42-43). It also explains this Court's permissive approach to paramountcy, a doctrine which invalidates provincial laws which *interfere* with federal laws (*Chatterjee v. Ontario (Attorney General)*, [2009] 1 S.C.R. 624, at para. 53). In *Orphan Well Association v. Grant Thornton Ltd.*, [2019] 1 S.C.R. 150, this Court said: "Conflict must be defined narrowly so that each level of government may act as freely as possible within its respective sphere of constitutional authority" (para. 66). Similarly, in *Saskatchewan (Attorney General) v. Lemare Lake Logging Ltd.*, [2015] 3 S.C.R. 419, the Court explained that a "restrained approach" to paramountcy was in order and that a harmonious approach favouring compatibility should be taken (para. 21).

[307] Most recently, in *Comeau*, the Court decided that provincially enacted prohibitions on owning liquor purchased from an entity other than the provincial commission did not violate s. 121 of the Constitution which protects the free transfer of goods throughout the country. The Court explained that

s. 121 prohibits the imposition of charges on goods crossing provincial boundaries — tariffs and tariff-like measures. At the same time, the historical *evidence nowhere suggests that provinces, for example, would lose their power to legislate under s. 92 of the Constitution Act, 1867 for the benefit of their constituents even if that might have impacts on interprovincial trade*. [Emphasis added; para. 67.]

It called for "provisions like s. 121" being "interpreted in a way that does not deprive Parliament and provincial legislatures of the powers granted to them to deal effectively with problems that arise" (para. 72). Moreover, it explained: "An expansive interpretation of federal powers is typically met with calls for recognition of broader provincial powers,

ensemble complexe de questions (*NIL/TU, O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees' Union*, [2010] 2 R.C.S. 696, par. 42-43). Cette approche explique également l'interprétation permissive de la Cour à l'égard de la prépondérance, doctrine qui invalide les lois provinciales qui *empiètent* sur des lois fédérales (*Chatterjee c. Ontario (Procureur général)*, [2009] 1 R.C.S. 624, par. 53). Dans l'arrêt *Orphan Well Association c. Grant Thornton Ltd.*, [2019] 1 R.C.S. 150, la Cour a affirmé que « [l]e conflit doit être défini de façon étroite pour que chaque ordre de gouvernement puisse agir aussi librement que possible dans sa sphère de compétence constitutionnelle respective » (par. 66). De même, dans l'arrêt *Saskatchewan (Procureur général) c. Lemare Lake Logging Ltd.*, [2015] 3 R.C.S. 419, la Cour a expliqué que les tribunaux doivent adopter une « approche restrictive » à l'égard de la prépondérance et qu'une interprétation harmonieuse favorisant la compatibilité doit être privilégiée (par. 21).

[307] Récemment, dans l'arrêt *Comeau*, la Cour a jugé que des dispositions édictées par une province qui prohibaient la possession de boissons alcooliques achetées auprès d'une entité autre que la société des alcools provinciale ne contrevenaient pas à l'art. 121 de la Constitution qui protège la libre circulation des marchandises dans l'ensemble du pays. La Cour a donné les explications suivantes :

... l'art. 121 interdit l'imposition de tarifs et d'autres mesures semblables sur les biens qui circulent d'une province à une autre. Parallèlement, *la preuve historique n'indique nullement que les provinces, par exemple, perdraient leur pouvoir de légiférer en vertu de l'art. 92 de la Loi constitutionnelle de 1867 dans l'intérêt de leurs citoyens, même si cela pouvait avoir une incidence sur le commerce interprovincial*. [Italique ajouté; par. 67.]

La Cour a indiqué que « [l]'interprétation » donnée aux « dispositions comme l'art. 121 [. . .] doit être telle qu'elle ne prive pas le Parlement et les législatures des pouvoirs qui leur sont conférés pour traiter efficacement les problèmes qui se posent » (par. 72). En outre, la Cour a expliqué qu'une « interprétation large des pouvoirs fédéraux s'accompagne

and vice versa; the two are in a symbiotic relationship” (para. 79).

[308] There is no reason why such an approach should not be extended to our understanding of the relationship between s. 92(14), which allows provinces to create courts of civil or criminal jurisdiction, and s. 96.

[309] As Prof. Hogg noted, this Court’s approach to s. 96 has been “regrettable” and an “impediment to much new regulatory or social policy” (p. 7-38.1). He also criticized the parochialism of the *Residential Tenancies* test:

. . . [The *Residential Tenancies* test] is not satisfactory as constitutional-law doctrine. Each of the three steps is vague and disputable in many situations, and small differences between the provinces in their history or institutional arrangements can spell the difference between the validity and invalidity of apparently similar administrative tribunals . . . . The courts are unlikely to abandon doctrine which has been built up over a long time; nor are they likely to abandon their concern (which I regard as extravagant) to prevent the erosion of superior-court jurisdiction. [pp. 7-49 to 7-50]

[310] Other scholars have argued that the test itself is unduly technical and history-based, making it antithetical to this Court’s practice of applying purposive constitutional interpretation. In their view, too rigorous an application of the test may lead to institutions being frozen in time in a way that makes them [TRANSLATION] “outdated and inefficient” (Gaétan Migneault, “L’administration de la justice et la structure judiciaire canadienne” (2006), 37 *R.D.U.S.* 41, at p. 43; see also J. Gareth Morley, “Dead Hands, Living Trees, Historic Compromises: The Senate Reform and Supreme Court Act References Bring the Originalism Debate to Canada” (2016), 53 *Osgoode Hall L.J.* 745).

habituellement d’appels à la reconnaissance de pouvoirs provinciaux plus larges, et vice versa; ces pouvoirs sont en symbiose » (par. 79).

[308] Il n’y a aucune raison de ne pas élargir cette approche à notre conception de la relation entre le par. 92(14), qui habilite les provinces à créer des tribunaux de juridiction civile ou criminelle, et l’art. 96.

[309] Comme l’a souligné le professeur Hogg, l’approche appliquée par notre Cour à l’égard de l’art. 96 est [TRADUCTION] « regrettable » et constitue un « obstacle à beaucoup de nouvelles politiques réglementaires ou sociales » (p. 7-38.1). Il a aussi critiqué le particularisme de l’analyse établie dans le *Renvoi sur la location résidentielle* :

[TRADUCTION] . . . [L’analyse établie dans le *Renvoi sur la location résidentielle*] n’est pas satisfaisante comme doctrine de droit constitutionnel. Chacune des trois étapes est vague et contestable dans bien des situations, et de petites divergences entre les provinces du point de vue de leur histoire ou de leurs pratiques institutionnelles peuvent être déterminantes quant à la validité ou à l’invalidité de tribunaux administratifs apparemment similaires [. . .] Il est peu probable que les tribunaux abandonnent une doctrine qui s’est développée sur une longue période; ou encore qu’ils renoncent à leur souci (que je considère extravagant) de prévenir l’érosion de la compétence des cours supérieures. [p. 7-49 à 7-50]

[310] D’autres auteurs soutiennent que l’analyse elle-même est excessivement technique et axée sur l’histoire, et de ce fait antithétique à la pratique de notre Cour consistant à appliquer une interprétation constitutionnelle téléologique. À leur avis, une application trop stricte de l’analyse pourrait avoir pour effet de figer les institutions dans le temps, d’une manière qui les rendrait « désu[ète]s et inefficace[s] » (Gaétan Migneault, « L’administration de la justice et la structure judiciaire canadienne » (2006), 37 *R.D.U.S.* 41, p. 43; voir aussi J. Gareth Morley, « Dead Hands, Living Trees, Historic Compromises : The Senate Reform and Supreme Court Act References Bring the Originalism Debate to Canada » (2016), 53 *Osgoode Hall L.J.* 745).

[311] The principles of regional diversity and subsidiarity add philosophical oxygen to the need for the generous approach to the authority of provincial governments to make jurisdictional grants to provincial adjudicative bodies called for by Chief Justice Duff in the *Adoption Reference*, Justice Wilson in *Sobeys Stores* and Chief Justice Lamer in *Residential Tenancies (1996)*. In *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, [2001] 2 S.C.R. 241, at para. 3, Justice L'Heureux-Dubé explained that subsidiarity is based on the principle that decisions “are often best [made] at a level of government that is not only effective, but also closest to the citizens affected” (see also *Canadian Western Bank*, at para. 45). Justices LeBel and Deschamps in *Reference re Assisted Human Reproduction Act*, [2010] 3 S.C.R. 457, at para. 183, confirmed the significance of the approach when they said that the notion of subsidiarity recognizes that the level of government “closest to the citizen” is in “the best position to respond to the citizen’s concerns”. Ensuring the ability of local governments to more freely address local concerns in turn “facilitates democratic participation by distributing power to the government thought to be most suited to achieving the particular societal objective” (para. 183, quoting *Reference re Secession of Quebec*, at para. 58).

[312] Provincial governments are closer to the issues affecting most people who use the courts and to the realities of local issues. They are therefore better placed to recognize and address local concerns with the justice system. Provincial legislatures must be able to facilitate access to justice by empowering courts and tribunals which are responsive to those needs of the justice system.

[313] This Court’s judgment in the first *Residential Tenancies* reference was not particularly concerned with the benefits of flexible federalism. Rather, it was animated by a number of protective aspirations

[311] Les principes de diversité régionale et de subsidiarité étayent philosophiquement le besoin d’appliquer, à l’égard du pouvoir des gouvernements provinciaux d’attribuer des compétences aux organismes juridictionnels provinciaux, l’interprétation libérale préconisée par le juge en chef Duff dans le *Renvoi sur l’adoption*, par la juge Wilson dans l’arrêt *Sobeys Stores* et par le juge en chef Lamer dans l’arrêt *Residential Tenancies (1996)*. Dans l’affaire *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d’arrosage) c. Hudson (Ville)*, [2001] 2 R.C.S. 241, par. 3, la juge L’Heureux-Dubé a expliqué que la subsidiarité repose sur le principe que « 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 » (voir aussi *Banque canadienne de l’Ouest*, par. 45). Dans le *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, [2010] 3 R.C.S. 457, par. 183, les juges LeBel et Deschamps ont confirmé l’importance de cette approche, lorsqu’ils ont affirmé que le principe de la subsidiarité permet de reconnaître que l’ordre de gouvernement « le plus proche du citoyen » est « le plus à même de répondre aux préoccupations de ce citoyen ». S’assurer que les gouvernements régionaux sont en mesure de répondre plus librement aux préoccupations locales « facilite [...] la participation à la démocratie en conférant des pouvoirs au gouvernement que l’on croit le mieux placé pour atteindre un objectif sociétal donné » (par. 183, citant l’arrêt *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, par. 58).

[312] Les gouvernements provinciaux sont plus près des questions qui touchent la plupart des personnes s’adressant aux tribunaux, ainsi que des réalités des enjeux locaux. Ils sont par conséquent mieux placés pour reconnaître les préoccupations locales concernant le système de justice et pour y répondre. Les législatures provinciales doivent être capables de faciliter l’accès à la justice en habilitant à cette fin les tribunaux judiciaires et administratifs qui répondent aux besoins du système de justice.

[313] La décision de la Cour dans le premier *Renvoi sur la location résidentielle* ne s’attachait pas particulièrement aux avantages d’un fédéralisme souple. Elle était plutôt animée par un certain nombre

for s. 96 courts. The first was the desire to promote national unity through the preservation of a unitary court system. As this Court explained in *Residential Tenancies*:

... the intended effect of s. 96, would be destroyed if a province could pass legislation creating a tribunal, appoint members thereto, and then confer on the tribunal the jurisdiction of the superior courts. *What was conceived as a strong constitutional base for national unity, through a unitary judicial system, would be gravely undermined.* [Emphasis added; p. 728.]

[314] The second was ensuring that disputes are adjudicated by impartial and independent courts. The close relationship between the preservation of s. 96 jurisdiction and the need for an independent judiciary was explained in *McEvoy v. Attorney General for New Brunswick*, [1983] 1 S.C.R. 704, at p. 720, where the Court said:

The traditional independence of English Superior Court judges has been raised to the level of a fundamental principle of our federal system by the *Constitution Act, 1867* and cannot have less importance and force in the administration of criminal law than in the case of civil matters. Under the Canadian constitution the Superior Courts are independent of both levels of government. The provinces constitute, maintain and organize the Superior Courts; the federal authority appoints the judges. The judicature sections of the *Constitution Act, 1867* guarantee the independence of the Superior Courts; they apply to Parliament as well as to the Provincial Legislatures. [Emphasis added.]

[315] The link between judicial independence and the imposition of constraints on provincial court jurisdiction was explained by Justice Wilson in *Sobeys Stores* when she observed that much of the s. 96 jurisprudence “establishes the proposition that, while the jurisdiction of the inferior [*sic*] courts will not be frozen as of the date of Confederation, neither will it be substantially expanded *so as to undermine the independence of the judiciary which s. 96 protects*” (p. 253 (emphasis added)).

d’aspirations protectrices à l’égard des cours visées à l’art. 96. La première était le désir de promouvoir l’unité nationale par la préservation d’un système judiciaire unitaire. Comme l’a expliqué notre Cour dans le *Renvoi sur la location résidentielle* :

... on détruirait [...] l’effet qu’on voulait donner à l’art. 96 si une province pouvait adopter une loi créant un tribunal, nommer ses juges et lui attribuer la compétence des cours supérieures. *Ce qu’on concevait comme un fondement constitutionnel solide de l’unité nationale, au moyen d’un système judiciaire unitaire, serait gravement sapé à sa base.* [Italique ajouté; p. 728.]

[314] La seconde était de veiller à ce que les litiges soient tranchés par des tribunaux impartiaux et indépendants. La relation étroite qui existe entre la préservation de la compétence prévue à l’art. 96 et le besoin de pouvoir compter sur une magistrature indépendante a été expliquée dans l’arrêt *McEvoy c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1983] 1 R.C.S. 704, p. 720, où la Cour a affirmé ce qui suit :

La *Loi constitutionnelle de 1867* érige en principe fondamental de notre régime fédéral l’indépendance traditionnelle des juges des cours supérieures anglaises et cette indépendance ne peut être moins importante et moins vitale dans l’administration du droit criminel qu’elle ne l’est dans les affaires civiles. Aux termes de la Constitution canadienne, les cours supérieures sont indépendantes des deux paliers de gouvernement. Les provinces créent, maintiennent et organisent les cours supérieures; le fédéral nomme les juges. Les articles de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui portent sur l’organisation judiciaire *garantissent l’indépendance des cours supérieures*; ils s’appliquent aussi bien au Parlement qu’aux législatures provinciales. [Italique ajouté.]

[315] Le lien entre l’indépendance judiciaire et l’imposition de contraintes limitant la compétence des cours provinciales a été expliqué par la juge Wilson dans l’arrêt *Sobeys Stores*, lorsqu’elle a fait observer qu’une grande partie de la jurisprudence relative à l’art. 96 « établit que, si la compétence des tribunaux inférieurs [*sic*] ne saurait être figée à la date de la Confédération, elle ne saurait non plus être substantiellement élargie *au point de saper l’indépendance du pouvoir judiciaire que protège l’art. 96* » (p. 253 (italique ajouté)).



[316] In this way, the Court's approach to s. 96 was said to reinforce Prof. W. R. Lederman's theory that certain cases *must* be heard by superior courts because they must be decided by *independent* courts ("The Independence of the Judiciary" (1956), 34 *Can. Bar Rev.* 769 and 1139). The rationale for narrowly circumscribing the provincial power over courts and tribunals was not that there is some inherent value in the judiciary being appointed by the federal government, it was in ensuring that the independence of the country's judiciary was not eroded through the creation of "shadow courts". Chief Justice Lamer reiterated this point in *Residential Tenancies* (1996) when he explained that the s. 96 jurisprudence is concerned with protecting the "independence and the 'core' jurisdiction of superior courts" (para. 27).

[317] But the assumption that the Constitution protected the independence only of superior courts disintegrated in the 1997 *P.E.I. Reference* dealing with the constitutionality of different provincial schemes for remunerating provincial court judges. The specific issue was determining whether the Constitution ensured the independence and impartiality of *provincially* appointed judges and whether legislative modifications to those judges' pay structure undermined that independence.

[318] Chief Justice Lamer concluded that the time had come to recognize that the Constitution's preamble recognized that *all* courts, including provincial courts, enjoyed constitutionally protected independence. In his view, the maintenance of strong judicial institutions was so fundamental to the maintenance of our constitutional order that the provincial power to create courts under s. 92(14) "implie[s]" those protections (para. 108). In turn, the constitutionalization of the independence of provincial courts helps maintain "the rule of law". Of particular significance in the appeal before us, Chief Justice Lamer concluded that the purpose of s. 96 could now shift away from the protection of national unity and toward "the maintenance of the rule of law through the protection

[316] Suivant ce point de vue, on a dit que l'approche de la Cour en ce qui concerne l'art. 96 renforçait la théorie du professeur W. R. Lederman selon laquelle certaines affaires *doivent* être entendues par des cours supérieures, parce qu'elles doivent être tranchées par des tribunaux *indépendants* (« The Independence of the Judiciary » (1956), 34 *R. du B. can.* 769 et 1139). Le raisonnement justifiant de circonscrire étroitement le pouvoir des provinces en ce qui concerne les cours de justice et les tribunaux administratifs n'était pas qu'il y a une valeur intrinsèque dans le fait que des juges soient nommés par le fédéral, mais qu'il fallait veiller à ce que l'indépendance de la magistrature au pays ne soit pas érodée par la création de « cours de justice parallèles ». Le juge en chef Lamer a réitéré ce point dans l'arrêt *Residential Tenancies Act* (1996), lorsqu'il a expliqué que la jurisprudence relative à l'art. 96 vise à protéger « l'indépendance et la compétence fondamentale des cours supérieures » (par. 27).

[317] Cependant, la thèse voulant que la Constitution protège uniquement l'indépendance des cours supérieures s'est effritée dans le *Renvoi relatif à l'Î.-P.-É.* de 1997, qui portait sur la constitutionnalité de différents régimes provinciaux de rémunération des juges des cours provinciales. La question précise consistait à déterminer si la Constitution protégeait l'indépendance et l'impartialité des juges nommés par les *provinces* et si les modifications législatives apportées à la structure de rémunération de ces juges avaient pour effet de miner cette indépendance.

[318] Le juge en chef Lamer a conclu que le temps était venu d'admettre que le préambule de la Constitution reconnaissait que *tous* les tribunaux, y compris les cours provinciales, jouissent d'une indépendance protégée constitutionnellement. Selon lui, le maintien d'institutions judiciaires solides était si fondamental à la préservation de notre ordre constitutionnel que le pouvoir provincial de créer des tribunaux en vertu du par. 92(14) « impli[que] » ces protections (par. 108). À son tour, la constitutionnalisation de l'indépendance des cours provinciales aide à maintenir « la primauté du droit ». Fait important dans le pourvoi dont nous sommes saisis, le juge en chef Lamer a conclu que l'objet de l'art. 96 pouvait désormais s'éloigner de la protection de

of the judicial role” (para. 88). But the rule of law that requires that competent and independent adjudicators decide questions of law “should be indifferent as to which independent court or tribunal is entitled to ensure that enforcement” (Peter W. Hogg and Cara F. Zwibel, “The rule of law in the Supreme Court of Canada” (2005), 55 *U.T.L.J.* 715, at p. 731).

[319] By guaranteeing the same constitutional protection for judicial independence to both superior and provincial courts, and their joint designation as defenders of the rule of law, the *P.E.I. Reference* represented a fundamental change in the constitutional attributes of the Canadian judiciary, a change which, in my respectful view, made the utility and legitimacy of a strict approach to s. 96, especially through the *Residential Tenancies* test, wobblier.

[320] Since the original purpose of the *Residential Tenancies* test was ensuring that provinces did not establish courts or administrative tribunals with adjudicative jurisdiction over matters which would remove the jurisdiction of an *independent* court to adjudicate justiciable disputes, the concern was no longer relevant after the *P.E.I. Reference* (see Patrick Healy, “Constitutional Limitations upon the Allocation of Trial Jurisdiction to the Superior or Provincial Court in Criminal Matters” (2003), 48 *Crim. L.Q.* 31, at p. 35). As Prof. Healy observed, this Court’s approach to the legislative allocation of jurisdiction “over-states the significance of the superior court and understates the significance of the provincial court” (p. 67).

[321] Given the constitutionally enshrined independence of the provincial courts, they are as well placed to uphold the rule of law independently as the

l’unité nationale et s’attacher au « maintien de la primauté du droit par la protection du rôle des tribunaux » (par. 88). Mais la primauté du droit, qui requiert que ce soit des décideurs compétents et indépendants qui tranchent les questions de droit, [TRADUCTION] « devrait être indifférente quant à l’identité du tribunal judiciaire ou administratif indépendant qui est habilité à assurer le respect de la loi » (Peter W. Hogg et Cara F. Zwibel, « The rule of law in the Supreme Court of Canada » (2005), 55 *U.T.L.J.* 715, p. 731).

[319] Du fait qu’il a garanti la même protection constitutionnelle en matière d’indépendance judiciaire aux cours supérieures ainsi qu’aux cours provinciales, et qu’il les a désignées toutes deux comme des défenseuses de la primauté du droit, le *Renvoi relatif à l’Î.-P.-É.* a représenté un changement fondamental dans les attributs constitutionnels de l’appareil judiciaire canadien, un changement qui, avec égards pour l’opinion contraire, a rendu plus incertaines l’utilité et la légitimité d’une approche stricte à l’égard de l’art. 96, en particulier au moyen de l’analyse établie dans le *Renvoi sur la location résidentielle*.

[320] Comme l’objectif initial de l’analyse établie dans le *Renvoi sur la location résidentielle* était de faire en sorte que les provinces ne créent pas de cours de justice ou de tribunaux administratifs possédant, à l’égard de certaines questions, une compétence juridictionnelle qui aurait pour effet de retirer à un tribunal *indépendant* le pouvoir de trancher des différends justiciables, la préoccupation n’était plus justifiée après le *Renvoi relatif à l’Î.-P.-É.* (voir Patrick Healy, « Constitutional Limitations upon the Allocation of Trial Jurisdiction to the Superior or Provincial Court in Criminal Matters » (2003), 48 *Crim. L.Q.* 31, p. 35). Ainsi que l’a fait observer le professeur Healy, l’approche de notre Cour relativement à l’attribution de compétences juridictionnelles par voie législative [TRADUCTION] « surestime l’importance de la cour supérieure et sous-estime celle de la cour provinciale » (p. 67).

[321] Étant donné que l’indépendance des cours provinciales est consacrée par la Constitution, ces dernières sont aussi bien placées que les cours

superior courts. Appeals to the rule of law and independence, therefore, can no longer serve to narrow the jurisdiction of provincial courts.

[322] As the *P.E.I. Reference* suggests, this newly articulated acknowledgment of the independence of provincial courts makes them a partner in protecting national unity. The principle of national unity was detailed by Justice McLachlin in her dissent in *MacMillan Bloedel*:

The result is a network of related Canadian courts ensuring judicial independence, interprovincial uniformity, and minimum standards of decision making throughout the country. This in turn provides “a strong constitutional base for national unity”. [Citation omitted; para. 51.]

[323] This confirms that there is not some inherent quality in superior court judges which makes them uniquely capable of ensuring minimum standards of justice. The constitutionalization of the independence and impartiality of provincial courts dispels this notion. Increased constitutional recognition of the important role of provincially appointed judges within the Canadian judiciary does nothing to diminish the independence and impartiality of our courts. On the contrary, it enhances the judiciary as a whole and the public’s perception that the provincial court judges they appear before to have their liberty or livelihood or support and custody rights determined are no less judicial because they are appointed by a different level of government. To paraphrase Gertrude Stein, to them a judge is a judge is a judge.

[324] As Prof. Hogg explained, the unitary nature of our court system stems from the fact that provincially and federally administered courts apply both federal and provincial law and are slotted into

supérieures pour faire respecter de manière indépendante la primauté du droit. Il n’est donc plus justifié désormais d’invoquer la primauté du droit et l’indépendance pour restreindre la compétence des cours provinciales.

[322] Comme le suggère le *Renvoi relatif à l’Î.-P.-É.*, cette reconnaissance récemment articulée de l’indépendance des cours provinciales fait de celles-ci des partenaires dans la protection de l’unité nationale. Le principe de l’unité nationale a été explicité par la juge McLachlin, dans ses motifs dissidents dans l’arrêt *MacMillan Bloedel* :

Il en résulte un réseau de tribunaux canadiens connexes qui garantit l’indépendance judiciaire, l’uniformité entre les provinces et l’existence de normes minimales en matière décisionnelle partout au pays, ce qui offre un « fondement constitutionnel solide de l’unité nationale ». [Référence omise; par. 51.]

[323] Cela confirme que les juges des cours supérieures ne possèdent pas quelque qualité intrinsèque qui les rendrait singulièrement aptes à assurer des normes minimales de justice. La constitutionnalisation de l’indépendance et de l’impartialité des cours provinciales écarte cette notion. La reconnaissance constitutionnelle accrue du rôle important que jouent les juges nommés par les provinces au sein de l’appareil judiciaire canadien ne diminue en rien l’indépendance et l’impartialité de nos tribunaux. Au contraire, elle renforce l’ensemble de l’appareil judiciaire ainsi que la perception des membres du public selon laquelle les juges des cours provinciales devant lesquels ils se présentent pour faire trancher leur droit à la liberté ou à leur gagne-pain, ou encore leurs droits à une pension alimentaire ou à la garde de leurs enfants, n’agissent pas moins judiciairement parce qu’ils sont nommés par un ordre de gouvernement différent. Pour paraphraser Gertrude Stein, pour les membres du public, un juge est un juge est un juge.

[324] Comme l’a expliqué le professeur Hogg, la nature unitaire de notre système judiciaire découle du fait que tant les cours de justice administrées par les provinces que celles administrées par

a judicial hierarchy which ultimately culminates at the Supreme Court of Canada:

The administration of justice in Canada has important unitary as well as federal characteristics. Of course, as one would expect in a federal country, there is a separate hierarchy of provincial courts in each province. But these courts, whether they were in existence at the time of Confederation or were established later under s. 92(14), are not confined to deciding cases arising under provincial laws. *The provincial power over the administration of justice in the province enables a province to invest its courts with jurisdiction over the full range of cases, whether the applicable law is federal or provincial or constitutional. Then, there is an appeal from the provincial court of appeal, which stands at the top of each provincial hierarchy, to the Supreme Court of Canada.* Although the Supreme Court of Canada is established by federal legislation, it is more of a national than a federal court, because it is a “general court of appeal for Canada”, with power to hear appeals from the provincial courts (as well as from the federal courts, which are described later) in all kinds of cases, whether the applicable law is federal or provincial or constitutional. *The position of the Supreme Court of Canada, with its plenary jurisdiction, at the top of each provincial hierarchy, has the effect of melding the ten provincial hierarchies into a single national system.* [Emphasis added; p. 7-3.]

[325] Relatedly, Justice La Forest offered the following comments on our unitary court system in *Ontario (Attorney General) v. Pembina Exploration Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 206, a case about whether a provincial small claims court had jurisdiction over claims arising from federal matters:

In assessing the constitutional issues, it is well to remember that the court system in Canada is, in general, a unitary one under which provincially constituted inferior and superior courts of original and appellate jurisdiction apply federal as well as provincial laws under a hierarchical arrangement culminating in the Supreme Court

le fédéral appliquent à la fois les lois fédérales et les lois provinciales, et elles sont partie intégrante d’une hiérarchie judiciaire ayant à son sommet la Cour suprême du Canada :

[TRADUCTION] L’administration de la justice au Canada présente d’importantes caractéristiques unitaires et fédérales. Bien entendu, comme on peut s’y attendre dans un pays fédéral, il existe une hiérarchie distincte de tribunaux provinciaux dans chaque province. Cependant, que ces tribunaux aient existé au moment de la Confédération ou qu’ils aient été créés plus tard en vertu du par. 92(14), ils ne se limitent pas à juger des affaires fondées sur des lois provinciales. *Le pouvoir dont dispose une province en matière d’administration de la justice lui permet de conférer à ses tribunaux compétence sur l’éventail complet des litiges, qu’il s’agisse de droit fédéral, provincial ou constitutionnel. Puis, il y a appel de la décision de la cour d’appel de la province — laquelle se situe au sommet de la hiérarchie judiciaire de chaque province — à la Cour suprême du Canada.* Bien que cette dernière ait été établie par une loi fédérale, elle est davantage une cour nationale qu’une cour fédérale, puisqu’elle est une « cour générale d’appel pour le Canada », dotée du pouvoir d’entendre des appels de décisions des cours provinciales (ainsi que des cours fédérales, qui sont décrites plus loin) dans tous types d’affaires, que le droit applicable soit du droit fédéral, provincial ou constitutionnel. *La place qu’occupe la Cour suprême du Canada, dotée de sa compétence plénière, au-dessus de chaque hiérarchie provinciale, a pour effet de fusionner les dix hiérarchies provinciales en un seul système national.* [Italique ajouté; p. 7-3.]

[325] Dans le même ordre d’idées, le juge La Forest a formulé les commentaires suivants au sujet de notre système judiciaire unitaire dans l’arrêt *Ontario (Procureur général) c. Pembina Exploration Canada Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 206, une affaire soulevant la question de savoir si une cour des petites créances provinciale avait compétence à l’égard de demandes portant sur un domaine de compétence fédérale :

En examinant les questions constitutionnelles, il convient de se rappeler que le système judiciaire canadien est, de façon générale, un système unitaire en vertu duquel les tribunaux provinciaux d’instance inférieure et supérieure qui ont compétence en première instance et en appel appliquent les lois tant fédérales que provinciales

of Canada established by Parliament under s. 101 of the *Constitution Act, 1867*.

...

I have already referred to my view that a province may, in the exercise of its powers under s. 92(14), confer general jurisdiction on its courts, and that I saw no reason why this power did not extend to courts of inferior jurisdiction. Indeed, it seems to me that the essentially unitary structure of the Canadian judicial system invites this conclusion. From Confederation to this day, the courts in the provinces, barring inconsistent federal laws, have decided every type of dispute imaginable. As Hogg, has put it: “It did not matter whether a dispute raised a question of constitutional law, federal law, provincial law, or a mixture of the three, the provincial courts still had jurisdiction.” They may not, in strictness, be national courts, but they are the ordinary courts of the land to which the citizen customarily turns when he has need to resort to the administration of justice. [Citation omitted; pp. 215 and 225.]

[326] Moreover, in *Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 S.C.R. 585, Justice Bastarache held that a provincial administrative tribunal could hear cases dealing with aboriginal law in carrying out its otherwise valid provincial mandate. He offered a few comments on the notion of a unitary court system, explaining that our unitary system of justice “encompasses the ordinary courts, federal courts, statutory provincial courts and administrative tribunals” (para. 22).

[327] Article 35 *C.C.P.* does not create a dualist justice system, nor does it threaten to do so. Decisions of the Court of Québec are subject to appeals before the Court of Appeal and the Supreme Court of Canada. Just as judicial review “integrates provincial tribunals into the unitary system of justice”, the possibility of appeals culminating before this Court draws the Court of Québec into our unitary system (*Paul*, at para. 22). In addition, the Court of Québec regularly deals with matters of federal law through its expansive criminal jurisdiction. This adjudication of federal and provincial claims, which exists and

selon une structure hiérarchisée ayant à son sommet la Cour suprême du Canada établie par le Parlement en vertu de l’art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

...

J’ai déjà fait état de mon opinion qu’une province peut, dans l’exercice de ses pouvoirs en vertu du par. 92(14), conférer à ses tribunaux une compétence générale et que je ne voyais aucune raison pour laquelle ce pouvoir ne s’étendrait pas aux tribunaux d’instance inférieure. En effet, il me semble que la structure essentiellement unitaire du système judiciaire canadien nous invite à tirer cette conclusion. Depuis la Confédération jusqu’à ce jour, les tribunaux des provinces ont, sous réserve de règles de droit fédérales incompatibles, statué sur tous les types de litiges imaginables. Comme Hogg l’a affirmé : [TRADUCTION] « Il importait peu que le litige soulève une question de droit constitutionnel, de droit fédéral, de droit provincial, ou d’un mélange des trois, les tribunaux provinciaux avaient néanmoins compétence ». Ils ne sont peut-être pas, à proprement parler, des tribunaux nationaux mais ils sont les tribunaux ordinaires du pays auxquels les citoyens recourent habituellement pour l’administration de la justice [Référence omise; p. 215 et 225.]

[326] En outre, dans l’arrêt *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 R.C.S. 585, le juge Bastarache a conclu qu’un tribunal administratif provincial pouvait entendre des affaires de droit autochtone dans l’accomplissement de sa mission provinciale valide. Il a formulé quelques commentaires sur la notion de système judiciaire unitaire, expliquant que le nôtre « englobe les tribunaux de droit commun, les cours fédérales, les cours créées par une loi provinciale et les tribunaux administratifs » (par. 22).

[327] L’article 35 *C.p.c.* ne crée pas un système judiciaire dualiste, pas plus qu’il ne menace d’en créer un. Les décisions de la Cour du Québec sont susceptibles d’appel à la Cour d’appel de cette province et à la Cour suprême du Canada. Tout comme le contrôle judiciaire « intègre les tribunaux administratifs dans le système judiciaire unitaire », la possibilité qu’il y ait appel jusqu’à notre Cour intègre la Cour du Québec dans notre système unitaire (*Paul*, par. 22). De plus, la Cour du Québec se penche régulièrement sur des questions relevant du droit fédéral en raison de sa compétence étendue en matière criminelle.

has long existed throughout Canada, does nothing to fragment our court system and in fact reinforces its integrated character.

[328] I accept that the notion of core jurisdiction protects “critically important jurisdictions which are essential to the existence of a superior court of inherent jurisdiction and to the preservation of its foundational role within our legal system”. These are the jurisdictions which are essential to the maintenance of our Constitution and which ensure that superior courts are not rendered ineffective. More generally, it must also be recognized that wholesale transfers of jurisdiction which deprive superior courts of a meaningful involvement in the types of cases over which they have traditionally held *exclusive* jurisdiction will violate s. 96.

[329] But the fact that an exercise of provincial authority under s. 92(14) has an impact on the jurisdiction of superior courts should not, on its own, mean that the grant is unconstitutional. As Justice McLachlin explained in her dissent in *MacMillan Bloedel*, “short of *impairing* s. 96 courts, nothing in the Constitution suggests that Parliament should not be able to clothe inferior [*sic*] tribunals with s. 96 powers” (para. 54 (emphasis added)). This impairment will occur when provincial courts “usur[p] the functions of superior courts” (*Residential Tenancies (1996)*, at para. 73). This leads, it seems to me, to an approach not unlike the one this Court applies in any case of apparent tension between ss. 91 and 92, namely a focus on whether the impugned legislative action has materially impaired or frustrated another head of power, *not* on whether it has simply had an incidental effect on it.

[330] Unlike the multi-factored test proposed by my colleagues, this more flexible approach is in

L’exercice de ce pouvoir de statuer sur des demandes fondées sur des règles de droit fédérales et provinciales, qui existe depuis longtemps partout au Canada, ne fragmente d’aucune façon notre système judiciaire et, en fait, il renforce son caractère intégré.

[328] J’admets que la notion de compétence fondamentale protège « les pouvoirs qui ont une importance cruciale et qui sont essentiels à l’existence d’une cour supérieure dotée de pouvoirs inhérents et au maintien de son rôle vital au sein de notre système juridique ». Il s’agit des pouvoirs qui sont essentiels au maintien de notre Constitution et qui font en sorte que les cours supérieures ne deviennent pas inefficaces. De façon plus générale, il faut également reconnaître que les transferts globaux de compétence qui privent les cours supérieures d’une participation réelle dans le type d’affaires sur lesquelles elles ont traditionnellement détenu une compétence *exclusive* porteront atteinte à l’art. 96.

[329] Cependant, le fait que l’exercice par une province des pouvoirs que lui confère le par. 92(14) ait une incidence sur la compétence des cours supérieures ne devrait pas, à lui seul, avoir pour effet d’entraîner l’inconstitutionnalité d’une attribution de compétence. Comme l’a expliqué la juge McLachlin dans ses motifs dissidents dans l’arrêt *MacMillan Bloedel*, « rien dans la Constitution ne laisse entendre que le Parlement ne peut pas conférer à des tribunaux inférieurs [*sic*] des pouvoirs visés à l’art. 96 [. . .] pourvu que cela *n’affaiblisse pas* les cours visées à l’art. 96 » (par. 54 (italique ajouté)). Un tel affaiblissement survient lorsque les cours provinciales « usurpent les fonctions réservées aux cours supérieures » (*Residential Tenancies (1996)*, par. 73). Cela conduit, il me semble, à une approche qui n’est pas sans rappeler celle que notre Cour applique dans toute affaire où il y a apparence de conflit entre les art. 91 et 92, c’est-à-dire en s’attachant à la question de savoir si la mesure législative contestée a porté atteinte à un autre chef de compétence ou entravé la mise en œuvre de celui-ci de manière importante, et *non* à celle de savoir si la mesure a simplement eu une incidence accessoire sur ce chef de compétence.

[330] Contrairement à l’analyse multifactorielle proposée par mes collègues, cette approche plus

line with Chief Justice Duff’s proscription in the *Adoption Reference* against “fixing” provincial court jurisdiction in time as well as Chief Justice Lamer’s recognition in *Residential Tenancies* (1996) that s. 96 must be interpreted in accordance with the notion that our Constitution is a living tree. It also accounts for Prof. Hogg’s argument that it is “unwise” to introduce stringent restrictions on the legislatures’ ability to create provincial courts to address a vague, often “extravagant” concern that provinces will erode the jurisdiction of superior courts (pp. 7-50 and 7-51).

[331] The focus should be on ensuring that s. 96 is not rendered “*meaningless* through . . . the provincial competence to constitute, maintain and organize provincial courts” (*Reference re Young Offenders Act (P.E.I.)*, [1991] 1 S.C.R. 252, at p. 264 (emphasis added)). As Chief Justice Lamer stated in *Residential Tenancies* (1996), the provinces’ power under s. 92(14) may be freely exercised so long as “s. 96 continues to play an important and meaningful role in Canadian society” (para. 29).

[332] As such, it seems to me that in essence, the only relevant question in determining whether a grant of jurisdiction to a provincial court violates s. 96 is whether the grant materially impairs the “essential character” and functions of superior courts. In other words, what can the superior court no longer do because of the grant of jurisdiction to the provincial court or tribunal, and how does this loss represent a “critically important jurisdiction” that is essential to its existence as a superior court of inherent jurisdiction?

[333] In this appeal, despite the \$15,000 increase in exclusive provincial court jurisdiction under art. 35 *C.C.P.*, the jurisdictional loss of this amount by the Superior Court of Quebec has not prevented it in any

souple respecte la mise en garde formulée par le juge en chef Duff dans le *Renvoi sur l’adoption* contre le fait de « figer » dans le temps la compétence des cours provinciales, ainsi que la reconnaissance par le juge en chef Lamer dans l’affaire *Residential Tenancies* (1996) que l’art. 96 doit être interprété conformément à la notion voulant que notre Constitution est un arbre. Cela tient également compte de l’argument du professeur Hogg selon lequel il est [TRADUCTION] « peu judicieux » d’assujettir à des restrictions strictes la capacité des législatures de créer des cours provinciales, et ce, afin de dissiper une vague crainte, souvent « extravagante », que les provinces mineront la compétence des cours supérieures (p. 7-50 et 7-51).

[331] Il faudrait s’attacher à veiller à ce que l’art. 96 « *ne perde tout son sens* par suite de l’exercice par les provinces de leur compétence pour créer, maintenir et organiser des cours provinciales » (*Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants (Î.-P.-É.)*, [1991] 1 R.C.S. 252, p. 264 (italique ajouté)). Comme l’a affirmé le juge en chef Lamer dans *Residential Tenancies* (1996), les provinces peuvent exercer librement le pouvoir qui leur est conféré par le par. 92(14) tant et aussi longtemps que « l’art. 96 continue de jouer un rôle important et utile dans la société canadienne » (par. 29).

[332] En conséquence, il me semble que, essentiellement, la seule question qu’il faut se poser pour décider si la compétence attribuée à une cour provinciale contrevient à l’art. 96 est celle de savoir si cette attribution de compétence porte atteinte de façon appréciable au « caractère essentiel » et aux fonctions des cours supérieures. Autrement dit, quelles sont les fonctions que la cour supérieure ne peut plus exercer en raison de l’attribution de compétence au tribunal judiciaire ou administratif provincial, et en quoi cette perte représente-t-elle des « pouvoirs qui ont une importance cruciale » et qui sont essentiels à son existence en tant que cour supérieure dotée d’une compétence inhérente?

[333] Dans le présent pourvoi, malgré l’augmentation de 15 000 \$ de la compétence exclusive de la cour provinciale en vertu de l’art. 35 *C.p.c.*, la perte de compétence correspondant à ce montant par la

material way from playing its usual role in deciding the kind of civil cases it has always heard. In fact, it now hears a higher proportion of civil cases than superior courts did in three of the four provinces at the time of Confederation. On that finding alone, the proposition that the essential character of s. 96 courts in Quebec has been impaired is untenable. Even if, as Justice Wilson suggests in *Sobeys Stores*, the balancing act between ss. 92(14) and 96 aims to preserve “the original bargain [of Confederation]”, it cannot be that the “bargain” is breached by an exercise of provincial power which leaves provincial courts with proportionally *less* civil jurisdiction than they had in 1867 (p. 263).

[334] No matter the approach taken in analyzing art. 35 *C.C.P.*, it is a valid exercise of the province’s right under s. 92(14) to administer justice and to constitute courts of civil jurisdiction in Quebec. I see nothing in the grant of jurisdiction at issue here that trespasses on or materially impairs the jurisdiction of Quebec’s superior court judges. There is no evidence that the exercise of this power has materially impaired the ability of superior courts to exercise their constitutional functions or that it has had *any* meaningful adverse impact on the jurisdiction protected by s. 96. Consequently, the answer to the reference question is that art. 35 is “valid with regard to section 96 of the Constitution Act, 1867”.

[335] The system of civil justice enacted by the provincial legislature respects the balance between ss. 92(14) and 96 by ensuring that both provincially and federally appointed courts have a meaningful role in providing access to justice. The Court of Québec today is, as provincial courts have always been, an important court which combines with the Superior Court to form a strong network of courts for

Cour supérieure du Québec ne l’a pas empêchée de quelque manière concrète que ce soit de jouer son rôle habituel et de juger le genre d’affaires civiles qu’elle a toujours entendues. En fait, elle entend maintenant une plus grande proportion d’affaires civiles que ne le faisaient les cours supérieures dans trois des quatre provinces au moment de la Confédération. Sur la base de cette seule conclusion, la thèse selon laquelle il a été porté atteinte, au Québec, au caractère essentiel des cours visées à l’art. 96 est insoutenable. Même si, comme le suggère la juge Wilson dans *Sobeys Stores*, la mise en équilibre du par. 92(14) et de l’art. 96 vise à préserver le « pacte originaire [de la Confédération] », on ne saurait dire qu’il y a manquement à ce « pacte » par suite de l’exercice par une province de ses pouvoirs, exercice au terme duquel les cours provinciales se retrouvent dotées d’une compétence civile proportionnellement *moindre* que celle qu’elles possédaient en 1867 (p. 263).

[334] Peu importe l’approche adoptée pour analyser l’art. 35 *C.p.c.*, cette disposition représente un exercice valide du droit dont dispose la province en vertu du par. 92(14) d’administrer la justice et de créer des cours de compétence civile au Québec. Je ne vois rien dans l’attribution de compétence en litige ici qui empiète sur la compétence des juges de la Cour supérieure du Québec ou qui porte atteinte de manière appréciable à cette compétence. Il n’y a aucune preuve que l’exercice de ce pouvoir a porté atteinte de manière appréciable à la capacité des cours supérieures d’exercer leurs fonctions constitutionnelles ou a eu *quelque* effet préjudiciable concret sur la compétence protégée par l’art. 96. Par conséquent, la réponse à la question du renvoi est que l’art. 35 est « valid[e] au regard de l’article 96 de la Loi constitutionnelle de 1867 ».

[335] Le système de justice civile établi par la législature provinciale respecte l’équilibre entre le par. 92(14) et l’art. 96 en faisant en sorte que tant les cours dont les juges sont nommés par la province que celles dont les juges sont nommés par le fédéral jouent un rôle concret en matière d’accès à la justice. Aujourd’hui, la Cour du Québec est, comme l’ont toujours été les cours provinciales, une



litigants across the province. As Chief Justice Lamer remarked in *Residential Tenancies (1996)*, it is important to recall that “the Constitution is a document for the people and one of the most important goals of any system of dispute resolution is to serve well those who make use of it” (para. 28). A mature constitutional relationship between these two important judicial partners in delivering access to justice goes a long way towards serving well “those who make use of it”, namely, the public.

[336] I would allow the appeal. Raising the exclusive jurisdiction of the Court of Québec by \$15,000, to an \$85,000 limit, is constitutional.

### Appendix

#### *Constitution Act, 1867*

##### Exclusive Powers of Provincial Legislatures

**92** In each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Matters coming within the Classes of Subjects next hereinafter enumerated; that is to say,

...

**14.** The Administration of Justice in the Province, including the Constitution, Maintenance, and Organization of Provincial Courts, both of Civil and of Criminal Jurisdiction, and including Procedure in Civil Matters in those Courts.

...

### **VII. Judicature**

**96** The Governor General shall appoint the Judges of the Superior, District, and County Courts in each Province, except those of the Courts of Probate in Nova Scotia and New Brunswick.

...

cour importante qui forme, de concert avec la Cour supérieure, un solide réseau de tribunaux servant les plaideurs partout dans la province. Comme l’a fait remarquer le juge en chef Lamer dans l’arrêt *Residential Tenancies (1996)*, il est important de se rappeler que « la Constitution est un document fait pour le peuple, et l’un des objectifs les plus importants de tout mécanisme de règlement des différends est de bien servir ceux qui y ont recours » (par. 28). L’existence d’une relation constitutionnelle mature entre ces deux importants partenaires judiciaires assurant l’accès à la justice contribue considérablement à « bien servir ceux qui y ont recours », en l’occurrence le public.

[336] Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi. La hausse de 15 000 \$ de la compétence exclusive de la Cour du Québec, qui fait passer sa limite à 85 000 \$, est constitutionnelle.

### Annexe

#### *Loi constitutionnelle de 1867*

##### Pouvoirs exclusifs des législatures provinciales

**92** Dans chaque province la législature pourra exclusivement faire des lois relatives aux matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir :

...

**14** L’administration de la justice dans la province, y compris la création, le maintien et l’organisation de tribunaux de justice pour la province, ayant juridiction civile et criminelle, y compris la procédure en matières civiles dans ces tribunaux;

...

### **VII. Judicature**

**96** Le gouverneur-général nommera les juges des cours supérieures, de district et de comté dans chaque province, sauf ceux des cours de vérification dans la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick.

...

**98** The Judges of the Courts of Quebec shall be selected from the Bar of that Province.

**98** Les juges des cours de Québec seront choisis parmi les membres du barreau de cette province.

**99 (1)** Subject to subsection (2) of this section, the judges of the superior courts shall hold office during good behaviour, but shall be removable by the Governor General on address of the Senate and House of Commons.

**99 (1)** Sous réserve du paragraphe (2) du présent article, les juges des cours supérieures resteront en fonction durant bonne conduite, mais ils pourront être révoqués par le gouverneur général sur une adresse du Sénat et de la Chambre des Communes.

...

...

**100** The Salaries, Allowances, and Pensions of the Judges of the Superior, District, and County Courts (except the Courts of Probate in Nova Scotia and New Brunswick), and of the Admiralty Courts in Cases where the Judges thereof are for the Time being paid by Salary, shall be fixed and provided by the Parliament of Canada.

**100** Les salaires, allocations et pensions des juges des cours supérieures, de district et de comté (sauf les cours de vérification dans la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick) et des cours de l'Amirauté, lorsque les juges de ces dernières sont alors salariés, seront fixés et payés par le parlement du Canada.

**101** The Parliament of Canada may, notwithstanding anything in this Act, from Time to Time provide for the Constitution, Maintenance, and Organization of a General Court of Appeal for Canada, and for the Establishment of any additional Courts for the better Administration of the Laws of Canada.

**101** Le parlement du Canada pourra, nonobstant toute disposition contraire énoncée dans la présente loi, lorsque l'occasion le requerra, adopter des mesures à l'effet de créer, maintenir et organiser une cour générale d'appel pour le Canada, et établir des tribunaux additionnels pour la meilleure administration des lois du Canada.

...

...

## **IX. Miscellaneous Provisions**

## **IX. Dispositions diverses**

...

...

**129** Except as otherwise provided by this Act, all Laws in force in Canada, Nova Scotia, or New Brunswick at the Union, and all Courts of Civil and Criminal Jurisdiction, and all legal Commissions, Powers, and Authorities, and all Officers, Judicial, Administrative, and Ministerial, existing therein at the Union, shall continue in Ontario, Quebec, Nova Scotia, and New Brunswick respectively, as if the Union had not been made; subject nevertheless (except with respect to such as are enacted by or exist under Acts of the Parliament of Great Britain or of the Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Ireland,) to be repealed, abolished, or altered by the Parliament of Canada, or by the Legislature of the respective Province, according to the Authority of the Parliament or of that Legislature under this Act.

**129** Sauf toute disposition contraire prescrite par la présente loi, — toutes les lois en force en Canada, dans la Nouvelle-Écosse ou le Nouveau-Brunswick, lors de l'union, — tous les tribunaux de juridiction civile et criminelle, — toutes les commissions, pouvoirs et autorités ayant force légale, — et tous les officiers judiciaires, administratifs et ministériels, en existence dans ces provinces à l'époque de l'union, continueront d'exister dans les provinces d'Ontario, de Québec, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick respectivement, comme si l'union n'avait pas eu lieu; mais ils pourront, néanmoins (sauf les cas prévus par des lois du parlement de la Grande-Bretagne ou du parlement du Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et d'Irlande), être révoqués, abolis ou modifiés par le parlement du Canada, ou par la législature de la province respective, conformément à l'autorité du parlement ou de cette législature en vertu de la présente loi.

*Appeals dismissed without costs, WAGNER C.J. and ROWE J. dissenting in part and ABELLA J. dissenting.*

*Solicitors for Conférence des juges de la Cour du Québec: Borden Ladner Gervais, Montréal.*

*Solicitor for the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.*

*Solicitors for Conseil de la magistrature du Québec: Fasken Martineau DuMoulin, Montréal.*

*Solicitors for the Canadian Association of Provincial Court Judges: Power Law, Ottawa.*

*Solicitors for the Chief Justice, Senior Associate Chief Justice and Associate Chief Justice of the Superior Court of Quebec: Langlois avocats, Montréal; William J. Atkinson, avocat, Montréal.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Ottawa.*

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

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Justice and Solicitor General, Appeals, Education & Prosecution Policy Branch, Edmonton.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Council of Chief Judges: Field, Edmonton.*

*Solicitors for the intervener the Trial Lawyers Association of British Columbia: Hunter Litigation Chambers, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Superior Courts Judges Association: Norton Rose Fulbright Canada, Montréal.*

*Pourvois rejetés sans dépens, le juge en chef WAGNER et le juge ROWE sont dissidents en partie et la juge ABELLA est dissidente.*

*Procureurs de la Conférence des juges de la Cour du Québec : Borden Ladner Gervais, Montréal.*

*Procureur du procureur général du Québec : Procureur général du Québec, Québec.*

*Procureurs du Conseil de la magistrature du Québec : Fasken Martineau DuMoulin, Montréal.*

*Procureurs de l'Association canadienne des juges des cours provinciales : Juristes Power, Ottawa.*

*Procureurs du juge en chef, de la juge en chef associée et de la juge en chef adjointe de la Cour supérieure du Québec : Langlois avocats, Montréal; William J. Atkinson, avocat, Montréal.*

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

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

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

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Justice and Solicitor General, Appeals, Education & Prosecution Policy Branch, Edmonton.*

*Procureurs de l'intervenant Canadian Council of Chief Judges : Field, Edmonton.*

*Procureurs de l'intervenante Trial Lawyers Association of British Columbia : Hunter Litigation Chambers, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des juges des cours supérieures : Norton Rose Fulbright Canada, Montréal.*

**Roger Southwind, for himself and on behalf  
of the members of the Lac Seul Band of  
Indians and Lac Seul First Nation**

*Appellants*

v.

**Her Majesty The Queen in Right of Canada**  
*Respondent*

and

**Attorney General of Saskatchewan,  
Assembly of Manitoba Chiefs,  
Tseshaht First Nation,  
Manitoba Keewatinowi Okimakanak Inc.,  
Treaty Land Entitlement Committee of  
Manitoba Inc.,  
Anishinabek Nation,  
Wauzhushk Onigum Nation,  
Big Grassy First Nation,  
Onigaming First Nation,  
Naotkamegwanning First Nation,  
Niisaachewan First Nation,  
Coalition of the Union of British Columbia  
Indian Chiefs,  
Penticton Indian Band,  
Williams Lake First Nation,  
Federation of Sovereign Indigenous Nations,  
Atikameksheng Anishnawbek First Nation,  
Kwantlen First Nation,  
Assembly of First Nations,  
Assembly of First Nations Quebec-Labrador,  
Grand Council Treaty #3,  
Mohawk Council of Kahnawà:ke,  
Elsipogtog First Nation,  
Chemawawin Cree Nation and  
West Moberly First Nations *Interveners***

**Roger Southwind, en son propre nom et au  
nom des membres de la Lac Seul Band of  
Indians et Lac Seul First Nation**

*Appellants*

c.

**Sa Majesté la Reine du chef du Canada**  
*Intimée*

et

**Procureur général de la Saskatchewan,  
Assemblée de Manitoba Chiefs,  
Tseshaht First Nation,  
Manitoba Keewatinowi Okimakanak Inc.,  
Treaty Land Entitlement Committee of  
Manitoba Inc.,  
Nation Anishinabek,  
Wauzhushk Onigum Nation,  
Big Grassy First Nation,  
Onigaming First Nation,  
Naotkamegwanning First Nation,  
Niisaachewan First Nation,  
Coalition of the Union of British Columbia  
Indian Chiefs,  
Penticton Indian Band,  
Williams Lake First Nation,  
Fédération des nations autochtones  
souveraines,  
Première Nation Atikameksheng  
Anishnawbek,  
Kwantlen First Nation,  
Assemblée des Premières Nations,  
Assemblée des Premières Nations  
Québec-Labrador,  
Grand Council Treaty #3,  
Mohawk Council of Kahnawà:ke,  
Première Nation d'Elsipogtog,  
Chemawawin Cree Nation et  
West Moberly First Nations *Intervenants***

**INDEXED AS: SOUTHWIND v. CANADA****2021 SCC 28**

File No.: 38795.

2020: December 8; 2021: July 16.

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

**ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL**

*Aboriginal law — Fiduciary duty — Reserve land — Remedy — Equitable compensation — Part of First Nation's reserve land flooded to power hydroelectricity generation without consent of First Nation, without compensation and without lawful authorization — Claim filed against Canada for breach of fiduciary duty and of obligations under Indian Act and applicable treaty — Trial judge concluding that Canada breached fiduciary duty to First Nation and awarding equitable compensation for loss of flooded land — Whether trial judge erred in assessment of equitable compensation.*

The Lac Seul First Nation (“LSFN”) is a Treaty 3 First Nation in Northern Ontario. Its reserve is located on the southeastern shore of Lac Seul. In 1929, a dam to power hydroelectricity generation to Winnipeg was completed pursuant to an agreement that Canada, Ontario and Manitoba had entered into. The project involved raising the water level of Lac Seul by 10 feet, or approximately 3 metres, to create a water reservoir. Canada was aware from the outset that flooding Lac Seul would cause considerable damage to the LSFN’s reserve. Despite repeated warnings about these impacts, the project advanced without the consent of the LSFN, without any compensation, and without the lawful authorization required. As a result of the project, almost one-fifth of the best land on the LSFN reserve was permanently flooded. The damage was extensive and included the destruction of homes, wild rice fields, gardens, haylands, and gravesites.

The LSFN submitted a claim for flooding damages in 1985. In 1991, S, for himself and on behalf of the members of the Lac Seul Band of Indians, filed a civil claim against Canada in Federal Court for breach of Canada’s fiduciary duty and its obligations under the *Indian Act* and Treaty 3.

**RÉPERTORIÉ : SOUTHWIND c. CANADA****2021 CSC 28**

N° du greffe : 38795.

2020 : 8 décembre; 2021 : 16 juillet.

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

**EN APPEL DE LA COUR D’APPEL FÉDÉRALE**

*Droit des autochtones — Obligation fiduciaire — Terres de réserve — Réparation — Indemnisation en equity — Partie des terres de réserve d’une première nation inondée en vue de la production d’hydroélectricité sans le consentement de la première nation, sans indemnisation et sans autorisation légale — Action intentée contre le Canada pour manquement à l’obligation fiduciaire et aux obligations prévues dans la Loi des Indiens et le traité applicable — Juge de première instance concluant que le Canada a manqué à son obligation fiduciaire envers la première nation et accordant une indemnité en equity pour la perte des terres inondées — Le juge de première instance a-t-il commis une erreur dans son évaluation de l’indemnité en equity?*

La Lac Seul First Nation (« LSFN »), établie dans le nord de l’Ontario, a adhéré au Traité n° 3. Sa réserve est située sur la rive sud-est du lac Seul. En 1929, la construction d’un barrage hydroélectrique pour alimenter Winnipeg a été achevée aux termes d’un accord intervenu entre le Canada, l’Ontario et le Manitoba. Le projet comprenait l’élévation du niveau du lac Seul de 10 pieds, ou environ 3 mètres, afin de créer un réservoir d’eau. Le Canada savait dès le départ que l’élévation du niveau du lac Seul causerait des dommages considérables à la réserve de la LSFN. Malgré les nombreux avertissements au sujet de ces répercussions, le projet a été lancé sans le consentement de la LSFN, sans aucune indemnisation et sans l’autorisation requise en vertu de la loi. En raison du projet, près du cinquième des meilleures terres de la réserve de la LSFN a été inondé de façon permanente. Les dommages causés étaient importants et comprenaient la destruction de maisons, de cultures de riz sauvage, de potagers, de prairies de fauche et de tombes.

La LSFN a déposé une demande d’indemnité pour les dommages causés par l’inondation en 1985. En 1991, S, en son propre nom et au nom des membres de la Lac Seul Band of Indians, a déposé à la Cour fédérale une poursuite civile contre le Canada pour manquement à

The trial judge concluded that Canada failed to meet its fiduciary duty to the LSFN in respect of its reserve land and that the appropriate remedy was equitable compensation. The LSFN proposed various models of compensation at trial, and led evidence regarding agreements with another First Nation in contemporaneous hydroelectric projects (“Kananaskis Falls Projects”), which the trial judge distinguished. The trial judge valued the flooded land as if it had been lawfully expropriated according to general expropriation law. In doing so, he excluded the value of the land for hydroelectricity generation. He also assessed other calculable losses and non-calculable damages for a total award of \$30,000,000. On appeal, the LSFN challenged the trial judge’s evaluation of equitable compensation for the loss of the flooded lands. The majority of the Court of Appeal dismissed the appeal. A dissenting judge would have allowed the appeal, agreeing that the value calculated for the flooded land should have taken into account downstream hydroelectricity generation and concluding that the trial judge also made a legal error in distinguishing the Kananaskis Falls Projects.

*Held* (Côté J. dissenting): The appeal should be allowed. The award for equitable compensation is set aside and returned to the Federal Court for reassessment.

*Per* Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Brown, Rowe, Martin and Kasirer JJ.: Canada breached its obligation to preserve and protect the LSFN’s interest in the reserve, which included an obligation to negotiate compensation for the LSFN on the basis of the value of the land to the hydroelectricity project. The LSFN is entitled to equitable compensation for the lost opportunity to negotiate for an agreement reflecting the value of the land to the hydroelectricity generation project.

The specific nature of the Crown’s fiduciary duty to Indigenous Peoples, especially over reserve land, informs how equitable compensation must be assessed. The Crown’s fiduciary duty is rooted in the obligation of honourable dealing and in the overarching goal of reconciliation between the Crown and the first inhabitants of Canada. The honour of the Crown — and the *sui generis* fiduciary duty to which it gives rise — is a vital component of the relationship between the Crown and Indigenous Peoples. The Crown’s fiduciary duty structures the role

son obligation de fiduciaire et aux obligations que lui imposaient la *Loi des Indiens* et le Traité n° 3. Le juge de première instance a conclu que le Canada avait manqué à son obligation de fiduciaire envers la LSFN en ce qui a trait à ses terres de réserve et qu’une indemnité en equity constituait la réparation appropriée. La LSFN a proposé divers modèles d’indemnisation au procès, et a présenté des éléments de preuve concernant les accords conclus avec une autre première nation dans le cadre de projets hydroélectriques qui avaient eu lieu à la même époque (« projets des chutes Kananaskis »), que le juge de première instance a écartés. Celui-ci a évalué les terres inondées comme si elles avaient été expropriées légalement en vertu des règles générales du droit de l’expropriation. Ce faisant, il a exclu la valeur des terres pour la production hydroélectrique. Il a aussi évalué d’autres pertes calculables et des dommages non quantifiables, pour arriver à une indemnité totale de 30 000 000 \$. En appel, la LSFN a contesté l’évaluation faite par le juge de première instance de l’indemnité en equity pour la perte des terres inondées. Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont rejeté l’appel. Une juge dissidente aurait accueilli l’appel, convenant que le calcul de la valeur des terres inondées aurait dû prendre en compte la production hydroélectrique en aval et concluant que le juge de première instance a aussi commis une erreur de droit en écartant les projets des chutes Kananaskis.

*Arrêt* (la juge Côté est dissidente) : L’appel est accueilli. L’octroi de l’indemnité en equity est annulé et renvoyé à la Cour fédérale en vue d’une nouvelle évaluation.

*Le* juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Brown, Rowe, Martin et Kasirer : Le Canada a manqué à son obligation de préserver et de protéger l’intérêt de la LSFN dans la réserve, qui comprenait l’obligation de négocier l’indemnité au nom de celle-ci en fonction de la valeur des terres pour le projet d’hydroélectricité. La LSFN a droit à une indemnité en equity pour la perte de la possibilité de négocier un accord qui reflète la valeur des terres pour le projet de production d’hydroélectricité.

La nature particulière de l’obligation de fiduciaire qu’a la Couronne envers les peuples autochtones, surtout en ce qui concerne les terres de réserve, influe sur la façon dont l’indemnité en equity doit être évaluée. L’obligation de fiduciaire de la Couronne repose sur son obligation de se conduire honorablement et sur l’objectif global de réconciliation entre la Couronne et les premiers habitants du Canada. L’honneur de la Couronne — et l’obligation de fiduciaire *sui generis* qui en découle — est une composante essentielle de la relation entre la Couronne et les peuples

voluntarily undertaken by the Crown as the intermediary between Indigenous interests in land and the interest of settlers.

The fiduciary duty itself is shaped by the context to which it applies, which means that its content varies with the nature and the importance of the right being protected. A strong fiduciary duty arises where the Crown is exercising control over a First Nation's land. In a case involving reserve land, the *sui generis* nature of the interest in reserve land informs the fiduciary duty. The importance of the interest in reserve land is heightened where it was set aside as part of an obligation that arose out of a treaty. The fiduciary duty imposes the following obligations on the Crown: loyalty, good faith, full disclosure, and, where reserve land is involved, the protection and preservation of the First Nation's quasi-proprietary interest from exploitation, including exploitation by the Crown itself. In the context of a surrender of reserve land, the Court has recognized that the duty also requires that the Crown protect against improvident bargains, manage the process to advance the best interests of the First Nation, and ensure that it consents to the surrender. In an expropriation, the obligation to ensure consent is replaced by an obligation to minimally impair the protected interest.

When the Crown breaches its fiduciary duty, the remedy will seek to restore the plaintiff to the position the plaintiff would have been in had the Crown not breached its duty. Equitable compensation is the preferred remedy when restoring the plaintiff's assets *in specie* is not available. It is a discretionary and restitutionary remedy that is assessed rather than precisely calculated. As its purpose is to make up the plaintiff's loss, it aims to restore the actual value of the thing lost through the fiduciary's breach, referred to as the plaintiff's lost opportunity. By restoring the beneficiary's lost opportunity, it deters wrongdoing and enforces the trust at the heart of the fiduciary relationship. While equitable compensation is equity's counterpart to common law damages, analogy with common law damages may not be appropriate given equity's purpose, which differs from the purpose of obligations through tort and contract.

autochtones. L'obligation fiduciaire de la Couronne structure le rôle qu'assume volontairement la Couronne à titre d'intermédiaire entre les intérêts autochtones sur les terres et l'intérêt des colons.

L'obligation de fiduciaire elle-même est façonnée par le contexte dans lequel elle s'applique, ce qui signifie que son contenu varie selon la nature et l'importance du droit à protéger. Une obligation de fiduciaire rigoureuse prend naissance lorsque la Couronne exerce un contrôle sur la terre d'une première nation. Dans une affaire portant sur des terres de réserve, la nature *sui generis* de l'intérêt dans ces terres influe sur l'obligation de fiduciaire. L'importance de l'intérêt sur les terres de réserve est accentuée lorsqu'elles ont été mises de côté dans le cadre d'une obligation découlant d'un traité. L'obligation de fiduciaire impose à la Couronne les devoirs suivants : la loyauté, la bonne foi, la communication complète de l'information et, lorsqu'il s'agit de terres de réserve, la préservation de l'intérêt quasi propriétaire de la première nation et la protection de celui-ci contre l'exploitation, y compris l'exploitation par la Couronne elle-même. Dans le contexte d'une cession de terres de réserve, la Cour a reconnu que l'obligation de fiduciaire exige également que la Couronne évite les marchés inconsidérés, qu'elle gère le processus de manière à favoriser le meilleur intérêt de la première nation et qu'elle s'assure que celle-ci consent à la cession. Dans le cas d'une expropriation, l'obligation d'obtenir le consentement est remplacée par l'obligation de porter le moins possible atteinte aux intérêts garantis de celle-ci.

Si la Couronne manque à son obligation de fiduciaire, la réparation visera à remettre le demandeur dans la position où il se serait trouvé n'eût été ce manquement. L'indemnité en equity constitue la réparation privilégiée si la restitution en nature des biens du demandeur est impossible. Il s'agit d'une réparation de nature discrétionnaire et restitutoire, qui est évaluée plutôt que calculée de façon précise. Comme son objectif est de compenser la perte du demandeur, elle a pour but de restituer la valeur réelle de ce qui a été perdu en raison du manquement à l'obligation de fiduciaire, à savoir la possibilité qu'a perdue le demandeur. En restituant au bénéficiaire la valeur de la possibilité perdue, elle décourage les actes fautifs et fait respecter la confiance qui est au cœur du rapport fiduciaire. Bien que l'indemnité en equity soit l'équivalent des dommages-intérêts en common law, l'analogie avec les principes de common law en matière de dommages-intérêts n'est peut-être pas appropriée en raison de l'objectif de l'equity, qui diffère de celui des obligations relatives à la responsabilité délictuelle et à la responsabilité contractuelle.

The proper approach to equitable compensation recognizes that the applicable rules will depend both on the nature of the fiduciary relationship and the fiduciary obligations. The trial judge must begin by closely analyzing the nature of the fiduciary relationship so as to ensure that the loss is assessed in relation to the obligations owed by the fiduciary. The loss must be caused in fact by the fiduciary's breach, and the causation analysis is not limited by foreseeability, that is, remoteness. While the fiduciary's breach must have caused, in fact, the plaintiff's lost opportunity, common law limiting factors developed in legal causation will not readily apply. There must be a close relationship between the fiduciary duty and the fiduciary remedy. Because equity assesses the loss at the date of trial and with the benefit of hindsight, it compensates the plaintiff for the lost opportunity, regardless of whether the opportunity could have been foreseen at the time of the breach. The benefit of hindsight means that the most valuable use of the asset between breach and date of trial is not always foreseeable at the time of breach. The assessment of equitable compensation is also guided by presumptions that equity makes against breaching fiduciaries.

In the instant case, the trial judge's reasons are tainted by legal errors reviewable on a correctness standard. The trial judge erred in concluding that a hypothetical expropriation — the minimum statutory obligation — would have fulfilled Canada's fiduciary obligations. This legal error impacted his assessment of equitable compensation because it led him to rely on general principles of expropriation law to value the loss and to conclude that compensation would not be assessed at a higher value than the minimum required under an expropriation. The fundamental error of the trial judge was that he focused on what Canada would likely have done instead of what Canada ought to have done as a fiduciary.

The fiduciary duty required more than compensation based upon expropriation principles in this case for three reasons. First, the presence of legal discretion to take or expropriate the land in the *Indian Act* did not define the obligations imposed by Canada's fiduciary duty. The fiduciary duty, not just the *Indian Act*, imposed substantive obligations on how Canada was to exercise its discretion over the reserve land. The provisions in the *Indian Act*

L'approche appropriée à l'égard de l'indemnisation en equity reconnaît que les règles applicables dépendent à la fois de la nature du rapport et des obligations fiduciaires. Le juge de première instance doit d'abord se livrer à une analyse approfondie de la nature du rapport fiduciaire de manière à ce que la perte soit évaluée en fonction des obligations auxquelles est tenu le fiduciaire. La perte doit découler dans les faits du manquement commis par le fiduciaire, mais la prévisibilité, c'est-à-dire l'éloignement, ne limite pas l'analyse du lien de causalité. Bien que le manquement du fiduciaire doive avoir causé, dans les faits, la perte de possibilité du demandeur, les facteurs limitatifs de la common law élaborés en matière de lien de causalité juridique ne s'appliqueront pas systématiquement. Il doit y avoir un lien étroit entre l'obligation de fiduciaire et la réparation fondée sur l'existence d'une obligation de fiduciaire. Étant donné qu'en equity, la perte doit être évaluée à la date du procès et avec le bénéfice de la rétrospective, l'equity indemnise le demandeur pour la perte de possibilité causée par un manquement, même si cette possibilité était prévisible au moment du manquement. Le bénéfice de la rétrospective signifie que l'utilisation la plus profitable des biens entre le moment du manquement et la date du procès n'est pas toujours prévisible au moment du manquement. L'évaluation de l'indemnité en equity est également guidée par les présomptions qu'établit l'equity à l'encontre des fiduciaires qui manquent à leurs obligations.

En l'espèce, les motifs du juge de première instance sont entachés d'erreurs de droit, lesquelles sont assujetties à la norme de la décision correcte. Le juge de première instance a commis une erreur en concluant qu'une expropriation — l'obligation minimale prévue par la loi — hypothétique aurait permis au Canada de s'acquitter de ses obligations de fiduciaire. Cette erreur de droit a eu une incidence sur son évaluation de l'indemnité en equity, puisqu'elle l'a amené à s'appuyer sur les principes généraux du droit de l'expropriation pour évaluer la perte et conclure que l'indemnité ne serait pas évaluée à une valeur plus élevée que le minimum requis dans le cadre d'une expropriation. L'erreur fondamentale du juge de première instance est qu'il s'est concentré sur ce que le Canada aurait vraisemblablement fait, plutôt que sur ce que le Canada aurait dû faire en tant que fiduciaire.

L'obligation de fiduciaire exigeait du Canada qu'il obtienne plus qu'une indemnité établie en fonction des principes d'expropriation en l'espèce pour trois raisons. Premièrement, l'existence du pouvoir discrétionnaire de s'approprier ou d'expropriier les terres prévus dans la *Loi des Indiens* ne définissait pas les devoirs qu'imposait l'obligation de fiduciaire du Canada. L'obligation de fiduciaire, pas seulement la *Loi des Indiens*, imposait au



accommodated the exercise of the Crown's fiduciary duty by recognizing the discretion of the Crown to negotiate, or the discretion of the Governor in Council to determine the terms of a taking or expropriation. There was therefore no conflict between the requirements of the *Indian Act* and the requirements imposed by the fiduciary duty. The equitable presumption of legality or lawfulness, which prevents breaching fiduciaries from reducing compensation by arguing that they would not have complied with the law, is of little assistance in determining either the fiduciary obligations or the assessment of loss. The presumption cannot be inverted and used to limit compensation by suggesting that the fiduciary is expected to do no more than what the law, not equity, requires. Moreover, Canada's legal powers to expropriate cannot be considered as a factor to limit compensation. Canada is not permitted to benefit from the very discretionary power over the LSFN which is the source of its fiduciary duty.

Second, the fiduciary duty required more than compensation based upon expropriation principles because the fact that the land was required for a public work did not negate the obligations imposed by Canada's fiduciary duty. The fiduciary duty continues to apply even if the land is needed for a public work. While the Crown can decide that a public work is in the public interest and should thus proceed, the manner in which it proceeds is subject to the fiduciary duty.

Third, the fiduciary duty required more than compensation based upon expropriation principles because the principles of expropriation law are fundamentally different than those underlying Indigenous interest in land. Expropriation law is not the appropriate legal framework governing historic breaches of the Crown's fiduciary duty to protect a First Nation's interest in reserve land. The fiduciary obligations in this case must reflect the nature of the interest, the impact of the loss on the First Nation, the importance of the relationship, and reconciliation, which is the overarching goal of the fiduciary duty itself, based in the honour of the Crown. In the context of an expropriation or taking, the Crown is required to minimally impair the protected interest. Where the Crown decides that reserve land is necessary for a public work and takes that land without the consent of the First Nation, the fiduciary duty requires the Crown to seriously consider the impact on the First Nation and how best to minimize that impact. As

Canada des devoirs substantiels quant à la manière dont il devait exercer son pouvoir discrétionnaire à l'égard des terres de réserve. Les dispositions de la *Loi des Indiens* facilitaient l'exercice de l'obligation de fiduciaire de la Couronne en reconnaissant son pouvoir discrétionnaire de négocier, ou le pouvoir discrétionnaire du gouverneur en son conseil de prescrire les modalités d'une expropriation. Il n'y avait donc aucune incompatibilité entre les exigences de la *Loi des Indiens* et celles imposées par l'obligation de fiduciaire. La présomption en equity de légalité, qui empêche les fiduciaires en défaut de réduire l'indemnité en faisant valoir qu'ils auraient enfreint la loi, n'est guère utile pour déterminer les obligations fiduciaires ou pour évaluer la perte. La présomption ne peut être interprétée en sens contraire et servir plutôt à limiter l'indemnité, en laissant entendre que le fiduciaire ne devrait faire que ce que la loi, et non l'equity, exige. De plus, les pouvoirs d'expropriation du Canada qui lui sont conférés par la loi ne peuvent être considérés comme un facteur pour limiter l'indemnité. Le Canada ne peut bénéficier du pouvoir discrétionnaire à l'égard de la LSFN qui est précisément la source de son obligation fiduciaire.

Deuxièmement, l'obligation de fiduciaire exigeait du Canada qu'il obtienne plus qu'une indemnité établie en fonction des principes d'expropriation parce que le fait que les terres étaient nécessaires pour les besoins d'un ouvrage public n'annulait pas les devoirs imposés par l'obligation de fiduciaire du Canada. L'obligation de fiduciaire continue à s'appliquer même si les terres sont requises pour un ouvrage public. Bien que la Couronne puisse décider qu'un ouvrage public est dans l'intérêt du public et qu'il devrait donc être réalisé, la manière de le réaliser est assujettie à l'obligation de fiduciaire.

Troisièmement, l'obligation de fiduciaire exigeait du Canada qu'il obtienne plus qu'une indemnité établie en fonction des principes d'expropriation parce que les principes du droit de l'expropriation sont fondamentalement différents de ceux qui sous-tendent l'intérêt autochtone sur les terres. Le droit de l'expropriation n'est pas le cadre juridique approprié pour régir les manquements historiques à l'obligation de fiduciaire de la Couronne consistant à protéger l'intérêt d'une première nation dans des terres de réserve. Les obligations de fiduciaire en l'espèce doivent refléter la nature de l'intérêt, les répercussions de la perte sur la première nation, l'importance de la relation et la réconciliation, qui constitue l'objectif fondamental de l'obligation de fiduciaire elle-même, reposant sur l'honneur de la Couronne. Dans le contexte d'une expropriation ou d'une prise de terres, la Couronne ne doit porter qu'une atteinte minimale à l'intérêt protégé. Lorsque la Couronne décide que des terres de réserve sont nécessaires pour les

a fiduciary, the Crown has the duty to preserve the First Nation's quasi-proprietary interest in the land as much as possible and to ensure fair compensation reflecting the *sui generis* interest.

The duty to preserve the interest to the greatest extent possible is not met if expropriation principles are applied in this case. Even though the expropriation value considers the highest and best use of the land at the time of expropriation, this generally does not include the value of the land to the scheme itself because expropriation law seeks to provide landowners with the compensation necessary to purchase replacement land. Conversely, *sui generis* Indigenous interests in land are fundamentally different as reserve land is not a fungible commodity and Indigenous interests in land are at the centre of the relationship between the Crown and Indigenous Peoples. Instead, given the LSFN's *sui generis* interest in the reserve land and the impact on the LSFN, the duty required Canada to capture the full potential value of the land for the land's intended use, notwithstanding its legal power to expropriate. Canada must always keep the First Nation informed, attempt to negotiate a surrender before proceeding to an expropriation, and ensure compensation reflecting the nature of the interest and the impact on the community.

Canada ought to have first attempted to negotiate a surrender. Canada's fiduciary obligations required it to ensure the highest compensation possible, including compensation for the land's anticipated use as land for hydroelectricity generation. If negotiations for a surrender of the land were unsuccessful, Canada could have proceeded through a taking or expropriation, but even in an expropriation, Canada was required to preserve the LSFN's interest in the land to the greatest extent possible and should have secured compensation for the LSFN that reflected the nature of the interest, the impact on the community, and the value of the land to the project.

The lost opportunity in this case is the opportunity to negotiate a surrender reflecting the highest value of the land, which was its use for hydroelectricity generation: the LSFN is entitled to compensation for that lost opportunity. The valuation of the LSFN's lost opportunity must reflect Canada's obligation to negotiate compensation based upon the best price that could have been obtained

besoins d'un ouvrage public et qu'elle les prend sans le consentement de la première nation, elle a l'obligation à titre de fiduciaire d'examiner sérieusement les répercussions sur la première nation et la meilleure façon de les minimiser. À ce titre, elle doit également préserver le plus possible l'intérêt quasi propriétaire de la première nation dans les terres et veiller à ce qu'elle touche une juste indemnité reflétant l'intérêt *sui generis*.

L'obligation de préserver l'intérêt dans toute la mesure possible n'est pas respectée si les principes d'expropriation sont appliqués dans la présente affaire. Même si la valeur d'expropriation tient compte de l'utilisation optimale des terres au moment de l'expropriation, elle n'inclut généralement pas la valeur des terres pour le projet en soi car les règles du droit de l'expropriation visent à ce que les propriétaires fonciers obtiennent l'indemnité nécessaire à l'achat de terres de remplacement. Inversement, les intérêts autochtones *sui generis* sur les terres sont fondamentalement différents car les terres de réserve ne sont pas des biens fungibles et les intérêts autochtones sur les terres sont au cœur de la relation entre la Couronne et les peuples autochtones. Compte tenu de l'intérêt *sui generis* de la LSFN dans les terres de réserve et des répercussions sur celle-ci, le Canada avait plutôt clairement l'obligation d'obtenir la pleine valeur potentielle des terres pour l'utilisation prévue de celles-ci, malgré son pouvoir légal d'expropriation. Le Canada doit toujours tenir la première nation au courant, tenter de négocier une cession avant de procéder à une expropriation et s'assurer que l'indemnité tient compte de la nature de l'intérêt et des répercussions sur la communauté.

Le Canada aurait d'abord dû tenter de négocier une cession. Ses obligations fiduciaires exigeaient qu'il obtienne l'indemnité la plus élevée possible, y compris une indemnité pour l'utilisation future des terres pour la production d'hydroélectricité. Si les négociations visant la cession des terres avaient échoué, le Canada aurait pu procéder à une appropriation ou une expropriation, mais même dans le cadre d'une expropriation, le Canada devait préserver l'intérêt de la LSFN dans les terres dans toute la mesure possible et aurait dû obtenir pour elle une indemnité qui tenait compte de la nature de son intérêt, des répercussions sur la communauté et de la valeur des terres pour le projet.

La perte de possibilité en cause dans la présente affaire réside dans la possibilité de négocier une cession qui correspond à la valeur optimale des terres, soit leur utilisation en vue de la production d'hydroélectricité : la LSFN a le droit d'être indemnisée de la perte de cette possibilité. L'évaluation de la perte de la possibilité de la LSFN doit rendre compte de l'obligation qu'avait le Canada de

for the land's use for hydroelectricity generation. In this case, the presumption of highest and best use means that the land should be valued on the basis of its actual use as flooded land for hydroelectricity generation and allows equitable compensation to focus on a successful negotiated surrender because that more clearly aligns with the nature of the breach, which included a failure to keep the LSFN informed and a failure to prevent the project from proceeding until the negotiations for compensation had been resolved. Equity can presume that the LSFN would have consented to a negotiated settlement at the best price the Crown could have realistically obtained at the time. The value of the flooded land must be reassessed.

*Per Côté J. (dissenting):* There is no basis to interfere with the trial judge's equitable compensation assessment. The trial judge assessed compensation for the value of the flooded lands in 1929 based on a thorough examination of the facts as established in the record. As there is no reviewable error in the trial judge's analysis, the appeal should be dismissed.

S and the LSFN have not established a basis for interfering with the trial judge's valuation. The trial judge's determination that the LSFN should have been compensated through a one-time payment in 1929 based on an expropriation model is not an extricable error, and thus not reviewable on a correctness standard. The trial judge's findings regarding what would have actually happened in 1929 had Canada not breached its duty to the LSFN are factual determinations, not legal ones. No particular findings of fact by the trial judge have been identified as constituting a palpable and overriding error.

The trial judge made no reviewable errors. The trial judge applied settled principles of equitable compensation, including the special importance of its deterrent effect in furthering the ongoing project of reconciliation between Canada and Indigenous peoples. He looked back to when the breach occurred, and, with the benefit of hindsight and the evidentiary record, assessed what position the LSFN would have been in but for the breach. He determined that, had Canada acted legally, it would have taken the reserve lands in 1929 through expropriation or surrender. Based on the evidence before him, the trial judge assessed the losses presuming the highest and best use and with the benefit of hindsight.

négocier une indemnité en fonction du meilleur prix qui pouvait être obtenu pour l'utilisation des terres aux fins de production d'hydroélectricité. En l'espèce, la présomption de l'utilisation optimale signifie que les terres devaient être évaluées en fonction de leur utilisation réelle en tant que terres inondées pour la production d'hydroélectricité et fait en sorte que l'indemnité en equity soit axée sur une cession négociée fructueuse parce que cela correspond davantage à la nature du manquement, qui comprenait le fait de ne pas avoir tenu la LSFN informée et de ne pas avoir empêché la réalisation du projet jusqu'à l'issue des négociations sur l'indemnité. En equity, il est présumé que la LSFN aurait accepté une entente négociée au meilleur prix que la Couronne aurait pu obtenir de façon réaliste à l'époque. La valeur des terres inondées doit être réévaluée.

*La juge Côté (dissidente) :* Il n'y a aucune raison de modifier l'évaluation de l'indemnité en equity faite par le juge de première instance. Celui-ci a évalué l'indemnité pour la valeur des terres inondées en 1929 sur la base d'un examen en profondeur des faits établis dans le dossier. Comme il n'y a aucune erreur révisable dans l'analyse du juge de première instance, le pourvoi devrait être rejeté.

S et la LSFN n'ont pas démontré qu'il existe une raison de modifier l'évaluation du juge de première instance. La conclusion de celui-ci portant que la LSFN aurait dû être indemnisés au moyen d'un paiement unique en 1929 selon un modèle d'expropriation n'est pas une erreur isolable, et n'est donc pas assujettie à la norme de la décision correcte. Les conclusions du juge de première instance concernant ce qui se serait vraiment passé en 1929 si le Canada n'avait pas manqué à son obligation envers la LSFN sont des conclusions de fait, et non des conclusions de droit. Aucune conclusion de fait particulière tirée par le juge de première instance n'a été établie comme constituant une erreur manifeste et déterminante.

Le juge de première instance n'a pas commis d'erreur révisable. Il a appliqué les principes de l'indemnisation en equity, notamment l'importance particulière que revêt son effet dissuasif afin de favoriser l'objectif continu de réconciliation entre le Canada et les peuples autochtones. Il s'est reporté au moment où le manquement a eu lieu et, sur le fondement d'une analyse rétrospective et du dossier de preuve, il a déterminé la situation dans laquelle se serait trouvée la LSFN n'eût été le manquement. Il a établi que, si le Canada avait agi conformément à la loi, il aurait pris les terres de réserve en 1929 au moyen de l'expropriation ou d'une cession. À la lumière de la preuve dont il disposait, le juge de première instance a évalué les pertes subies en supposant qu'il y avait eu utilisation optimale et en effectuant une analyse rétrospective.

While there is agreement with the majority that equitable compensation in this case should be assessed on the basis of a negotiated surrender, there is disagreement with the majority's view that the lost opportunity equates to a lost opportunity to negotiate a surrender of the lands for hydroelectricity generation. The value of the compensation that Canada should have negotiated for the LSFN cannot be assessed in an evidentiary or factual vacuum and the majority seeks to impose a greater obligation on a trial judge than the law demands. The majority's characterization presupposes that the trial judge had the requisite factual basis to make such a finding, while it is clear from the record that he did not. At trial, no evidence was provided regarding a one-time payment for the flooded lands for hydroelectric purposes. S and the LSFN must bear the consequences of their trial strategy, even though they have changed tack on appeal. Therefore, the trial judge was correct to find that the argument that Canada could, and should, have paid more than fair market value for the lands was nothing more than optimistic speculation.

The trial judge's determination regarding the comparability of the Kananaskis Falls Projects and the Lac Seul situation is a factual determination. His finding that the Kananaskis Falls Projects were not a relevant proxy was supported by the limited evidence before him. That evidence does not substantiate a finding that he made a palpable and overriding error in refusing to award a sum in excess of the fair market value of the lands. It is simply speculation to conclude that Canada's differing approach for the Kananaskis Falls Projects leads to the conclusion that it breached its duty in this case.

Moreover, the trial judge's inclusion of a robust non-calculable loss analysis allowed him to meaningfully consider the impact of the flooding on the LSFN. He appropriately acknowledged and incorporated the impact on the community and the LSFN's perspective in his analysis. The total equitable compensation awarded ensures that S and the LSFN are compensated for the value of the lands.

### Cases Cited

By Karakatsanis J.

**Applied:** *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *Osoyoos Indian Band v. Oliver (Town)*, 2001 SCC 85, [2001] 3 S.C.R. 746; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33,

Bien qu'il y ait accord avec les juges majoritaires pour dire qu'en l'espèce, l'indemnité en equity doit être évaluée en fonction d'une cession négociée, il y a désaccord avec leur avis que la perte de l'opportunité équivaut à la perte de l'opportunité de négocier une cession des terres pour la production d'hydroélectricité. La valeur de l'indemnité que le Canada aurait dû négocier pour la LSFN ne peut être établie sans preuve ou sans fondement factuel et les juges majoritaires imposent au juge de première instance une obligation plus lourde que celle qui est prévue en droit. La qualification des juges majoritaires présuppose que le juge de première instance disposait du fondement factuel nécessaire pour tirer une telle conclusion, alors qu'il ressort clairement du dossier que ce n'était pas le cas. Au procès, aucun élément de preuve n'a été présenté concernant le paiement d'une indemnité unique pour les terres inondées à des fins hydroélectriques. S et la LSFN sont responsables des conséquences de la stratégie qu'ils ont adoptée au procès, même s'ils ont changé leur fusil d'épaule en appel. C'est donc à raison que le juge de première instance a conclu que l'argument suivant lequel le Canada pouvait et aurait dû payer un prix supérieur à la juste valeur marchande des terres se résumait à des suppositions fantaisistes.

La conclusion tirée par le juge de première instance concernant la comparabilité des projets des chutes Kananaskis et de la situation du lac Seul était une conclusion de fait. Sa conclusion suivant laquelle les projets des chutes Kananaskis n'étaient pas un indicateur pertinent trouvait appui dans la preuve limitée dont il disposait. Cette preuve ne permet pas de conclure qu'il a commis une erreur manifeste et déterminante en refusant d'accorder une somme supérieure à la juste valeur marchande des terres. Il serait spéculatif de soutenir que le comportement différent du Canada dans les projets des chutes Kananaskis mène à la conclusion que celui-ci a manqué à son obligation en l'espèce.

De plus, le fait que le juge de première instance a effectué une solide analyse des pertes non calculables lui a permis de tenir véritablement compte des répercussions de l'inondation sur la LSFN. Il a bien pris acte des répercussions sur la communauté et du point de vue de la LSFN et en a dûment tenu compte dans son analyse. L'indemnité en equity totale accordée garantit que S et la LSFN sont indemnisés de la valeur des terres.

### Jurisprudence

Citée par la juge Karakatsanis

**Arrêts appliqués :** *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Bande indienne d'Osoyoos c. Oliver (Ville)*, 2001 CSC 85, [2001] 3 R.C.S. 746; *Housen c. Nikolaisen*, 2002

[2002] 2 S.C.R. 235; **distinguished:** *Wewaykum Indian Band v. Canada*, 2002 SCC 79, [2002] 4 S.C.R. 245; **considered:** *Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.*, [1991] 3 S.C.R. 534; **referred to:** *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511; *R. v. Desautel*, 2021 SCC 17, [2021] 1 S.C.R. 533; *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *Williams Lake Indian Band v. Canada (Aboriginal Affairs and Northern Development)*, 2018 SCC 4, [2018] 1 S.C.R. 83; *Ermineskin Indian Band and Nation v. Canada*, 2009 SCC 9, [2009] 1 S.C.R. 222; *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 4 S.C.R. 344; *Re Dawson; Union Fidelity Trustee Co. v. Perpetual Trustee Co.* (1966), 84 W.N. (Pt. 1) (N.S.W.) 399; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377; *Whitefish Lake Band of Indians v. Canada (Attorney General)*, 2007 ONCA 744, 87 O.R. (3d) 321; *Stirrett v. Cheema*, 2020 ONCA 288, 150 O.R. (3d) 561; *AIB Group (UK) plc v. Mark Redler & Co. Solicitors*, [2014] UKSC 58, [2015] A.C. 1503; *Cadbury Schweppes Inc. v. FBI Foods Ltd.*, [1999] 1 S.C.R. 142; *Target Holdings Ltd. v. Redferns*, [1996] 1 A.C. 421; *Brickenden v. London Loan & Savings Co.*, [1934] 3 D.L.R. 465.

By Côté J. (dissenting)

*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Whitefish Lake Band of Indians v. Canada (Attorney General)*, 2007 ONCA 744, 87 O.R. (3d) 321; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *Modern Cleaning Concept Inc. v. Comité paritaire de l'entretien d'édifices publics de la région de Québec*, 2019 SCC 28, [2019] 2 S.C.R. 406; *Nelson (City) v. Mowatt*, 2017 SCC 8, [2017] 1 S.C.R. 138; *Mahjoub v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FCA 157, [2018] 2 F.C.R. 344; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377; *National Westminster Bank plc v. Morgan*, [1985] 1 All E.R. 821.

### Statutes and Regulations Cited

*Constitution Act, 1982*, s. 35.  
*Expropriation Act*, R.S.C. 1985, c. E-21.  
*Expropriations Act*, R.S.O. 1990, c. E.26.  
*Indian Act*, R.S.C. 1927, c. 98, ss. 48, 50, 51.  
*Royal Proclamation, 1763* (G.B.), 3 Geo. 3 [reproduced in R.S.C. 1985, App. II, No. 1].  
*Unemployment Relief Act, 1930*, S.C. 1930, c. 1.

CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; **distinction d'avec l'arrêt :** *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, 2002 CSC 79, [2002] 4 R.C.S. 245; **arrêt examiné :** *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, [1991] 3 R.C.S. 534; **arrêts mentionnés :** *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; *R. c. Desautel*, 2021 CSC 17, [2021] 1 R.S.C. 533; *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *Williams Lake Indian Band c. Canada (Affaires autochtones et du Développement du Nord)*, 2018 CSC 4, [2018] 1 R.C.S. 83; *Bande et nation indiennes d'Ermineskin c. Canada*, 2009 CSC 9, [2009] 1 R.C.S. 222; *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344; *Re Dawson; Union Fidelity Trustee Co. c. Perpetual Trustee Co.* (1966), 84 W.N. (Pt. 1) (N.S.W.) 399; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377; *Whitefish Lake Band of Indians c. Canada (Attorney General)*, 2007 ONCA 744, 87 O.R. (3d) 321; *Stirrett c. Cheema*, 2020 ONCA 288, 150 O.R. (3d) 561; *AIB Group (UK) plc c. Mark Redler & Co. Solicitors*, [2014] UKSC 58, [2015] A.C. 1503; *Cadbury Schweppes Inc. c. Aliments FBI Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 142; *Target Holdings Ltd. c. Redferns*, [1996] 1 A.C. 421; *Brickenden c. London Loan & Savings Co.*, [1934] 3 D.L.R. 465.

Citée par la juge Côté (dissidente)

*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Whitefish Lake Band of Indians c. Canada (Attorney General)*, 2007 ONCA 744, 87 O.R. (3d) 321; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Modern Concept d'entretien inc. c. Comité paritaire de l'entretien d'édifices publics de la région de Québec*, 2019 CSC 28, [2019] 2 R.C.S. 406; *Nelson (City) c. Mowatt*, 2017 CSC 8, [2017] 1 R.C.S. 138; *Mahjoub c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CAF 157, [2018] 2 R.C.F. 344; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377; *National Westminster Bank plc c. Morgan*, [1985] 1 All E.R. 821.

### Lois et règlements cités

*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 35.  
*Loi des Indiens*, S.R.C. 1927, c. 98, art. 48, 50, 51.  
*Loi remédiant au chômage, 1930*, S.C. 1930, c. 1.  
*Loi sur l'expropriation*, L.R.C. 1985, c. E-21.  
*Loi sur l'expropriation*, L.R.O. 1990, c. E.26.  
*Proclamation royale (1763)* (G.-B.), 3 Geo. 3 [reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 1].

**Treaties and Agreements**

Treaty No. 3 (1873).

**Authors Cited**

- Bray, Samuel L. “Fiduciary Remedies”, in Evan J. Criddle, Paul B. Miller and Robert H. Stikoff, eds., *The Oxford Handbook of Fiduciary Law*. New York: Oxford University Press, 2019, 449.
- Luk, Senwung. “Not So Many Hats: The Crown’s Fiduciary Obligations to Aboriginal Communities since *Guerin*” (2013), 76 *Sask. L. Rev.* 1.
- Mainville, Robert. *An Overview of Aboriginal and Treaty Rights and Compensation for Their Breach*. Saskatoon: Purich Publishing, 2001.
- McCabe, J. Timothy S. *The Honour of the Crown and its Fiduciary Duties to Aboriginal Peoples*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.
- Oosterhoff on Trusts: Text, Commentary and Materials*, 9th ed. by Albert H. Oosterhoff, Robert Chambers and Mitchell McInnes. Toronto: Carswell, 2019.
- Rotman, Leonard I. *Fiduciary Law*. Toronto: Thomson/Carswell, 2005.
- Rotman, Leonard I. “Understanding Fiduciary Duties and Relationship Fiduciarity” (2017), 62 *McGill L.J.* 975.
- Slattery, Brian. “The Aboriginal Constitution” (2014), 67 *S.C.L.R.* (2d) 319.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Nadon, Webb and Gleason JJ.A.), 2019 FCA 171, [2020] 1 F.C.R. 745, 89 C.L.R. (4th) 1, 15 L.C.R. (2d) 99, [2019] F.C.J No. 672 (QL), 2019 CarswellNat 2362 (WL Can.), affirming a decision of Zinn J., 2017 FC 906, 74 C.L.R. (4th) 4, [2018] 4 C.N.L.R. 63, 6 L.C.R. (2d) 73, [2017] F.C.J. No. 966 (QL), 2017 CarswellNat 5620 (WL Can.). Appeal allowed, Côté J. dissenting.

*Rosanne Kyle and Elin Sigurdson*, for the appellants.

*Christopher Rupar and Michael Roach*, for the respondent.

*P. Mitch McAdam, Q.C.*, for the intervener the Attorney General of Saskatchewan.

*Carly Fox*, for the intervener the Assembly of Manitoba Chiefs.

**Traités et ententes**

Traité n° 3 (1873).

**Doctrine et autres documents cités**

- Bray, Samuel L. « Fiduciary Remedies », in Evan J. Criddle, Paul B. Miller and Robert H. Stikoff, eds., *The Oxford Handbook of Fiduciary Law*, New York, Oxford University Press, 2019, 449.
- Luk, Senwung. « Not So Many Hats : The Crown’s Fiduciary Obligations to Aboriginal Communities since *Guerin* » (2013), 76 *Sask. L. Rev.* 1.
- Mainville, Robert. *An Overview of Aboriginal and Treaty Rights and Compensation for Their Breach*, Saskatoon, Purich Publishing, 2001.
- McCabe, J. Timothy S. *The Honour of the Crown and its Fiduciary Duties to Aboriginal Peoples*, Markham (Ont.), LexisNexis, 2008.
- Oosterhoff on Trusts : Text, Commentary and Materials*, 9th ed. by Albert H. Oosterhoff, Robert Chambers and Mitchell McInnes, Toronto, Carswell, 2019.
- Rotman, Leonard I. *Fiduciary Law*, Toronto, Thomson/Carswell, 2005.
- Rotman, Leonard I. « Understanding Fiduciary Duties and Relationship Fiduciarity » (2017), 62 *R.D. McGill* 975.
- Slattery, Brian. « The Aboriginal Constitution » (2014), 67 *S.C.L.R.* (2d) 319.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale (les juges Nadon, Webb et Gleason), 2019 CAF 171, [2020] 1 R.C.F. 745, 90 C.L.R. (4th) 191, 15 L.C.R. (2d) 99, [2019] A.C.F. n° 672 (QL), 2019 CarswellNat 14248 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge Zinn, 2017 CF 906, 74 C.L.R. (4th) 136, [2018] 4 C.N.L.R. 63, 6 L.C.R. (2d) 73, [2017] A.C.F. n° 966 (QL), 2017 CarswellNat 8273 (WL Can.). Pourvoi accueilli, la juge Côté est dissidente.

*Rosanne Kyle et Elin Sigurdson*, pour les appelants.

*Christopher Rupar et Michael Roach*, pour l’intimée.

*P. Mitch McAdam, c.r.*, pour l’intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

*Carly Fox*, pour l’intervenante Assembly of Manitoba Chiefs.

*Christopher Devlin*, for the intervener the Tse-shaht First Nation.

*Kate Kempton*, for the intervener Manitoba Keewatinowi Okimakanak Inc.

*Harley Schachter*, for the intervener the Treaty Land Entitlement Committee of Manitoba Inc.

*Cynthia Westaway*, for the intervener the Anishinabek Nation.

*David G. Leitch*, for the intervener the Wauzhushk Onigum Nation.

*Donald R. Colborne*, for the interveners the Big Grassy First Nation, the Onigaming First Nation, the Naotkamegwanning First Nation and the Niisaachewan First Nation.

*Peter Millerd*, for the interveners the Coalition of the Union of British Columbia Indian Chiefs, the Penticton Indian Band and the Williams Lake First Nation.

*Ronald S. Maurice*, for the intervener the Federation of Sovereign Indigenous Nations.

*Steven W. Carey*, for the intervener the Atikameksheng Anishnawbek First Nation.

*Tim Dickson*, for the intervener the Kwantlen First Nation.

*Stuart Wuttke*, for the intervener the Assembly of First Nations.

*Benoît Amyot*, for the intervener the Assembly of First Nations Quebec-Labrador.

*Kate Gunn*, for the intervener the Grand Council Treaty #3.

*Stacey Douglas*, for the intervener the Mohawk Council of Kahnawà:ke.

*Alisa R. Lombard*, for the intervener the Elsipogtog First Nation.

*Christopher Devlin*, pour l'intervenante Tse-shaht First Nation.

*Kate Kempton*, pour l'intervenante Manitoba Keewatinowi Okimakanak Inc.

*Harley Schachter*, pour l'intervenante Treaty Land Entitlement Committee of Manitoba Inc.

*Cynthia Westaway*, pour l'intervenante la Nation Anishinabek.

*David G. Leitch*, pour l'intervenante Wauzhushk Onigum Nation.

*Donald R. Colborne*, pour les intervenantes Big Grassy First Nation, Onigaming First Nation, Naotkamegwanning First Nation et Niisaachewan First Nation.

*Peter Millerd*, pour les intervenantes Coalition of the Union of British Columbia Indian Chiefs, Penticton Indian Band et Williams Lake First Nation.

*Ronald S. Maurice*, pour l'intervenante la Fédération des nations autochtones souveraines.

*Steven W. Carey*, pour l'intervenante la Première Nation Atikameksheng Anishnawbek.

*Tim Dickson*, pour l'intervenante Kwantlen First Nation.

*Stuart Wuttke*, pour l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations.

*Benoît Amyot*, pour l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations Québec-Labrador.

*Kate Gunn*, pour l'intervenant Grand Council Treaty #3.

*Stacey Douglas*, pour l'intervenant Mohawk Council of Kahnawà:ke.

*Alisa R. Lombard*, pour l'intervenante la Première Nation d'Elsipogtog.

*Catherine J. Boies Parker, Q.C.*, for the intervener the Chemawawin Cree Nation.

*Reidar M. Mogerman, Q.C.*, for the intervener the West Moberly First Nations.

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

[1] KARAKATSANIS J. — At the beginning of the twentieth century, Canada needed more electricity to fuel Winnipeg’s economic growth. The governments of Canada, Manitoba, and Ontario decided to create a water reservoir in northern Ontario to power hydroelectricity generation. They settled on Lac Seul, which flows into both Ontario and Manitoba, and determined that if they raised the water level of Lac Seul by 10 feet, or approximately 3 metres, they could generate substantial electricity. Construction of the dam was completed in 1929 and the water steadily rose through the 1930s. The project was a success for the three governments.

[2] The project was also a tragedy for the Lac Seul First Nation (LSFN). The LSFN’s reserve (Reserve) is located on the southeastern shore of Lac Seul. Almost one-fifth of its best land was flooded and its members were “deprived of their livelihood, robbed of their natural resources, and driven out of their home[s]” (2017 FC 906, [2018] 4 C.N.L.R. 63, at para. 156).

[3] Canada was aware from the outset that flooding Lac Seul by 10 feet would cause “very considerable” damage to the Reserve. In the late 1920s, the Supervisor responsible for valuing the loss warned that the Reserve would be “ruined for any purpose [for] which it was set aside”, that the members of the First Nation were “helpless to avert this calamity”, and that they viewed their future “with utter dismay” (Trial Reasons, at paras. 152 and 156).

*Catherine J. Boies Parker, c.r.*, pour l’intervenante Chemawawin Cree Nation.

*Reidar M. Mogerman, c.r.*, pour l’intervenante West Moberly First Nations.

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

[1] LA JUGE KARAKATSANIS — Au début du 20<sup>e</sup> siècle, le Canada a eu besoin de plus d’électricité pour stimuler la croissance économique de Winnipeg. Les gouvernements du Canada, du Manitoba et de l’Ontario ont donc décidé de créer un réservoir d’eau dans le nord de l’Ontario pour produire de l’hydroélectricité. Ils ont choisi le lac Seul, qui se déverse en Ontario et au Manitoba, et ont établi qu’une élévation du niveau de l’eau de 10 pieds, ou environ 3 mètres, pourrait permettre de produire une grande quantité d’électricité. La construction du barrage a été achevée en 1929, et le niveau de l’eau a augmenté régulièrement pendant les années 1930. Le projet a été une réussite pour les trois gouvernements.

[2] Le projet s’est aussi révélé être une tragédie pour la Lac Seul First Nation (LSFN). La réserve de la LSFN (réserve) est située sur la rive sud-est du lac Seul. Près du cinquième de ses meilleures terres a été inondé, et ses membres ont été [TRADUCTION] « privés de leurs moyens de subsistance, dépouillés de leurs ressources naturelles et chassés de leur foyer » (2017 CF 906, 74 C.L.R. (4th) 136, par. 156).

[3] Le Canada savait dès le départ que l’élévation de 10 pieds du niveau du lac Seul causerait des dommages [TRADUCTION] « considérables » à la réserve. À la fin des années 1920, le superviseur chargé d’évaluer les pertes avait affirmé que la réserve serait [TRADUCTION] « ruinée aux fins pour lesquelles elle a[va]it été mise de côté », que les membres de la Première Nation ne pouvaient « rien faire pour éviter cette calamité » et qu’ils entrevoyaient leur avenir « dans la plus grande consternation » (motifs de première instance, par. 152 et 156).



[4] Despite repeated warnings from government officials about the impact that the project would have on the First Nation, the project advanced without the consent of the Lac Seul First Nation, without any compensation, and without the lawful authorization required.

[5] Since the *Royal Proclamation, 1763* (G.B.), 3 Geo. 3 (reproduced in R.S.C. 1985, App. II, No. 1), Indigenous interests in land, including reserve land, cannot be taken or used without legal authorization from the Crown. The *Indian Act*, R.S.C. 1927, c. 98, permitted expropriation for public works, but only with the approval of Cabinet through the Governor in Council. Treaty No. 3 (1873), that set aside the reserve land for the LSFN, required “due compensation” for any taking or appropriation. In addition, this Court recognized in *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, and subsequent decisions, that the Crown is subject to a fiduciary duty when it exercises control over Indigenous interests. This fiduciary duty imposes strict obligations on the Crown to advance the best interests of Indigenous Peoples.

[6] The trial judge concluded that Canada failed to meet its fiduciary duty to the Lac Seul First Nation in respect of its interest in Reserve land. On appeal, Canada does not dispute this conclusion.

[7] Canada did not keep the LSFN informed about the project; did not consult the LSFN; did not negotiate on the LSFN’s behalf to get the best compensation possible; did not use its power to refuse to authorize the project until the other parties agreed to fair compensation; and the compensation Canada did manage to negotiate — 14 years after the flooding began — was inadequate. This was unlawful and egregious conduct, even by the standards of the time. As the trial judge observed, this outcome was “inexplicable” (para. 298).

[8] The results of Canada’s failures are tragic and well documented. Roughly 17 percent of the

[4] Malgré les nombreux avertissements formulés par des représentants du gouvernement au sujet des répercussions qu’aurait le projet sur la Première Nation, celui-ci a été lancé sans le consentement de la Lac Seul First Nation, sans aucune indemnisation et sans l’autorisation requise en vertu de la loi.

[5] Depuis la *Proclamation royale* (1763) (G.-B.), 3 Geo. 3 (reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 1), les intérêts autochtones sur les terres, y compris les terres de réserve, ne peuvent pas être appropriés ou utilisés sans l’autorisation légale de la Couronne. La *Loi des Indiens*, S.R.C. 1927, c. 98, permettait l’expropriation pour les besoins d’un ouvrage public, mais seulement avec l’approbation du Cabinet par l’entremise du gouverneur en conseil. Le *Traité n° 3* (1873), qui prévoyait la mise de côté des terres de réserve de la LSFN, exigeait qu’une « compensation équitable » soit versée pour toute prise ou appropriation. En outre, la Cour a reconnu dans l’arrêt *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, et les décisions subséquentes que la Couronne a une obligation de fiduciaire lorsqu’elle exerce un contrôle sur les intérêts autochtones; celle-ci lui impose aussi l’obligation stricte de défendre le meilleur intérêt des peuples autochtones.

[6] Le juge de première instance a conclu que le Canada avait manqué à son obligation de fiduciaire envers la Lac Seul First Nation en ce qui a trait à son intérêt dans les terres de réserve. En appel, le Canada ne conteste pas cette conclusion.

[7] Le Canada n’a pas tenu la LSFN informée du projet; ne l’a pas consultée; n’a pas négocié en son nom pour obtenir la meilleure indemnité possible; et n’a pas exercé son pouvoir de refuser d’autoriser le projet jusqu’à ce que les autres parties consentent à verser une juste indemnité. En outre, l’indemnité que le Canada a réussi à négocier — 14 ans après le début de l’inondation des terres — était insuffisante. Pareille conduite était illégale et inacceptable, même selon les normes de l’époque. Comme l’a fait observer le juge de première instance, ce résultat était « inexplicable » (par. 298).

[8] Les conséquences de ces manquements de la part du Canada sont tragiques et bien documentées.

Reserve — 11,304 acres or approximately 4,575 hectares — is now permanently flooded. Homes were destroyed, as were wild rice fields, gardens, haylands, and gravesites. Fishing, hunting, and trapping were all impacted. The LSFN was separated because one part of the Reserve became an island. And, despite the sacrifices suffered by the LSFN to make the hydroelectricity project possible, the Reserve was not provided with electricity until the 1980s.

[9] The LSFN challenges the trial judge’s evaluation of equitable compensation for the loss of the flooded lands. The issue for this Court is how to assess equitable compensation for the loss caused by Canada’s breach of fiduciary duty. The central inquiry is: what position would the beneficiary be in had the fiduciary fulfilled its obligations?

[10] The trial judge valued the flooded land based on its value in 1929, with 10 percent valued as waterfront land and 90 percent valued as bushland. He determined that because Canada was authorized to expropriate the land for a public work under the *Indian Act* provisions in force at the time, the land should be valued based upon an expropriation in 1929. Thus, the trial judge concluded that the First Nation was not entitled to be compensated for any value that the land provided to the hydroelectricity project itself.

[11] In my view, this approach to equitable compensation for breach of fiduciary duty is flawed. By looking solely at the amount the LSFN would have received if Canada had complied with the general law relating to expropriation, the trial judge gave no effect to the unique obligations imposed by the fiduciary duty. The trial judge improperly focused on what Canada would *likely have done*, as opposed to what Canada *ought to have done* as a fiduciary. While I agree with much of the trial judge’s analysis,

Près de 17 p. 100 de la réserve — 11 304 acres ou environ 4 575 hectares — est maintenant inondée de façon permanente. Des maisons ont été détruites, tout comme des cultures de riz sauvage, des potagers, des prairies de fauche et des tombes. Les activités de pêche, de chasse et de piégeage ont aussi été touchées. La LSFN a été scindée parce qu’une partie de la réserve est devenue une île. De plus, en dépit des sacrifices imposés à la LSFN pour rendre possible la réalisation du projet d’hydroélectricité, la réserve n’a obtenu l’électricité que dans les années 1980.

[9] La LSFN conteste l’évaluation faite par le juge de première instance de l’indemnité en equity pour la perte des terres inondées. La Cour doit déterminer comment évaluer l’indemnité en equity pour la perte causée par le manquement du Canada à son obligation de fiduciaire. La question centrale est la suivante : dans quelle situation la bénéficiaire se trouverait-elle si le fiduciaire s’était acquitté de ses obligations?

[10] Le juge de première instance a évalué les terres submergées en fonction de leur valeur en 1929 : 10 p. 100 des terres ont été évaluées comme des terres riveraines et 90 p. 100 comme des terrains boisés. Il a établi que, puisque le Canada pouvait exproprier les terres pour les besoins d’un ouvrage public en vertu des dispositions de la *Loi des Indiens* en vigueur à l’époque, celles-ci devaient être évaluées comme si elles avaient été expropriées en 1929. Par conséquent, le juge de première instance a conclu que la Première Nation n’avait pas le droit d’être indemnisée pour toute valeur qu’apportaient les terres au projet d’hydroélectricité lui-même.

[11] À mon avis, cette démarche relative à l’indemnisation en equity pour manquement à l’obligation de fiduciaire est erronée. En se penchant uniquement sur le montant que la LSFN aurait reçu si le Canada s’était conformé au droit général en matière d’expropriation, le juge de première instance n’a pas tenu compte des obligations particulières qu’impose l’obligation de fiduciaire. Le juge de première instance s’est concentré à tort sur ce que le Canada aurait *vraisemblablement fait*, plutôt que sur ce qu’il

this error tainted his assessment of equitable compensation.

[12] The fiduciary duty imposes heavy obligations on Canada. The duty does not melt away when Canada has competing priorities. Canada was under an obligation to preserve and protect the LSFN's interest in the Reserve. This included an obligation to negotiate compensation for the LSFN on the basis of the value of the land to the hydroelectricity project. Compensation must be assessed on that basis.

[13] I would allow the appeal and remit the case back to the Federal Court for reassessment of the equitable compensation to include the value of the flooded land to the hydroelectricity project.

#### I. Background

[14] The LSFN is a Treaty 3 First Nation in Northern Ontario. The members are Anishinaabe people. According to Chief Clifford Bull, they have always been lake dwellers who travelled through the water, kept their homes and gardens near the water, cultivated wild rice in the water, fished in the water, and hunted near the water.

[15] The LSFN's traditional territory extends from the Trout Lake region in northwestern Ontario, southeast through the Lac Seul region, and northeast towards Lake St. Joseph. The LSFN has one Reserve, called the Lac Seul Indian Reserve No. 28, which is located on the southeastern shore of Lac Seul in northern Ontario. The Reserve has three communities — Kejick Bay, Whitefish Bay, and Frenchman's Head.

[16] The Reserve was created under Treaty 3, which required Canada to select and set aside reserves that would be "most convenient and advantageous for each band or bands of Indians". In 1875, the LSFN chose Lac Seul as the site of the Reserve because of the resources along the shoreline and the social, cultural, and spiritual importance of the area.

*aurait dû faire* en tant que fiduciaire. Bien que je souscrive en grande partie à l'analyse faite par le juge de première instance, cette erreur a entaché son évaluation de l'indemnité en equity.

[12] L'obligation de fiduciaire impose au Canada un lourd fardeau qui ne s'évapore pas lorsqu'il a des priorités concurrentes. Le Canada avait l'obligation de préserver et de protéger l'intérêt de la LSFN dans la réserve. Il était notamment tenu de négocier l'indemnité au nom de celle-ci en fonction de la valeur des terres pour le projet d'hydroélectricité. L'indemnité doit être évaluée sur ce fondement.

[13] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de renvoyer l'affaire à la Cour fédérale en vue d'une nouvelle évaluation de l'indemnité en equity afin qu'elle comprenne la valeur des terres inondées pour le projet d'hydroélectricité.

#### I. Contexte

[14] La LSFN, établie dans le nord de l'Ontario, a adhéré au Traité n° 3. Ses membres font partie de la nation anishinaabe. Selon le chef Clifford Bull, ils ont toujours été des habitants lacustres qui se déplaçaient sur l'eau, établissaient leurs maisons et leurs jardins près de l'eau, cultivaient du riz sauvage dans l'eau, pêchaient et chassaient près de l'eau.

[15] Le territoire traditionnel de la LSFN s'étend de la région du lac Trout dans le nord-ouest de l'Ontario, traversant la région du lac Seul en direction sud-est jusqu'au lac St-Joseph au nord-est. La LSFN dispose d'une réserve, appelée Lac Seul Indian Reserve n° 28, qui est située sur la rive sud-est du lac Seul, dans le nord de l'Ontario. Elle compte trois communautés : Kejick Bay, Whitefish Bay et Frenchman's Head.

[16] La réserve a été créée en vertu du Traité n° 3, qui exigeait que le Canada choisisse et mette de côté les réserves qui seraient « le[s] plus convenable[s] et le[s] plus avantageu[s]es pour chaque bande ou bandes des Indiens ». En 1875, la LSFN a choisi le lac Seul comme emplacement pour la réserve en raison des ressources se trouvant le long du rivage et de l'importance sociale, culturelle et spirituelle de la région.

[17] In the early twentieth century, Canada wanted to provide more electricity to Winnipeg. By 1911, Canada identified Lac Seul as a potential reservoir for hydroelectricity generation (Project). Lac Seul flows into the English River in Ontario, which in turn flows into the Winnipeg River in Manitoba. In 1915, the Dominion Water Power Branch, within the Department of the Interior, prepared a report noting that a 10 foot flooding of Lac Seul would increase the power potential on the English River by 233 percent.

[18] In the same year, the Manitoba Hydrographic Survey began preliminary fieldwork. Chief John Akewance of the LSFN first became aware of the potential Project through the fieldwork, and wrote to Indian Agent R. S. McKenzie in 1915 outlining his concerns. Canada advised the Indian Agent that “there is no present intention to raise the waters of Lac Seul” (Trial Reasons, at para. 127).

[19] The fieldwork report was released in 1916 and noted that the Project would flood portions of the Reserve. In 1917, Canada recommended to Ontario that it obtain flowage rights over the land that would need to be flooded. In 1919, Canada informed itself about the procedure for granting flowage rights on reserve land:

If after negotiation the offer is accepted on behalf of the Indians, or amended and so accepted, the amount of compensation agreed upon is deposited with the Minister of Finance for the use of the band of Indians and the land is surrendered.

(Trial Reasons, at para. 132)

Canada wrote to Ontario again in 1921 urging that they reserve the flooding rights. There is no record of a response.

[20] In 1924, Chief Paul Thomas met with Indian Agent Frank Edwards to express the LSFN’s concerns. Agent Edwards told Chief Thomas that Canada

[17] Au début du 20<sup>e</sup> siècle, le Canada voulait produire plus d’électricité pour Winnipeg. En 1911, le Canada avait désigné le lac Seul comme réservoir potentiel pour la production d’hydroélectricité (projet). Le lac Seul se déverse dans la rivière English en Ontario, laquelle se déverse à son tour dans la rivière Winnipeg au Manitoba. En 1915, la Direction générale des forces hydrauliques du ministère de l’Intérieur a rédigé un rapport dans lequel il était indiqué que la hausse de 10 pieds du niveau du lac Seul permettrait d’accroître de 233 p. 100 le potentiel hydraulique de la rivière English.

[18] La même année, la Section des relevés hydrographiques du Manitoba a commencé les travaux préliminaires sur le terrain. Le chef John Akewance de la LSFN a appris l’existence du projet lors des travaux sur le terrain, et il a écrit à l’agent des Indiens R. S. McKenzie en 1915 pour lui faire part de ses préoccupations. Le Canada a informé l’agent des Indiens qu’il [TRADUCTION] « n’[était] pas prévu à [ce moment-là] de relever le niveau de l’eau du lac Seul » (motifs de première instance, par. 127).

[19] Le compte rendu des travaux sur le terrain a été publié en 1916, et il y était indiqué que le projet entraînerait l’inondation de parties de la réserve. En 1917, le Canada a recommandé à l’Ontario d’obtenir les droits de submergement sur les terres qui devraient être inondées. En 1919, le Canada s’est informé de la procédure pour accorder des droits de submergement sur les terres de réserve :

[TRADUCTION] Si, à la suite des négociations, l’offre est acceptée au nom des Indiens, ou modifiée et par la suite acceptée, le montant de l’indemnité convenu est déposé auprès du ministre des Finances aux fins d’usage par la bande autochtone, et les terres sont cédées.

(motifs de première instance, par. 132)

De nouveau, en 1921, le Canada a écrit à l’Ontario pour lui demander de réserver les droits d’inondation. Il n’y a cependant aucune trace de réponse.

[20] En 1924, le chef Paul Thomas a rencontré l’agent des Indiens Frank Edwards pour lui exposer les préoccupations de la LSFN. L’agent Edwards a

would “protect their interests as far as possible” (Trial Reasons, at para. 137 (emphasis in original)).

[21] In February 1928, Canada, Ontario, and Manitoba entered into the Lac Seul Storage Agreement which governed the construction and ownership of the Project. The agreement apportioned the capital costs among the governments, which included “the cost of acquiring flooding privileges or other necessary easements” and “compensation for timber, buildings and improvements, including Ontario Crown Lands, Indian Lands and lands owned by private individuals” (Trial Reasons, at para. 147).

[22] In April 1928, Ontario wrote to affected landowners regarding the Project. Ontario also notified the Department of Indian Affairs and indicated that the water levels would be raised by approximately 12 feet. In the summer of 1928, H. J. Bury, the Supervisor of Indian Timber Lands, appraised the value of the LSFN’s anticipated losses at \$120,200. Ontario disagreed with the estimate. Mr. Bury reiterated his position in two internal memoranda. On May 14, 1929, he wrote that “[t]he reserve is ruined for any purpose [for] which it was set aside . . . for the Indians” (Trial Reasons, at para. 156). Two days later, he wrote:

There are 688 Indians on the reserve, who are helpless to avert this calamity, and who view the future with utter dismay, but I feel that the associated governments concerned, will not permit these Indians to be deprived of their livelihood, robbed of their natural resources, and driven out of their home[s], without not only allowing them generous monetary compensation, but also make provision, during the period of years in which they will have to re-adjust themselves to new and strange conditions, for exclusive trapping rights for them in a district remote from civilization.

(Trial Reasons, para. 156)

fait savoir au chef Thomas que le Canada [TRADUCTION] « protégerait les intérêts de la Première Nation dans la mesure du possible » (motifs de première instance, par. 137 (souligné dans l’original)).

[21] En février 1928, le Canada, l’Ontario et le Manitoba ont signé l’Accord du barrage-réservoir du lac Seul, qui régissait la construction et la propriété du projet. Selon l’Accord, les dépenses en immobilisations étaient réparties entre les gouvernements, et comprenaient [TRADUCTION] « le coût d’acquisition des privilèges de submersion et autres servitudes nécessaires » et « l’indemnité pour coupe de bois, construction de bâtiments et améliorations, y compris les terres de la Couronne de l’Ontario, les terres des Indiens et les terres appartenant à des particuliers » (motifs de première instance, par. 147).

[22] En avril 1928, l’Ontario a communiqué par écrit au sujet du projet avec les propriétaires fonciers concernés. L’Ontario a également informé le ministère des Affaires indiennes et lui a indiqué que le niveau de l’eau serait relevé d’environ 12 pieds. À l’été 1928, H. J. Bury, le superviseur des terres à bois des Indiens, a estimé la valeur des pertes anticipées de la LSFN à 120 200 \$. L’Ontario a contesté l’estimation. Monsieur Bury a réitéré sa position dans deux notes internes. Le 14 mai 1929, il a écrit que [TRADUCTION] « [l]a réserve [était] à toutes fins utiles ruinée aux fins [pour] lesquelles elle a[vait] été mise de côté [ . . . ] pour les [Indiens] » (motifs de première instance, par. 156). Deux jours plus tard, il a écrit ce qui suit :

[TRADUCTION] Il y a 688 Indiens dans la réserve qui ne peuvent rien faire pour éviter cette calamité. Ils entrevoient leur avenir dans la plus grande consternation. Pourtant, je crois que les gouvernements en cause ne permettront pas que ces Indiens soient privés de leurs moyens de subsistance, dépouillés de leurs ressources naturelles et chassés de leur foyer sans leur accorder une indemnité généreuse. Les gouvernements doivent prendre des dispositions pour faire en sorte que durant les années où ils doivent s’adapter à de nouvelles conditions étranges, les Indiens bénéficieront de droits de piégeage exclusifs dans une région éloignée de la civilisation.

(motifs de première instance, par. 156)

[23] On May 17, 1929, the Deputy Superintendent General of Indian Affairs wrote to his superior that “[t]he situation is certainly serious; and hardship and disaster appear to face these poor Indians unless some arrangement is made at once, providing for reasonable compensation and the allocation of suitable hunting and fishing grounds elsewhere” (Trial Reasons, at para. 157). No agreement regarding compensation to the LSFN was reached with Ontario.

[24] Ontario applied for necessary approvals in July 1928. The application noted that “[i]t will be necessary in connection with the proposed work to acquire flowage rights over lands on an Indian Reserve” (Trial Reasons, at para. 159 (emphasis deleted)). Even though those rights were never acquired, the dam was completed by June 1929. The power site, the Ear Falls Generating Station, was completed and began delivering power in February 1930.

[25] The flooding of Lac Seul was delayed by disagreements between Canada and Ontario regarding timber clearing. Ontario wanted to harvest its Crown timber prior to flooding. To resolve the impasse, Canada proposed that the timber clearing could be accomplished as an unemployment project under Canada’s depression-era *Unemployment Relief Act, 1930*, S.C. 1930, c. 1. As negotiations for this relief project unfolded, Canada assured the LSFN’s members that “their interests will be protected to the fullest possible extent” (Trial Reasons, at para. 181 (emphasis in original)).

[26] In July 1933, Canada’s Minister of the Interior signed the agreement for the relief project. A week later, the local Indian Agent and the timber supervisor assured the LSFN that the water would not be raised “for several years to come” (Trial Reasons, at para. 183). The relief project was a failure. Less than 700 acres were cleared at a cost of over \$850,000 to

[23] Le 17 mai 1929, le surintendant général adjoint des Affaires indiennes a écrit ce qui suit à son supérieur : [TRADUCTION] « La situation est certes sérieuse. Ces pauvres Indiens font face à de rudes épreuves et à une catastrophe, à moins que des mesures soient prises de toute urgence pour leur verser une indemnité raisonnable et leur attribuer des terres de chasse et de pêche convenables à un autre endroit » (motifs de première instance, par. 157). Aucun accord relatif à l’octroi d’une indemnité à la LSFN n’a été conclu avec l’Ontario.

[24] En juillet 1928, l’Ontario a demandé les approbations nécessaires. La demande précisait que [TRADUCTION] « [r]elativement aux travaux proposés, il sera nécessaire d’obtenir les droits de submergement sur les terres de la réserve [indienne] » (motifs de première instance, par. 159 (soulignement omis)). Même si les droits en question n’ont jamais été obtenus, la construction du barrage a pris fin en juin 1929. Le site hydroélectrique, la centrale électrique d’Ear Falls, a été achevé et son exploitation a commencé en février 1930.

[25] L’élévation du niveau du lac Seul a été retardée en raison de désaccords entre le Canada et l’Ontario au sujet de l’abattage du bois. L’Ontario voulait couper le bois se trouvant sur les terres de la Couronne avant l’inondation. Pour résoudre cette impasse, le Canada a proposé que l’abattage du bois soit fait dans le cadre d’un projet de lutte au chômage, conformément à la *Loi remédiant au chômage, 1930*, S.C. 1930, c. 1, datant de l’époque de la dépression. Alors que se déroulaient les négociations entourant ce projet, le Canada a donné l’assurance aux membres de la LSFN que [TRADUCTION] « leurs droits seront protégés dans toute la mesure possible » (motifs de première instance, par. 181 (souligné dans l’original)).

[26] En juillet 1933, le ministre de l’Intérieur du Canada a signé l’entente sur le projet de secours. Une semaine plus tard, l’agent local des Indiens et le superviseur de l’abattage ont assuré la LSFN que le niveau de l’eau ne serait pas relevé [TRADUCTION] « avant plusieurs années » (motifs de première instance, par. 183). Le projet de secours a été un échec.

Canada. Members of the LSFN were excluded from employment in the project.

[27] Despite the assurances given to the LSFN, the waters of Lac Seul began to rise in 1934. The damage was extensive. Agent Edwards estimated that at least 29 houses would need to be rebuilt — in total, one-quarter to one-third of the houses ultimately had to be moved or replaced. Between 1935 and 1939, additional damage was documented. In August 1936, Canada’s Superintendent General of Indian Affairs wrote to Ontario’s Minister of Lands and Forests:

. . . the Lac Seul Indian Reserve has been flooded to such a serious extent that we have been compelled already to construct many new houses for the Indians at a cost of \$25,000 and the flood conditions have not only submerged the Indian hay lands, gardens and cultivated land, but have also seriously impaired the efforts of these Indians to earn their livelihood.

The Indians of this Reserve have been definitely assured that their interests would be fully protected and they are at present much disturbed and alarmed at the damage already caused. [Emphasis deleted.]

(Trial Reasons, at para. 192)

[28] In March 1937, Mr. Bury wrote a memorandum regarding the ongoing failure to provide compensation. He wrote:

I desire to again draw your attention to the serious breach of faith that our Department has made with the Indians of the Lac Seul Reserve, respecting promises made to them regarding flooding compensation . . .

...

I consider that these Indians have been very shabbily treated. Their Reserve lands, timber, houses, gardens, rice beds, musk-rat swamps have been flooded now for some years, and we still procrastinate[.] [I]f it had been a white settlement, no person would have dared to flood

Moins de 700 acres ont été défrichées, ce qui a coûté plus de 850 000 \$ au Canada. Les membres de la LSFN ne pouvaient être embauchés dans le cadre du projet de lutte au chômage.

[27] Malgré les garanties données à la LSFN, le niveau de l’eau du lac Seul a commencé à s’élever en 1934. Les dommages causés étaient importants. L’agent Edwards a estimé qu’au moins 29 maisons devaient être reconstruites — au total, entre un quart et un tiers des maisons ont finalement dû être déplacées ou remplacées. Entre 1935 et 1939, d’autres dommages ont été signalés. En août 1936, le surintendant général des Affaires indiennes du Canada a écrit ce qui suit au ministre des Terres et des Forêts de l’Ontario :

[TRADUCTION] . . . la réserve indienne du lac Seul a été si gravement inondée que nous avons été obligés de construire de nombreuses nouvelles maisons pour les Indiens, au coût de 25 000 \$. Par surcroît, les crues ont non seulement inondé les prairies de fauche, les potagers et les terres cultivées par les Indiens, mais ont aussi gravement nui à leurs moyens de subsistance.

Les Indiens de cette réserve ont reçu une assurance catégorique que leurs droits seraient pleinement protégés et ils sont pour l’heure perturbés et affligés par les dommages qui ont été causés. [Soulignement omis.]

(motifs de première instance, par. 192)

[28] En mars 1937, M. Bury a rédigé une note concernant le fait que la LSFN n’avait toujours pas été indemnisée. Il a écrit ce qui suit :

[TRADUCTION] Je souhaite de nouveau attirer votre attention au grave manquement à l’engagement que notre ministère avait pris envers les Indiens de la réserve du lac Seul et aux promesses qui leur avaient été faites de les indemniser pour les dommages causés par l’inondation. . .

...

J’estime que ces Indiens ont été rudement maltraités. Leurs terres de réserve, leur [bois], leurs maisons, potagers, prairies de riz sauvage et marécages de rats musqués ont été submergés depuis maintenant plusieurs années. Pourtant, nous continuons de procrastiner. S’il s’était agi

the property, without paying compensation before flooding took place. [Emphasis deleted.]

(Trial Reasons, at para. 194)

[29] Negotiations between Canada and Ontario continued. In 1940, Ontario determined that \$50,000 would be a “fair valuation” of compensation, but Ontario also claimed it was owed compensation for what it viewed as excess acres on the Reserve as well as outstanding claims for timber clearing. The LSFN was not consulted nor informed of the impending settlement.

[30] In 1943, Canada and Ontario finally agreed to a claim amount of \$72,539, with deductions of \$5,000 to pay a timber claim submitted by a lumber company and \$17,276 to pay Ontario for “excess acres” on the Reserve. The balance, \$50,263, was deposited into the LSFN’s trust account on November 17, 1943.

[31] By contrast, Ontario and Canada negotiated compensation with other non-Indigenous groups whose property fell within the flood plain of the dam project, such as the Anglican Church Missionary Society, the Hudson’s Bay Company, and the Canadian National Railway. For instance, the Anglican Church Missionary Society received compensation for the timber destroyed in the floods and for the costs of relocating its church and cemetery. Similarly, the Hudson’s Bay Company engaged in protracted negotiations with the federal government that resulted in compensation not only for “Flowage Rights” over the company’s territory, but also for the value of the buildings and other facilities.

[32] Canada’s conduct towards the LSFN also differs from its conduct in three earlier projects that impacted another First Nation. In the early 1910s, Calgary Power and Transmission sought permission

d’un peuplement de Blancs, personne n’aurait osé inonder leurs terres sans leur verser d’abord une indemnité. [Soulignement omis.]

(motifs de première instance, par. 194)

[29] Les négociations entre le Canada et l’Ontario se sont poursuivies. En 1940, l’Ontario a déterminé qu’un montant de 50 000 \$ représenterait une [TRA-DUCTION] « estimation équitable » de l’indemnité, mais la province a aussi affirmé qu’elle avait droit à une indemnité pour ce qu’elle considérait comme des acres supplémentaires dans la réserve, en plus de réclamations en suspens pour l’abattage de bois. La LSFN n’a pas été informée du règlement imminent, et n’a pas non plus été consultée à cet égard.

[30] En 1943, le Canada et l’Ontario ont fini par s’entendre sur une indemnité d’un montant de 72 539 \$. De ce montant, 5 000 \$ ont été déduits pour régler la réclamation d’une entreprise forestière relativement à la perte de bois, et une somme de 17 276 \$ a aussi été déduite pour payer à l’Ontario les « acres supplémentaires » dans la réserve. Le solde de 50 263 \$ a été déposé dans le compte en fiducie de la LSFN le 17 novembre 1943.

[31] En revanche, l’Ontario et le Canada ont négocié des indemnités avec d’autres groupes non autochtones dont les propriétés se trouvaient dans la plaine inondable du projet de barrage, comme la Société missionnaire de l’Église anglicane, la Compagnie de la Baie d’Hudson et la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada. Par exemple, la Société missionnaire de l’Église anglicane a reçu une indemnité pour le bois détruit par les inondations et pour les coûts de relocalisation de son église et de son cimetière. De même, la Compagnie de la Baie d’Hudson a engagé avec le gouvernement fédéral de longues négociations qui ont abouti à une indemnisation non seulement pour les « droits de submergement » sur le territoire de la compagnie, mais aussi pour la valeur des bâtiments et autres installations.

[32] La conduite du Canada envers la LSFN diffère également de celle qu’il avait adoptée dans le cadre de trois projets antérieurs ayant eu une incidence sur une autre première nation. Au début des années



from Indian Affairs to flood reserve lands of the Stoney Indian Band in Alberta for three hydroelectricity projects (Kananaskis Falls Projects). For all three projects, Canada negotiated a surrender on behalf of the First Nation and insisted on compensation reflecting the value of the land to hydroelectricity generation. Calgary Power entered into three agreements which provided two forms of compensation: a one-time payment for flooded land and a yearly water power rental agreement. This compensation was based upon the value of the land to the project.

[33] Here, there was never a negotiated surrender of the land by the LSFN and Canada did not at any point expropriate the land in accordance with the provisions of the *Indian Act*. Nonetheless, the Project was completed in 1929 and the lands were steadily flooded throughout the 1930s. A total of 11,304 acres, approximately 17 percent of the Reserve, is now flooded. The flooding destroyed wild rice fields, gardens, and haylands for livestock. It impacted fishing and damaged homes, campsites, and shoreline infrastructure. The flooding damaged and exposed graves that were not relocated prior to the flooding. One of the LSFN's communities, Kejick Bay, became an island separated from the other communities.

[34] In September 1985, the LSFN submitted a claim for flooding damages to the Specific Claims Branch of the Department of Indian and Northern Affairs Canada. In 1991, Roger Southwind, for himself and on behalf of the members of the Lac Seul Band of Indians, filed a civil claim against Canada. In November 2006, 63 years after the settlement, the LSFN entered into an agreement with Ontario Power Generation (OPG), the current operator of the Ear Falls Generating Station. The agreement included \$11,200,000 in compensation for losses arising from the Ear Falls Generating Station on the LSFN's traditional territory, but expressly excluded damages caused by the flooding in the 1930s. The settlement included a plan to open a new generating

1910, la Calgary Power and Transmission avait demandé aux Affaires indiennes la permission d'inonder des terres de réserve de la Première Nation de Stoney en Alberta pour trois projets hydroélectriques (projets des chutes Kananaskis). Le Canada avait négocié pour les trois projets une cession au nom de la Première Nation et insisté afin qu'elle obtienne une indemnité correspondant à la valeur des terres pour la production d'hydroélectricité. Calgary Power avait conclu trois accords prévoyant deux formes d'indemnisation : un paiement unique pour les terres inondées et un accord annuel de location d'énergie hydroélectrique. Cette indemnité était fondée sur la valeur des terres pour le projet.

[33] Dans le cas qui nous occupe, il n'y a jamais eu de cession négociée des terres par la LSFN et le Canada n'a jamais exproprié les terres en question conformément aux dispositions de la *Loi des Indiens*. Néanmoins, le projet a été achevé en 1929 et les terres ont été inondées de façon continue tout au long des années 1930. Un total de 11 304 acres, soit environ 17 p. 100 de la réserve, sont maintenant submergées. L'inondation a détruit des cultures de riz sauvage, des potagers et des prairies de fauche pour le bétail. Elle a eu des répercussions sur la pêche en plus d'endommager des maisons, des campements et l'infrastructure riveraine. L'inondation a endommagé et exposé des tombes qui n'avaient pas été déplacées avant que celle-ci ait lieu. L'une des communautés de la LSFN, Kejick Bay, est devenue une île séparée des autres communautés.

[34] En septembre 1985, la LSFN a déposé à la Direction générale des revendications particulières du ministère des Affaires autochtones et du Nord Canada une demande d'indemnité pour les dommages causés par l'inondation. En 1991, Roger Southwind, en son propre nom et au nom des membres de la Lac Seul Band of Indians, a engagé une poursuite civile contre le Canada. En novembre 2006, soit 63 ans après le règlement, la LSFN a conclu un accord avec Ontario Power Generation (OPG), l'exploitant actuel de la centrale électrique d'Ear Falls. Cet accord comprenait une indemnité de 11 200 000 \$ pour les pertes causées par la centrale électrique d'Ear Falls sur le territoire traditionnel de la LSFN, mais il excluait expressément les

station and provided the LSFN with the opportunity to purchase an equity position of 25 percent. In February 2009, OPG opened the new generating station in partnership with the First Nation. In 2009, a causeway was built to finally reconnect Kejick Bay Island and the Reserve mainland. The LSFN contributed \$1,750,000 to this and a related project.

A. *Trial Decision, 2017 FC 906, [2018] 4 C.N.L.R. 63 (Zinn J.)*

[35] In 1991, Roger Southwind, for himself and on behalf of the members of the Lac Seul Band of Indians, filed a civil claim against Canada in Federal Court for breach of Canada's fiduciary duty and its obligations under the *Indian Act* and Treaty 3. The trial, which lasted more than 50 days, began before Justice Zinn in September 2016.

[36] The parties called 24 witnesses, 22 of whom were expert witnesses whose testimony included how to value the loss and bring that loss forward to present value. The plaintiff proposed various models for assessing compensation, including a revenue-sharing agreement, the loss of revenues from traditional activities, and a land lease. The plaintiff also led evidence regarding Canada's arrangements with another First Nation in contemporaneous hydroelectricity projects. Both parties called expert witnesses to testify about different models for translating historic losses into present value.

[37] The trial judge held that Canada owed the LSFN a fiduciary duty in respect of land reserved for its benefit under Treaty 3. He particularized the following obligations: a duty of loyalty and good faith in the discharge of its mandate as a trustee of the Reserve land; a duty to provide full disclosure and consult with the band; a duty to act with ordinary prudence with a view to the best interests of the LSFN; and a duty to protect and preserve the band's

dommages causés par l'inondation survenue dans les années 1930. L'accord de règlement comprenait aussi un plan pour l'ouverture d'une nouvelle centrale électrique et offrait à la LSFN la possibilité d'acquérir une participation financière de 25 p. 100. En février 2009, OPG a ouvert la nouvelle centrale électrique en partenariat avec la LSFN. En 2009, une route sur digue a été construite pour que l'île de Kejick Bay soit enfin reliée à la partie continentale de la réserve. La LSFN a investi 1 750 000 \$ dans ce projet et un projet connexe.

A. *Décision de première instance, 2017 CF 906, 74 C.L.R. (4th) 136 (le juge Zinn)*

[35] En 1991, Roger Southwind, en son propre nom et au nom des membres de la Lac Seul Band of Indians, a déposé à la Cour fédérale une poursuite civile contre le Canada pour manquement à son obligation de fiduciaire et aux obligations que lui imposaient la *Loi des Indiens* et le Traité n° 3. Le procès, présidé par le juge Zinn, a commencé en septembre 2016 et a duré plus de 50 jours.

[36] Les parties ont fait entendre 24 témoins, dont 22 experts qui ont témoigné notamment sur la façon d'évaluer les pertes et d'en actualiser la valeur. Le demandeur a proposé divers modèles pour l'évaluation de l'indemnité, y compris une entente de partage des bénéfices, la perte des bénéfices découlant des activités traditionnelles et un bail foncier. Il a aussi présenté des éléments de preuve concernant les accords conclus entre le Canada et une autre première nation dans le cadre de projets hydroélectriques qui avaient eu lieu à la même époque. Les deux parties ont fait entendre des témoins experts au sujet des différents modèles permettant de déterminer la valeur actualisée des pertes historiques.

[37] Le juge de première instance a conclu que le Canada avait à l'égard de la LSFN une obligation de fiduciaire relativement aux terres réservées pour son bénéfice conformément au Traité n° 3. Il a précisé que le Canada avait les devoirs suivants : un devoir de loyauté et de bonne foi dans l'exécution de son mandat de fiduciaire des terres de réserve; un devoir de communiquer l'intégralité de l'information à la Première Nation et de la consulter; un devoir d'user

proprietary interests in the Reserve from exploitation (para. 226). The trial judge found that Canada breached each of these obligations.

[38] Canada accepted that equitable compensation was the appropriate remedy for breach of fiduciary duty. The trial judge summarized the principles of equitable compensation as follows: (1) the goal of equitable compensation is to restore what the plaintiff has lost due to the breach; (2) the plaintiff's loss is an opportunity that was not realized because of the breach; (3) the plaintiff's loss must be assessed with the benefit of hindsight and not based on what was foreseeable or known at the date of the breach; (4) the losses are to be determined on a common sense view of causation; (5) the court must assume the plaintiff would have made the most favourable use of the trust property; and (6) the court must assume that the defendant would have carried out its duties in a lawful manner (para. 285).

[39] In applying these principles, the trial judge focused on what would have happened had Canada not breached its duties. He determined that the Project was a public work and it would have been completed. Opposition from the LSFN or the Indian Affairs branch would likely not have stopped the Project. Indeed, the trial judge found that Canada could have legally taken the lands without the LSFN's consent through expropriation. The trial judge determined that it was unlikely that the LSFN could have negotiated a revenue-sharing agreement. He distinguished agreements reached with a First Nation in earlier hydroelectricity projects, which included both a one-time payment and annual rent, on the bases that the hydroelectricity generating stations were located on the reserves rather than downstream and the utility company in the earlier projects had no authority to expropriate the land, but Canada did have that authority in this Project.

de prudence ordinaire dans le meilleur intérêt de la LSFN; et un devoir de préserver les intérêts propriétaires de la bande sur la réserve et de les protéger contre l'exploitation (par. 226). Le juge de première instance a conclu que le Canada avait manqué à chacune de ces obligations.

[38] Le Canada a reconnu qu'une indemnité en equity constituait la réparation appropriée pour un manquement à l'obligation de fiduciaire. Le juge de première instance a résumé les principes de l'indemnisation en equity de la façon suivante : 1) l'objectif de l'indemnisation en equity est de restituer au demandeur ce qu'il a perdu par suite du manquement; 2) ce que le demandeur a perdu est une possibilité qu'il n'a pu réaliser en raison du manquement; 3) il faut évaluer la perte subie par le demandeur en procédant à une analyse rétrospective, et non en se fondant sur des faits prévisibles ou connus au moment du manquement; 4) les pertes doivent être évaluées selon une conception normale du lien de causalité; 5) la cour doit présumer que le demandeur aurait fait l'utilisation la plus avantageuse possible du bien; et 6) la cour doit présumer que le défendeur se serait acquitté de ses obligations conformément à la loi (par. 285).

[39] Lorsqu'il a appliqué ces principes, le juge de première instance s'est concentré sur ce qui se serait passé si le Canada n'avait pas manqué à ses obligations. Il a établi que le projet constituait un ouvrage public et qu'il aurait été achevé. Celui-ci n'aurait vraisemblablement pas été arrêté si la LSFN ou la division des Affaires indiennes s'y étaient opposés. En fait, le juge de première instance a conclu que le Canada aurait pu légalement s'approprier les terres sans le consentement de la LSFN au moyen de l'expropriation. Il a déterminé que la LSFN n'aurait vraisemblablement pas pu négocier une entente de partage des bénéfices. Il a écarté les accords conclus avec une première nation dans le cadre de projets d'hydroélectricité antérieurs; ces accords prévoyaient à la fois un versement unique et un loyer annuel parce que les centrales hydroélectriques étaient situées dans les réserves plutôt qu'en aval, et que la société de services publics n'avait pas le pouvoir d'exproprier les terres dans ces projets antérieurs, alors que le Canada avait un tel pouvoir dans le projet dont il est question en l'espèce.

[40] In light of these findings, the trial judge determined that Canada would have likely obtained a negotiated settlement for a flowage easement or expropriated the land for the limited purpose of facilitating the Project. He assessed the market value of the flooded land based upon a hypothetical flowage easement, valued as if it had been lawfully expropriated according to general expropriation law. In doing so, the trial judge rejected expert opinion seeking to incorporate the value of the land for hydroelectricity generation, reasoning that any value “attributable to the project” was to be excluded under both the *Expropriation Act*, R.S.C. 1985, c. E-21, and the *Expropriations Act*, R.S.O. 1990, c. E.26. He therefore assessed the value of the flooded land at \$1.29 per acre based on its value as 90 percent bushland and 10 percent waterfront land, concluding that “the suggestion that Canada could and should have paid more than this for the land, amounts to nothing more than optimistic speculation” (para. 383).

[41] The trial judge then assessed other calculable losses. He ordered \$13,847,870 in calculable damages. The calculable damages included: \$3,272,572 for the hypothetical flowage easement, based on the \$1.29 per acre value in 1929; \$7,836,252 for timber dues; \$1,959,094 for the excess acreage deduction; and \$1,913,949 for community infrastructure. He then deducted amounts that Canada had previously paid.

[42] The trial judge also added \$16,152,130 in non-calculable damages for a total award of \$30,000,000. The trial judge assessed the non-calculable losses based on factors including the amount of the calculable loss, the duration of the non-quantifiable losses, the loss of hayland, gardens, and rice fields, and the separation of two LSFN communities.

[40] Compte tenu de ces conclusions, le juge de première instance a établi que le Canada aurait vraisemblablement obtenu un règlement négocié relatif à une servitude de submergement ou qu’il aurait exproprié les terres uniquement pour faciliter le projet. Il a évalué la valeur marchande des terres submergées en fonction d’une servitude de submergement hypothétique, et l’évaluation était fondée sur la valeur des terres si celles-ci avaient été expropriées légalement en vertu des règles générales du droit de l’expropriation. Ce faisant, le juge de première instance a rejeté la preuve d’expert visant à intégrer la valeur des terres pour la production hydroélectrique, estimant que toute valeur « attribuable au projet » devait être exclue au titre de la *Loi sur l’expropriation*, L.R.C. 1985, c. E-21, et de la *Loi sur l’expropriation*, L.R.O. 1990, c. E.26. Il a donc fixé la valeur des terres submergées à 1,29 \$ l’acre selon qu’il avait évalué celles-ci à 90 p. 100 de terres boisées et 10 p. 100 de terres riveraines, et a conclu que « la suggestion que le Canada devait et aurait dû payer un prix supérieur pour les terres se résume à des suppositions fantaisistes » (par. 383).

[41] Le juge de première instance a ensuite évalué d’autres pertes calculables. Il a ordonné qu’une somme de 13 847 870 \$ soit versée au titre des dommages calculables. Cette somme comprenait les montants suivants : 3 272 572 \$ au titre de la servitude de submergement hypothétique, établie suivant une valeur de 1,29 \$ l’acre en 1929; 7 836 252 \$ au titre des redevances sur le bois; 1 959 094 \$ au titre de la déduction pour les acres excédentaires; et 1 913 949 \$ au titre de l’infrastructure communautaire. Il a ensuite déduit les montants que le Canada avait déjà payés.

[42] Le juge de première instance a aussi ajouté un montant de 16 152 130 \$ pour les pertes non quantifiables, ce qui équivaut à une indemnité totale de 30 000 000 \$. Il a évalué ces pertes en fonction de facteurs comme le montant des pertes calculables, la durée des pertes non quantifiables, la perte des prairies de fauche, des potagers et des cultures de riz sauvage, ainsi que la séparation des deux communautés de la LSFN.

B. *Appeal Decision, 2019 FCA 171, [2020] 1 F.C.R. 745 (per Nadon and Webb J.J.A., Gleason J.A. Dissenting)*

[43] Roger Southwind, for himself, and on behalf of the members of the Lac Seul Band of Indians and the Lac Seul First Nation (LSFN or Appellant), appealed the assessment of equitable compensation to the Federal Court of Appeal. The Appellant's primary argument was that the trial judge should have included the loss of a revenue-sharing agreement in the compensation. In the alternative, the Appellant argued that the trial judge was incorrect in his approach to assessing compensation for the flooded land, in applying current expropriation law instead of the law applicable in 1929, and in distinguishing the Kananaskis Falls Projects.

[44] In dissent, Gleason J.A. would have allowed the appeal. While she rejected the primary argument that the breach resulted in the loss of a revenue-sharing agreement, she agreed that the value calculated for the flooded land should have taken into account downstream hydroelectricity generation. The trial judge was wrong to discount the possibility that Canada could have pursued a negotiated settlement that would have included a premium on the land in light of the Project. As a fiduciary, Canada "was arguably required to pursue a negotiated surrender before proceeding to expropriation as a negotiated resolution would probably have been less detrimental to the Lac Seul First Nation" (para. 84). The trial judge also made a legal error in distinguishing the Kananaskis Falls Projects. Canada had identical legal powers in each case but behaved differently.

[45] For the majority, Nadon J.A. (Webb J.A. concurring) dismissed the appeal. He disagreed with Gleason J.A. that the trial judge committed any error of law or any palpable and overriding error. More specifically, he disagreed that the trial judge erred in distinguishing the Kananaskis Falls Projects. Comparing the two projects was a factual

B. *Décision d'appel, 2019 CAF 171, [2020] 1 R.C.F. 745 (les juges Nadon et Webb, et la juge Gleason, dissidente)*

[43] Roger Southwind, en son propre nom, et au nom des membres de la Lac Seul Band of Indians et de la Lac Seul First Nation (LSFN ou appelant), a porté en appel l'évaluation de l'indemnité en equity à la Cour d'appel fédérale. Le principal argument de l'appelant était que le juge de première instance aurait dû inclure dans l'indemnité la perte de l'occasion de conclure une entente de partage des bénéfices. Subsidiairement, l'appelant soutenait que le juge de première instance avait adopté une approche incorrecte dans son évaluation de l'indemnité pour les terres inondées puisqu'il avait appliqué la loi actuelle sur l'expropriation plutôt que celle en vigueur en 1929, et qu'il avait établi une distinction entre le projet en l'espèce et les projets des chutes Kananaskis.

[44] La juge Gleason, dissidente, aurait accueilli l'appel. Bien qu'elle ait rejeté le principal argument selon lequel le manquement avait entraîné la perte de l'occasion de conclure une entente de partage des bénéfices, elle a convenu que le calcul de la valeur des terres inondées aurait dû prendre en compte la production hydroélectrique en aval. Le juge de première instance a eu tort de ne pas tenir compte de la possibilité que le Canada eût négocié un règlement qui aurait comporté une prime pour les terres visées par le projet. À titre de fiduciaire, le Canada « avait vraisemblablement l'obligation de chercher à obtenir une cession négociée avant de procéder à l'expropriation, puisqu'une solution négociée aurait probablement été moins désavantageuse pour la [Lac Seul First Nation] » (par. 84). Le juge de première instance a aussi commis une erreur de droit en écartant les projets des chutes Kananaskis. Le Canada possédait des pouvoirs légaux identiques dans chaque cas, mais il s'est comporté de façon différente.

[45] S'exprimant au nom des juges majoritaires, le juge Nadon (avec l'accord du juge Webb) a rejeté l'appel. Il n'était pas d'accord avec la juge Gleason pour dire que le juge de première instance avait commis une erreur de droit ou une erreur manifeste et déterminante. Plus précisément, il a rejeté l'idée que le juge de première instance avait commis une erreur

determination; there was no palpable and overriding error of fact; and there was no legal error that went to the core of the determination. Thus, the trial judge was entitled to distinguish the projects and assess the fair market value of the land at \$1.29 per acre.

### C. *Applicable Provisions*

[46] The provisions of the *Indian Act* in force in 1929 provided two ways to remove land from a reserve. Section 48 governed takings for a public purpose:

**48.** No portion of any reserve shall be taken for the purpose of any railway, road, public work, or work designed for any public utility without the consent of the Governor in Council, but any company or municipal or local authority having statutory power, either Dominion or provincial, for taking or using lands or any interest in lands without the consent of the owner may, with the consent of the Governor in Council as aforesaid, and subject to the terms and conditions imposed by such consent, exercise such statutory power with respect to any reserve or portion of a reserve.

2. In any such case compensation shall be made therefor to the Indians of the band, and the exercise of such power, and the taking of the lands or interest therein and the determination and payment of the compensation shall, unless otherwise provided by the order in council evidencing the consent of the Governor in Council, be governed by the requirements applicable to the like proceedings by such company, municipal or local authority in ordinary cases.

...

4. The amount awarded in any case shall be paid to the Minister of Finance for the use of the band of Indians for whose benefit the reserve is held, and for the benefit of any Indian who has improvements taken or injured.

en écartant les projets des chutes Kananaskis. La conclusion quant à la comparabilité des deux projets était une conclusion factuelle; elle n'était entachée d'aucune erreur de fait manifeste et déterminante; la décision ne contenait pas non plus d'erreur de droit touchant directement à l'issue de l'affaire. Le juge de première instance pouvait donc écarter les projets et évaluer la juste valeur marchande des terres à 1,29 \$ l'acre.

### C. *Dispositions applicables*

[46] Les dispositions de la *Loi des Indiens* en vigueur en 1929 prévoyaient deux moyens de prendre les terres d'une réserve. L'article 48 régissait les expropriations faites pour les besoins d'un ouvrage public :

**48.** Nulle partie d'une réserve ne peut être expropriée pour les besoins d'un chemin de fer, d'une route, d'un ouvrage public ou d'un ouvrage destiné à quelque utilité publique sans le consentement du gouverneur en son conseil, mais toute compagnie ou autorité municipale ou locale possédant le pouvoir conféré par une loi, soit fédérale soit provinciale, d'exproprier ou utiliser des terrains ou quelque intérêt dans des terres, sans le consentement du propriétaire, peut, avec le consentement du gouverneur en son conseil comme susdit, et subordonnément aux termes et conditions imposés par ce consentement, exercer ce pouvoir conféré par une loi à l'égard de toute réserve ou partie d'une réserve.

2. En ce cas, une indemnité doit être versée aux Indiens de la bande, et l'exercice de ce pouvoir et l'expropriation des terres ou l'acquisition d'un intérêt dans ces terres, ainsi que la fixation et le versement de l'indemnité doivent, à moins de dispositions contraires dans l'arrêté en conseil qui fait preuve du consentement du gouverneur en son conseil, être régis par les prescriptions applicables à des procédures similaires prises par cette compagnie, ou cette autorité municipale ou locale dans des cas ordinaires.

...

4. La somme adjugée dans chaque cas est versée au ministre des Finances pour l'usage de la bande d'Indiens au profit de laquelle la réserve est affectée, et au profit de tout Indien qui y a fait des améliorations, ou lésé.

[47] Land could also be surrendered by consent under ss. 50 and 51.

[48] Treaty 3 states:

And Her Majesty the Queen hereby agrees and undertakes to lay aside reserves for farming lands, due respect being had to lands at present cultivated by the said Indians, and also to lay aside and reserve for the benefit of the said Indians, to be administered and dealt with for them by Her Majesty's Government of the Dominion of Canada, in such a manner as shall seem best, other reserves of land in the said territory hereby ceded, which said reserves shall be selected and set aside where it shall be deemed most convenient and advantageous for each band or bands of Indians, by the officers of the said Government appointed for that purpose, and such selection shall be so made after conference with the Indians; provided, however, . . . that the aforesaid reserves of lands, or any interest or right therein or appurtenant thereto, may be sold, leased or otherwise disposed of by the said Government for the use and benefit of the said Indians, with the consent of the Indians entitled thereto first had and obtained.

...

It is further agreed between Her Majesty and Her said Indians that such sections of the reserves above indicated as may at any time be required for Public Works or buildings of what nature soever may be appropriated for that purpose by Her Majesty's Government of the Dominion of Canada, due compensation being made for the value of any improvements thereon.

## II. Parties' Submissions

[49] The LSFN submits that the courts below erred in their application of the principles of equitable compensation. The central issue is how to compensate the LSFN in a manner that accords with equitable and constitutional principles, including reconciliation and the honour of the Crown. The trial judge erred in considering how Canada would likely have proceeded before considering how Canada as a fiduciary ought to have proceeded. A hypothetical expropriation is the wrong paradigm and improperly shifts the analysis from restoring what the LSFN lost to fixing Canada's unlawful conduct. A hypothetical expropriation also ignores Canada's fiduciary

[47] Les terres pouvaient aussi être cédées sur consentement conformément aux art. 50 et 51.

[48] Le Traité n° 3 est libellé comme suit :

Et Sa Majesté la reine convient par les présentes et s'engage de mettre de côté des réserves de terres arables, l'attention voulue étant portée aux terres cultivées à présent par les dits Indiens, et aussi de mettre de côté et réserver pour le bénéfice des dits Indiens, pour être administrées et contrôlées pour eux par le gouvernement de Sa Majesté pour le Canada, de la manière qui semblera la meilleure, d'autres réserves de terres dans le dit territoire cédé par les présentes, lesquelles dites réserves seront choisies et mises de côté où il sera jugé le plus convenable et le plus avantageux pour chaque bande ou bandes des Indiens, par les officiers du dit gouvernement nommé pour cette fin, et tel choix sera fait après conférence avec les Indiens; pourvu cependant [. . .] que les réserves susdites de terres ou tout intérêt ou droit sur elles ou en dépendant, puissent être vendus, loués ou aliénés autrement par le dit gouvernement pour l'usage et le bénéfice des dits Indiens, avec le consentement préalablement donné et obtenu des Indiens qui y ont droit.

...

Il est de plus convenu entre Sa Majesté et les dits Indiens que le gouvernement de Sa Majesté dans la Puissance du Canada pourra s'approprier telles sections des réserves ci-dessus indiquées qui pourraient en aucun temps être nécessaires pour des travaux publics ou bâtisses de quelque nature que ce soit, une compensation équitable étant accordée pour la valeur des améliorations sur icelles.

## II. Observations des parties

[49] La LSFN soutient que les juridictions inférieures ont commis une erreur dans leur application des principes de l'indemnisation en equity. La principale question est de savoir comment indemniser la LSFN d'une façon qui est compatible avec les principes d'equity et les principes constitutionnels, notamment la réconciliation et l'honneur de la Couronne. Le juge de première instance a commis une erreur en cherchant à déterminer ce que le Canada aurait vraisemblablement fait avant de se demander ce qu'il aurait dû faire en tant que fiduciaire. Une expropriation hypothétique n'est pas le bon paradigme; l'analyse se concentre alors à tort sur

obligations and, even if an expropriation had been pursued, Canada had to impair the LSFN's interest as little as possible. It was also incorrect to view Canada's breaches as inevitable, and, in any event, whether the flooding was inevitable does not break the causal connection between Canada's breach and the LSFN's loss. The Appellant submits that the trial judge did not properly consider the LSFN's perspective and the unique nature of its losses and connection to the land. Finally, the Appellant submits that the trial judge's approach does not deter Canada's behaviour.

[50] Canada submits that the trial judge fairly compensated the LSFN for its losses. On the merits of the appeal, Canada submits that the principles of equitable compensation are settled and were properly applied by the courts below. The LSFN cannot be compensated for a scenario that would have never occurred. At trial, the LSFN was claiming compensation for a loss — a revenue-sharing agreement — that was not caused by the breach. The trial judge referred to a hypothetical expropriation scenario to determine what likely would have happened without a breach, in line with this Court's jurisprudence. The determination that Canada would have obtained a flowage easement was appropriate in light of the evidence and would have fulfilled Canada's duty to minimally impair the right. Finally, Canada submits that the compensation award respects the goal of reconciliation and fulfills the deterrent requirement.

[51] Canada also submits that the LSFN is improperly making a new argument before this Court by asking that the land be valued on the basis of its use for flooding purposes. The pleadings, Canada argues, show that the plaintiff sought a revenue-sharing

la correction de la conduite illégale du Canada plutôt que sur la restitution de la perte subie par la LSFN. Une expropriation hypothétique ne tient pas non plus compte des obligations qui incombent au Canada en tant que fiduciaire. Qui plus est, même s'il y avait eu expropriation, le Canada était tenu de porter le moins possible atteinte à l'intérêt de la LSFN. Il était également incorrect de considérer que les manquements du Canada étaient inévitables; en tout état de cause, la question de savoir si l'inondation était évitable ou non ne rompt pas le lien de causalité qui existe entre le manquement du Canada et la perte subie par la LSFN. L'appelant soutient que le juge de première instance n'a pas dûment tenu compte du point de vue de la LSFN et du caractère unique de ses pertes et de son lien avec les terres. Enfin, l'appelant fait valoir que l'approche adoptée par le juge de première instance n'a pas un effet dissuasif sur le comportement du Canada.

[50] Le Canada soutient que le juge de première instance a indemnisé équitablement la LSFN de ses pertes. Quant au fond de l'appel, le Canada soutient que les principes de l'indemnisation en equity sont bien établis et qu'ils ont été correctement appliqués par les juridictions inférieures. La LSFN ne peut pas être indemnisée pour un scénario qui ne se serait jamais réalisé. Au procès, la LSFN réclamait une indemnité pour une perte — la possibilité de conclure une entente de partage des bénéfices — qui n'était pas attribuable au manquement. Le juge de première instance s'est fondé sur un scénario d'expropriation hypothétique pour déterminer ce qui se serait vraisemblablement passé s'il n'y avait pas eu de manquement, comme le prévoit la jurisprudence de notre Cour. La conclusion selon laquelle le Canada aurait obtenu une servitude de submergement était appropriée compte tenu de la preuve et le Canada se serait ainsi acquitté de son obligation de porter le moins possible atteinte au droit. Enfin, le Canada soutient que l'indemnité accordée respecte l'objectif de réconciliation et satisfait à l'exigence de dissuasion.

[51] Le Canada soutient aussi que la LSFN soulève irrégulièrement un nouvel argument devant la Cour lorsqu'elle demande que les terres soient évaluées en fonction de leur utilisation aux fins d'inondation. Selon le Canada, les actes de procédure montrent



agreement at trial, not the value of the land for flooding purposes. It asks that this Court not entertain what it submits is a new issue.

### III. Analysis

[52] The issue in this appeal is whether the trial judge erred in his assessment of equitable compensation, specifically in relation to the value of the flooded land. To determine whether the trial judge erred, I must consider the content of the fiduciary duty in this case, what obligations it imposed, and how the trial judge assessed equitable compensation in light of those obligations.

[53] My analysis proceeds in three parts. First, I consider the relevant principles of the Crown's relationship to Indigenous Peoples, and more specifically of the fiduciary duty that may arise. Second, I consider the principles of equitable compensation for breach of fiduciary duty. Third, I apply those principles to the trial judge's assessment of equitable compensation.

#### A. *Canada's Fiduciary Duty to Indigenous Peoples*

[54] The existence of a fiduciary duty is not in dispute in this appeal. Canada does not contest the trial judge's determination that Canada owed a fiduciary duty to the LSFN and breached that duty. However, the specific nature of the Crown's fiduciary duty to Indigenous Peoples, especially over reserve land, informs how equitable compensation must be assessed.

[55] The Crown's fiduciary duty is rooted in the obligation of honourable dealing and in the overarching goal of reconciliation between the Crown and the first inhabitants of Canada (*Haida Nation v.*

que le demandeur cherchait à obtenir une entente de partage des bénéfices au procès, et non la valeur des terres aux fins d'inondation. Il demande à la Cour de ne pas examiner ce qu'il considère comme une nouvelle question en litige.

### III. Analyse

[52] La question qui se pose dans le présent pourvoi est de savoir si le juge de première instance a commis une erreur dans son évaluation de l'indemnité en equity, particulièrement en ce qui concerne la valeur des terres inondées. Pour déterminer si le juge de première instance a commis une erreur, je dois examiner le contenu de l'obligation de fiduciaire en l'espèce, les devoirs qui en découlent et la façon dont le juge de première instance a évalué l'indemnité en equity eu égard à ces devoirs.

[53] Mon analyse comporte trois parties. Premièrement, je me pencherai sur les principes pertinents qui régissent les relations de la Couronne avec les peuples autochtones, et plus particulièrement l'obligation de fiduciaire qui peut en découler. Deuxièmement, j'examinerai les principes de l'indemnisation en equity qui s'appliquent en cas de manquement à l'obligation de fiduciaire. Enfin, j'appliquerai ces principes à l'évaluation de l'indemnité en equity faite par le juge de première instance.

#### A. *Obligation de fiduciaire du Canada envers les peuples autochtones*

[54] Nul ne conteste l'existence d'une obligation de fiduciaire dans le présent pourvoi. Le Canada ne conteste pas la conclusion du juge de première instance selon laquelle il avait une obligation de fiduciaire envers la LSFN et a manqué à cette obligation. Cependant, la nature particulière de l'obligation de fiduciaire qu'a la Couronne envers les peuples autochtones, surtout en ce qui concerne les terres de réserve, influe sur la façon dont l'indemnité en equity doit être évaluée.

[55] L'obligation de fiduciaire de la Couronne repose sur son obligation de se conduire honorablement et sur l'objectif global de réconciliation entre la Couronne et les premiers habitants du Canada

*British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511, at paras. 17-18). Professor Slattery describes the honour of the Crown as a “grounding postulate of Canadian constitutional law” (B. Slattery, “The Aboriginal Constitution” (2014), 67 *S.C.L.R.* (2d) 319, at p. 320). McLachlin C.J. explained in *Haida Nation* that the “process of reconciliation flows from the Crown’s duty of honourable dealing toward Aboriginal peoples, which arises in turn from the Crown’s assertion of sovereignty over an Aboriginal people and *de facto* control of land and resources that were formerly in the control of that people” (para. 32; see also *R. v. Desautel*, 2021 SCC 17, [2021] 1 S.C.R. 533, at para. 22). This is an ongoing project that seeks the “reconciliation of Aboriginal and non-Aboriginal Canadians in a mutually respectful long-term relationship” (*Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103, at para. 10).

[56] This Court first acknowledged a fiduciary duty in *Guerin*. In *Guerin*, Canada argued that it could not be subject to a fiduciary duty and, at best, the Crown’s control over Indigenous interests in land is a political trust which is unenforceable by the courts (p. 371). Dickson J., writing for a majority, rejected Canada’s argument. Instead, he found that Indigenous interests in land are “a pre-existing legal right not created by Royal Proclamation, by s. 18(1) of the *Indian Act*, or by any other executive order or legislative provision” (p. 379; see also J. T. S. McCabe, *The Honour of the Crown and its Fiduciary Duties to Aboriginal Peoples* (2008), at pp. 150-51). In other words, the Indigenous interest in land *did not flow from the Crown*; it pre-existed the Crown’s assertion of sovereignty.

[57] Through the *Royal Proclamation, 1763*, the Crown undertook discretionary control over these pre-existing Indigenous interests in land. The

(*Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511, par. 17-18). Le professeur Slattery qualifie l’honneur de la Couronne de [TRADUCTION] « postulat fondamental du droit constitutionnel canadien » (B. Slattery, « The Aboriginal Constitution » (2014), 67 *S.C.L.R.* (2d) 319, p. 320). Dans l’arrêt *Nation haïda*, la juge en chef McLachlin a expliqué que le « processus de conciliation découle de l’obligation de la Couronne de se conduire honorablement envers les peuples autochtones, obligation qui, à son tour, tire son origine de l’affirmation par la Couronne de sa souveraineté sur un peuple autochtone et par l’exercice de fait de son autorité sur des terres et ressources qui étaient jusque-là sous l’autorité de ce peuple » (par. 32; voir aussi *R. c. Desautel*, 2021 CSC 17, [2021] 1 R.S.C. 533, par. 22). Il s’agit d’un projet continu dont l’objectif est la « réconciliation des Canadiens autochtones et non autochtones dans le cadre d’une relation à long terme empreinte de respect mutuel » (*Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103, par. 10).

[56] C’est dans l’arrêt *Guerin* que notre Cour a reconnu l’existence d’une obligation de fiduciaire pour la première fois. Dans cette affaire, le Canada soutenait qu’il ne pouvait pas être assujéti à une obligation de fiduciaire et que, au mieux, le contrôle de la Couronne sur les intérêts autochtones sur les terres constituait une fiducie politique non exécutoire en justice (p. 371). Le juge Dickson, au nom des juges majoritaires, a rejeté l’argument du Canada. Il a plutôt conclu que les intérêts autochtones sur les terres étaient « un droit, en *common law*, qui existait déjà et qui n’a été créé ni par la Proclamation royale, ni par le par. 18(1) de la *Loi sur les Indiens*, ni par aucune autre disposition législative ou ordonnance du pouvoir exécutif » (p. 379; voir aussi J. T. S. McCabe, *The Honour of the Crown and its Fiduciary Duties to Aboriginal Peoples* (2008), p. 150-151). En d’autres mots, l’intérêt autochtone sur les terres *ne provenait pas de la Couronne*; il existait avant que la Couronne affirme sa souveraineté.

[57] Par la *Proclamation royale* (1763), la Couronne a assumé le contrôle discrétionnaire à l’égard de ces intérêts autochtones préexistants

*Proclamation* provided: “And We do hereby strictly forbid, on Pain of our Displeasure, all our loving Subjects from making any Purchases or Settlements whatever, or taking Possession of any of the Lands above reserved, without our especial leave and Licence for that Purpose first obtained.” The *Indian Act* and its predecessor statutes formalized the process for setting aside reserve land and the Crown’s legal control over that land. The Crown thus undertook the “historic responsibility . . . to act on behalf of the Indians so as to protect their interests in transactions with third parties” (*Guerin*, at p. 383). In *Guerin*, this Court recognized that a fiduciary duty arose because the Crown interposed itself between Indigenous lands and those who want to lease or purchase the land, thereby exercising discretionary control over the land (pp. 383-84). The Crown has a duty that is “in the nature of a private law duty” (p. 385).

[58] In *Osoyoos Indian Band v. Oliver (Town)*, 2001 SCC 85, [2001] 3 S.C.R. 746, Gonthier J., dissenting, but not on that point, clarified that the same fiduciary duty applies even where the reserve is not situated on traditional territory in which the First Nation may have a pre-existing legal interest. He noted: “. . . an interest in reserve lands to which no aboriginal title attaches and an interest in non-reserve lands to which aboriginal title does attach are the same with respect to the generation of a fiduciary obligation on the part of the Crown” (para. 163).

[59] *Guerin* set to rest the idea that the trust-like language of historic treaties, laws, and proclamations constituted a mere “political trust” unenforceable in courts. Instead, an enforceable *sui generis* fiduciary duty arose where the Crown asserted discretionary power over Indigenous Peoples’ specific Aboriginal interests and assumed responsibility for those interests (*R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, at p. 1108). This relationship is not paternalistic in nature; it emerged in a context where the military capacities of Indigenous Peoples were strong and the Crown needed to mitigate the risk of conflict between Indigenous Peoples and settlers (*Manitoba Metis*

sur les terres. La *Proclamation* était ainsi libellée : « Nous défendons aussi strictement par la présente à tous Nos sujets, sous peine de s’attirer Notre déplaisir, d’acheter ou posséder aucune terre ci-dessus réservée, ou d’y former aucun établissement, sans avoir au préalable obtenu Notre permission spéciale et une licence à ce sujet. » La *Loi des Indiens* et les lois qui l’ont précédée ont officialisé le processus de mise de côté des terres de réserve et le contrôle juridique de la Couronne sur ces terres. La Couronne a ainsi pris la « responsabilité historique [. . .] de représenter les Indiens afin de protéger leurs droits dans les opérations avec des tiers » (*Guerin*, p. 383). Dans l’arrêt *Guerin*, notre Cour a reconnu qu’une obligation de fiduciaire avait pris naissance parce que la Couronne s’était interposée entre les Autochtones et ceux qui voulaient louer ou acheter leurs terres, exerçant ainsi un contrôle discrétionnaire sur les terres (p. 383-384). La Couronne a une obligation qui tient « de la nature d’une obligation de droit privé » (p. 385).

[58] Dans l’arrêt *Bande indienne d’Osoyoos c. Oliver (Ville)*, 2001 CSC 85, [2001] 3 R.C.S. 746, le juge Gonthier, dissident mais non sur ce point, a précisé que la même obligation de fiduciaire s’applique lorsque les terres de réserve ne sont pas situées sur un territoire traditionnel à l’égard duquel la première nation pourrait avoir un intérêt légal préexistant. Il a souligné que « le droit sur des terres de réserve non visées par un titre aborigène et le droit sur des terres situées hors de la réserve mais visées par un titre aborigène sont identiques en ce qu’ils créent pour la Couronne une obligation de fiduciaire » (par. 163).

[59] L’arrêt *Guerin* a écarté l’idée selon laquelle le fait qu’on retrouvait dans les traités historiques, les lois et les proclamations un libellé semblable à celui des fiducies créait une simple « fiducie politique » dont les tribunaux ne peuvent forcer l’exécution. Au contraire, une obligation de fiduciaire *sui generis* exécutoire prenait naissance dès lors que la Couronne exerçait un pouvoir discrétionnaire sur des intérêts autochtones particuliers et qu’elle en assumait la responsabilité (*R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, p. 1108). Cette relation n’est pas de nature paternaliste; elle s’est instaurée dans un contexte où les capacités militaires des peuples autochtones

*Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623, at para. 66; Slattery, at pp. 322 and 326).

[60] Rooted in the honour of the Crown, the Crown’s fiduciary duty exists to further a socially important relationship. It structures the role voluntarily undertaken by the Crown as the intermediary between Indigenous interests in land and the interest of settlers. Professor Rotman, in the context of fiduciary relationships generally, puts it this way: “. . . while it may appear that the fiduciary concept exists to protect beneficiaries’ interests, that effect is merely ancillary to its protection of fiduciary relationships” (L. I. Rotman, “Understanding Fiduciary Duties and Relationship Fiduciarity” (2017), 62 *McGill L.J.* 975, at pp. 987-88). In the context of our national history, the relationship between the Crown and Indigenous Peoples goes to the very foundation of this country and to the heart of its identity. Indeed, the need to reconcile the assertion of Crown sovereignty with the pre-existence of Indigenous Peoples, and to reconcile Indigenous and non-Indigenous Canadians is of “fundamental importance” (*R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, at para. 310, per McLachlin J., dissenting, but not on this point). The honour of the Crown — and the *sui generis* fiduciary duty to which it gives rise — is a vital component of the relationship between the Crown and Indigenous Peoples.

[61] However, not all aspects of this relationship are fiduciary in nature (*Haida Nation*, at para. 18; *Wewaykum Indian Band v. Canada*, 2002 SCC 79, [2002] 4 S.C.R. 245, at paras. 81 and 83). The fiduciary duty does not attach to every interest of Indigenous Peoples. As Binnie J. stated in *Wewaykum*, “[t]he fiduciary duty imposed on the Crown does not exist at large but in relation to specific Indian interests” (para. 81). The fiduciary duty imposes heavy obligations when it does arise. The fiduciary duty may arise when the Crown exercises discretionary control over cognizable Indigenous interests or where the conditions of a private law

étaient fortes et où la Couronne devait atténuer le risque de conflit entre les peuples autochtones et les colons (*Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623, par. 66; Slattery, p. 322 et 326).

[60] Prenant sa source dans le principe de l’honneur de la Couronne, l’obligation de fiduciaire de celle-ci existe afin de renforcer une relation importante sur le plan social. Elle structure le rôle qu’assume volontairement la Couronne à titre d’intermédiaire entre les intérêts autochtones sur les terres et l’intérêt des colons. En ce qui concerne les rapports fiduciaires en général, le professeur Rotman s’exprime ainsi : [TRADUCTION] « . . . bien que le concept de fiduciaire puisse sembler exister pour protéger les intérêts des bénéficiaires, cet effet est simplement accessoire à sa protection du rapport fiduciaire » (L. I. Rotman, « Understanding Fiduciary Duties and Relationship Fiduciarity » (2017), 62 *R.D. McGill* 975, p. 987-988). Il appert de notre histoire nationale que la relation entre la Couronne et les peuples autochtones est à la base même de notre pays et au cœur de son identité. En effet, la nécessité de concilier l’affirmation de la souveraineté de la Couronne avec la préexistence des peuples autochtones et de réconcilier les Canadiens autochtones et non autochtones est d’une « importance fondamentale » (*R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, par. 310, la juge McLachlin, dissidente, mais pas sur ce point). L’honneur de la Couronne — et l’obligation de fiduciaire *sui generis* qui en découle — est une composante essentielle de la relation entre la Couronne et les peuples autochtones.

[61] Cependant, tous les aspects de cette relation ne sont pas de nature fiduciaire (*Nation haïda*, par. 18; *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, 2002 CSC 79, [2002] 4 R.C.S. 245, par. 81 et 83). L’obligation de fiduciaire ne se rattache pas à chaque intérêt des peuples autochtones. Comme l’a déclaré le juge Binnie dans l’arrêt *Wewaykum*, « [l]’obligation de fiduciaire incombant à la Couronne n’a pas un caractère général, mais existe plutôt à l’égard de droits particuliers des Indiens » (par. 81). L’obligation de fiduciaire impose un lourd fardeau lorsqu’elle prend effectivement naissance. Elle peut prendre naissance lorsque la Couronne exerce son pouvoir

*ad hoc* fiduciary relationship are met (*Williams Lake Indian Band v. Canada (Aboriginal Affairs and Northern Development)*, 2018 SCC 4, [2018] 1 S.C.R. 83, at para. 44; *Manitoba Metis*, at paras. 48-50; *Wewaykum*, at para. 85).

[62] The fiduciary duty itself is shaped by the context to which it applies, which means that its content varies with the nature and the importance of the right being protected (*Williams Lake*, at para. 55; *Wewaykum*, at para. 86; *Manitoba Metis*, at para. 49). The Crown's control over Indigenous interests in land is at the core of the relationship between the Crown and Indigenous Peoples. Consequently, a strong fiduciary duty arises where the Crown is exercising control over a First Nation's land. The same is true where the Crown is exercising control over Aboriginal and treaty rights that are protected under s. 35 of the *Constitution Act, 1982 (Ermineskin Indian Band and Nation v. Canada)*, 2009 SCC 9, [2009] 1 S.C.R. 222, at para. 46).

[63] In a case involving reserve land, the *sui generis* nature of the interest in reserve land informs the fiduciary duty. Reserve land is not a fungible commodity. Instead, reserve land reflects the essential relationship between Indigenous Peoples and the land. In *Osoyoos*, Iacobucci J. wrote that Aboriginal interests in land has an "important cultural component that reflects the relationship between an aboriginal community and the land and the inherent and unique value in the land itself which is enjoyed by the community" (para. 46). The importance of the interest in reserve land is heightened by the fact that, in many cases such as this one, the reserve land was set aside as part of an obligation that arose out of treaties between the Crown and Indigenous Peoples.

[64] The fiduciary duty imposes the following obligations on the Crown: loyalty, good faith, full disclosure, and, where reserve land is involved, the protection and preservation of the First Nation's quasi-proprietary interest from exploitation (*Williams*

discrétionnaire à l'égard d'intérêts autochtones identifiables ou lorsque sont réunies les conditions nécessaires à l'établissement d'une relation fiduciaire *ad hoc* de droit privé (*Williams Lake Indian Band c. Canada (Affaires autochtones et du Développement du Nord)*, 2018 CSC 4, [2018] 1 R.C.S. 83, par. 44; *Manitoba Metis*, par. 48-50; *Wewaykum*, par. 85).

[62] L'obligation de fiduciaire elle-même est façonnée par le contexte dans lequel elle s'applique, ce qui signifie que son contenu varie selon la nature et l'importance du droit à protéger (*Williams Lake*, par. 55; *Wewaykum*, par. 86; *Manitoba Metis*, par. 49). Le contrôle exercé par la Couronne à l'égard des intérêts autochtones sur les terres est au cœur du rapport entre celle-ci et les peuples autochtones. Par conséquent, une obligation de fiduciaire rigoureuse prend naissance lorsque la Couronne exerce un contrôle sur la terre d'une première nation. Il en va de même lorsque la Couronne exerce un contrôle sur les droits autochtones et les droits issus de traités qui sont garantis par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982 (Bande et nation indiennes d'Ermineskin c. Canada)*, 2009 CSC 9, [2009] 1 R.C.S. 222, par. 46).

[63] Dans une affaire portant sur des terres de réserve, la nature *sui generis* de l'intérêt sur ces terres influe sur l'obligation de fiduciaire. Les terres de réserve ne sont pas des biens fongibles. Elles sont plutôt le reflet du lien fondamental entre les peuples autochtones et les terres. Dans l'arrêt *Osoyoos*, le juge Iacobucci a déclaré que les intérêts autochtones sur les terres comportent « un aspect culturel important, qui reflète les rapports entre la collectivité autochtone concernée et le territoire ainsi que la valeur intrinsèque et unique des terres elles-mêmes dont jouit la collectivité » (par. 46). L'importance des intérêts sur les terres de réserve est accentuée par le fait que, dans de nombreux cas comme celui qui nous occupe, les terres de réserve ont été mises de côté dans le cadre d'une obligation découlant de traités conclus entre la Couronne et les peuples autochtones.

[64] L'obligation de fiduciaire impose à la Couronne les devoirs suivants : la loyauté, la bonne foi, la communication complète de l'information et, lorsqu'il s'agit de terres de réserve, la préservation de l'intérêt quasi propriétaire de la première

*Lake*, at para. 46; *Wewaykum*, at para. 86). The standard of care is that of a person of ordinary prudence in managing their own affairs (*Williams Lake*, at para. 46). In the context of a surrender of reserve land, this Court has recognized that the duty also requires that the Crown protect against improvident bargains, manage the process to advance the best interests of the First Nation, and ensure that it consents to the surrender (*Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 4 S.C.R. 344, at paras. 35 and 96). In an expropriation, the obligation to ensure consent is replaced by an obligation to minimally impair the protected interest (*Osoyoos*, at para. 54).

#### B. *Principles of Equitable Compensation*

[65] The basic principles of equitable compensation are not in dispute in this appeal. However, the parties disagree about their application to breaches of the Crown’s fiduciary duty in relation to land held for the benefit of Indigenous Peoples.

[66] As I shall explain, equitable compensation is a loss-based remedy that deters wrongdoing and enforces the trust at the heart of the fiduciary relationship. It differs from common law damages because of the “unique foundation and goals of equity” (*Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.*, [1991] 3 S.C.R. 534, at p. 543, per McLachlin J.). The trial judge must begin by closely analyzing the nature of the fiduciary relationship so as to ensure that the loss is assessed in relation to the obligations owed by the fiduciary. The loss must be caused in fact by the fiduciary’s breach, and the causation analysis is not limited by foreseeability (to use the language in *Canson*, at p. 552, where foreseeability was used synonymously with remoteness in this context).

nation et la protection de celui-ci contre l’exploitation (*Williams Lake*, par. 46; *Wewaykum*, par. 86). La norme de prudence est celle qu’une personne apporte à l’administration de ses propres affaires (*Williams Lake*, par. 46). Dans le contexte d’une cession de terres de réserve, notre Cour a reconnu que l’obligation de fiduciaire exige également que la Couronne évite les marchés inconsidérés, qu’elle gère le processus de manière à favoriser le meilleur intérêt de la première nation et qu’elle s’assure que celle-ci consent à la cession (*Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344, par. 35 et 96). Dans le cas d’une expropriation, l’obligation d’obtenir le consentement de la première nation est remplacée par l’obligation de porter le moins possible atteinte aux intérêts garantis de celle-ci (*Osoyoos*, par. 54).

#### B. *Principes de l’indemnisation en equity*

[65] Les principes de base de l’indemnisation en equity ne sont pas contestés dans le présent pourvoi. Cependant, les parties ne s’entendent pas sur leur application aux manquements à l’obligation de fiduciaire de la Couronne en ce qui concerne les terres détenues au profit des peuples autochtones.

[66] Comme je l’expliquerai, l’indemnité en equity est une réparation fondée sur la perte qui vise à décourager les actes fautifs et à faire respecter la confiance qui est au cœur du rapport fiduciaire. Cette réparation est différente des dommages-intérêts accordés en common law en raison « du fondement et des objectifs uniques de l’equity » (*Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, [1991] 3 R.C.S. 534, p. 543, la juge McLachlin). Le juge de première instance doit d’abord se livrer à une analyse approfondie de la nature du rapport fiduciaire de manière à ce que la perte soit évaluée en fonction des obligations auxquelles est tenu le fiduciaire. La perte doit découler dans les faits du manquement commis par le fiduciaire, mais la prévisibilité ne limite pas l’analyse du lien de causalité (pour reprendre les termes employés dans l’arrêt *Canson*, p. 552, où le terme prévisibilité a été utilisé comme synonyme d’éloignement dans ce contexte).

[67] This Court's decision in *Guerin* explained that, although a fiduciary relationship is different than a traditional trust relationship, breach of the Crown's fiduciary duty gives rise to the same equitable remedies as breach of trust (p. 376; see also *Wewaykum*, at para. 94). The available equitable remedies include, among others, accounting for profits, constructive trust, and equitable compensation (*Canson*, at p. 588, per La Forest J.) Accounting for profits and constructive trust are gains-based remedies, meaning they are measured by the fiduciary's gain rather than the plaintiff's loss. The purpose is to *undo* the fiduciary's gain. Equitable compensation, on the other hand, is a loss-based remedy; the purpose is to *make up* the plaintiff's loss (S. L. Bray, "Fiduciary Remedies", in E. J. Criddle, P. B. Miller and R. H. Stikoff, eds., *The Oxford Handbook of Fiduciary Law* (2019), 449, at pp. 449 and 456).

[68] When the Crown breaches its fiduciary duty, the remedy will seek to restore the plaintiff to the position the plaintiff would have been in had the Crown not breached its duty (*Guerin*, at p. 360, citing *Re Dawson; Union Fidelity Trustee Co. v. Perpetual Trustee Co.* (1966), 84 W.N. (Pt. 1) (N.S.W.) 399 (S.C.); *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377, at p. 440) When it is possible to restore the plaintiff's assets *in specie*, accounting for profits and constructive trust are often appropriate (see *Guerin*, at pp. 360-61; *Hodgkinson*, at pp. 452-53). When, however, restoring the plaintiff's assets *in specie* is not available, equitable compensation is the preferred remedy (*Canson*, at p. 547). The LSFN seeks equitable compensation in this case because what it lost — its land — cannot be returned. It is therefore unnecessary to consider gains-based remedies.

[69] Equitable compensation is equity's counterpart to common law damages (see *Whitefish Lake Band of Indians v. Canada (Attorney General)*, 2007 ONCA 744, 87 O.R. (3d) 321, at para. 48). It is discretionary and restitutionary in nature, aiming to restore the actual value of the thing lost through the fiduciary's breach, referred to as the plaintiff's lost

[67] Dans l'arrêt *Guerin*, la Cour a expliqué que, même si le rapport fiduciaire en question est différent du rapport fiduciaire traditionnel, le manquement à l'obligation de fiduciaire de la Couronne ouvre droit aux mêmes réparations en equity que tout manquement à une obligation de fiduciaire en droit privé (p. 376; voir aussi *Wewaykum*, par. 94). Ces réparations en equity sont, entre autres, la remise des profits, la fiducie par interprétation et l'indemnisation en equity (*Canson*, p. 588, le juge La Forest). La remise des profits et la fiducie par interprétation sont des réparations fondées sur les gains, ce qui signifie qu'elles sont évaluées en fonction du gain du fiduciaire plutôt que de la perte du demandeur. Le but est d'*annuler* le gain du fiduciaire. L'indemnité en equity, en revanche, est une réparation fondée sur la perte; son objectif est de *compenser* la perte du demandeur (S. L. Bray, « Fiduciary Remedies », dans E. J. Criddle, P. B. Miller et R. H. Stikoff, dir., *The Oxford Handbook of Fiduciary Law* (2019), 449, p. 449 et 456).

[68] Si la Couronne manque à son obligation de fiduciaire, la réparation visera à remettre le demandeur dans la position où il se serait trouvé n'eût été ce manquement (*Guerin*, p. 360, citant *Re Dawson; Union Fidelity Trustee Co. c. Perpetual Trustee Co.* (1966), 84 W.N. (Pt. 1) (N.S.W.) 399 (S.C.); *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377, p. 440). Dans les cas où il est possible de restituer en nature les biens du demandeur, la remise des profits et la fiducie par interprétation sont souvent les réparations qui conviennent (voir *Guerin*, p. 360-361; *Hodgkinson*, p. 452-453). Cependant, si la restitution en nature des biens du demandeur est impossible, l'indemnité en equity constitue la réparation privilégiée (*Canson*, p. 547). En l'espèce, la LSFN demande une indemnité en equity parce que ce qu'elle a perdu — ses terres — ne peut lui être restitué. Il n'est donc pas nécessaire d'examiner les réparations fondées sur les gains.

[69] L'indemnité en equity est l'équivalent des dommages-intérêts en common law (voir *Whitefish Lake Band of Indians c. Canada (Attorney General)*, 2007 ONCA 744, 87 O.R. (3d) 321, par. 48). Elle est de nature discrétionnaire et restitutoire, et elle a pour but de restituer la valeur réelle de ce qui a été perdu en raison du manquement à l'obligation de

opportunity (*Canson*, at pp. 547-48, 551-52, 555 and 585).

(1) Causation

[70] To award equitable compensation, there must be factual causation: the fiduciary's breach must have caused, in fact, the plaintiff's lost opportunity (*Canson*, at p. 551; see also *Stirrett v. Cheema*, 2020 ONCA 288, 150 O.R. (3d) 561, at para. 69). This basic principle, that equitable compensation restores the lost opportunity caused in fact by the fiduciary's breach, is uncontroversial. However, there has been debate about the extent to which the causation analysis should borrow from the common law of damages and import limiting factors such as foreseeability.

[71] In concurring reasons in *Canson*, McLachlin J. stressed the differences between equitable remedies and common law damages, explaining that the purpose of equity is to enforce the trust which lies at its heart (p. 543). Analogy with common law damages may not be appropriate given this misalignment between the purpose of fiduciary obligations and obligations through tort and contract. The same point was adopted by Lord Reed J.S.C. in *AIB Group (UK) plc v. Mark Redler & Co. Solicitors*, [2014] UKSC 58, [2015] A.C. 1503, at para. 83:

In negligence and contract the parties were taken to be independent and equal actors, concerned primarily with their own self-interest. Consequently, the law sought a balance between enforcing obligations by awarding compensation, and preserving optimum freedom for those involved in the relationship. The essence of a fiduciary relationship, by contrast, was that one party pledged herself to act in the best interests of the other. The freedom of the fiduciary was diminished by the nature of the obligation she had undertaken. The fiduciary relationship had trust, not self-interest, at its core.

fiduciaire, à savoir la possibilité qu'a perdue le demandeur (*Canson*, p. 547-548, 551-552, 555 et 585).

(1) Lien de causalité

[70] Pour qu'une indemnité en equity soit accordée, il doit y avoir causalité factuelle : le manquement du fiduciaire doit avoir causé, dans les faits, la perte de possibilité du demandeur (*Canson*, p. 551; voir aussi *Stirrett c. Cheema*, 2020 ONCA 288, 150 O.R. (3d) 561, par. 69). Nul ne conteste le principe de base selon lequel l'indemnité en equity restitue la possibilité perdue causée dans les faits par le manquement du fiduciaire. Toutefois, il y a eu des discussions quant à la question de savoir dans quelle mesure l'analyse du lien de causalité devrait emprunter aux principes de common law en matière de dommages-intérêts et importer des facteurs limitatifs, comme la prévisibilité.

[71] Dans les motifs concordants qu'elle a exposés dans l'arrêt *Canson*, la juge McLachlin a insisté sur les différences entre les réparations en equity et les dommages-intérêts en common law, et elle a expliqué que l'objectif de l'equity était de faire respecter la confiance qui est au cœur de ce système (p. 543). L'analogie avec les principes de common law en matière de dommages-intérêts n'est peut-être pas appropriée en raison du décalage entre l'objectif des obligations de fiduciaire et celui des obligations relatives à la responsabilité délictuelle et à la responsabilité contractuelle. Le même point a été adopté par le lord juge Reed dans l'arrêt *AIB Group (UK) plc c. Mark Redler & Co. Solicitors*, [2014] UKSC 58, [2015] A.C. 1503, par. 83 :

[TRADUCTION] Dans les cas de négligence et en matière contractuelle, les parties étaient considérées comme des acteurs égaux et indépendants, soucieux principalement de leur propre intérêt personnel. Par conséquent, la loi recherchait l'équilibre entre faire respecter des obligations en accordant une indemnité et préserver une liberté optimale pour ceux qui étaient impliqués dans le rapport. Par contre, le rapport fiduciaire se caractérisait essentiellement par le fait que l'une des parties s'engageait à agir dans le meilleur intérêt de l'autre. La personne soumise à une obligation fiduciaire voyait sa liberté restreinte par la nature de l'obligation qu'elle avait assumée. Le rapport fiduciaire repose essentiellement sur la confiance, et non sur l'intérêt personnel.



[72] Another difference between equitable compensation and common law damages is that equity is especially concerned with deterring wrongful conduct by fiduciaries. As Professor Rotman observed, “[b]eneficiaries are . . . implicitly dependent upon and peculiarly vulnerable to their fiduciaries’ use, misuse, or abuse of power over their interests” (p. 991). It is therefore crucial that equitable remedies deter fiduciaries from misusing their powers. By restoring the beneficiary’s lost opportunity, equitable compensation enforces the fiduciary relationship and deters the fiduciary’s wrongful conduct.

[73] Due to these differences, rather than relying on common law principles, McLachlin J. explained that the proper approach to equitable compensation “is to look to the policy behind compensation for breach of fiduciary duty and determine what remedies will best further that policy” (*Canson*, at p. 545). McLachlin J.’s approach was subsequently followed by this Court in *Cadbury Schweppes Inc. v. FBI Foods Ltd.*, [1999] 1 S.C.R. 142, and recognizes that the applicable rules will depend both on the nature of the fiduciary relationship and the fiduciary obligations: “Differences between different types of fiduciary relationships may, depending on the circumstances, dictate different approaches to damages” (*Canson*, at p. 546). In other words, “[t]he rules appropriate to a breach of duty by a trustee . . . have to be determined in the light of the characteristics of the obligation in question” (*AIB*, at para. 93). There must be a close relationship between the fiduciary duty and the fiduciary remedy, and the fiduciary duty must “forcefully shape the content of [the] fiduciary remed[y]” (Bray, at p. 451). Thus, while factual causation will always apply to equitable compensation in the sense that the fiduciary’s breach must cause in fact the plaintiff’s loss, common law limiting factors will not readily apply because of the nature of the fiduciary relationship and obligations.

[72] Autre différence entre l’indemnité en equity et les dommages-intérêts en common law : l’equity vise surtout à dissuader les fiduciaires d’adopter un comportement fautif. Comme l’a fait observer le professeur Rotman : [TRADUCTION] « . . . [l]es bénéficiaires sont [ . . . ] implicitement dépendants de leurs fiduciaires et particulièrement vulnérables à l’utilisation, au mauvais usage ou à l’abus de pouvoir par ces derniers à l’égard de leurs droits » (p. 991). Il est donc primordial que les réparations en equity dissuadent les fiduciaires d’abuser de leurs pouvoirs. En restituant au bénéficiaire la valeur de la possibilité perdue, l’indemnité en equity renforce le rapport fiduciaire et dissuade le fiduciaire d’adopter un comportement fautif.

[73] En raison de ces différences, la juge McLachlin a expliqué que, plutôt que de se fonder sur les principes de common law, l’approche appropriée à l’égard de l’indemnisation en equity « est de considérer le principe qui sous-tend l’indemnisation pour manquement à une obligation fiduciaire et de déterminer quels redressements vont le mieux favoriser l’application de ce principe » (*Canson*, p. 545). L’approche de la juge McLachlin a par la suite été adoptée par la Cour dans l’arrêt *Cadbury Schweppes Inc. c. Aliments FBI Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 142. Cette approche reconnaît que les règles applicables dépendent à la fois de la nature du rapport et des obligations fiduciaires : « Les différences entre divers types de rapports fiduciaires peuvent, selon les circonstances, commander des façons différentes d’aborder les dommages-intérêts » (*Canson*, p. 546). En d’autres mots, [TRADUCTION] « [l]es règles qu’il convient d’appliquer au manquement d’un fiduciaire à son obligation [ . . . ] doivent être déterminées au regard des caractéristiques de l’obligation en question » (*AIB*, par. 93). Il doit y avoir un lien étroit entre l’obligation de fiduciaire et la réparation, et cette obligation doit [TRADUCTION] « avoir une forte influence sur le contenu de la réparation fondée sur l’existence d’une obligation de fiduciaire » (Bray, p. 451). Ainsi, même si la règle de la causalité factuelle s’appliquera toujours à l’indemnité en equity, en ce sens que le manquement du fiduciaire doit être la cause factuelle de la perte du demandeur, les facteurs limitatifs de la common law ne s’appliquent pas systématiquement en raison de la nature du rapport et des obligations fiduciaires.

[74] Equity assesses the loss at the date of trial and with the benefit of hindsight (*Guerin*, at pp. 361-62, per Wilson J.; *Canson*, at p. 556; *Target Holdings Ltd. v. Redferns*, [1996] 1 A.C. 421 (H.L.), at pp. 437-39). This means that equity compensates the plaintiff for the lost opportunity caused by the breach, regardless of whether that opportunity could have been foreseen at the time of breach. McLachlin J. described the analysis as follows:

The plaintiff's actual loss as a consequence of the breach is to be assessed with the full benefit of hindsight. Foreseeability is not a concern in assessing compensation, but it is essential that the losses made good are only those which, on a common sense view of causation, were caused by the breach.

(*Canson*, at p. 556)

[75] McLachlin J.'s use of the phrase "common sense view of causation" in *Canson* should not be taken to mean that the causation analysis in equitable compensation cases will always have an "intuitively obvious answer" (*AIB*, at para. 95). This is not always the case; trial judges are often faced with difficult questions of causation in claims for equitable compensation. Instead, the phrase "common sense" clarifies that the rules developed in legal causation, such as foreseeability, do not readily apply in equity: "The requirement that the loss must result from the breach of the relevant equitable duty does not negate the fact that 'causality' in the legal sense as limited by foreseeability at the time of breach does not apply in equity" (*Canson*, at p. 552). Professor Rotman explains the same point as follows:

Each starts with the idea of "but for," "cause-in-fact," or "*sine qua non*," causation. This generally satisfies Equity, but the common law requires more; it demands a finding of materiality or substantial cause to link the impugned activity with the harm to the plaintiff. Further, the common law imports ideas of foreseeability (or reasonable contemplation) and remoteness into its assessment of

[74] En equity, la perte doit être évaluée à la date du procès et avec le bénéfice de la rétrospective (*Guerin*, p. 361-362, la juge Wilson; *Canson*, p. 556; *Target Holdings Ltd. c. Redferns*, [1996] 1 A.C. 421 (H.L.), p. 437-439). Cela signifie que l'équité indemnise le demandeur pour la perte de possibilité causée par un manquement, même si cette possibilité était prévisible au moment du manquement. Voici comment la juge McLachlin décrit cette analyse :

La perte réelle du demandeur par suite du manquement doit être évaluée en bénéficiant pleinement de la rétrospective. La prévisibilité n'intervient pas dans le calcul de l'indemnité, mais il est essentiel que les pertes compensées soient seulement celles qui, selon une conception normale du lien de causalité, ont été causées par le manquement.

(*Canson*, p. 556)

[75] L'utilisation par la juge McLachlin de l'expression « conception normale du lien de causalité » dans l'arrêt *Canson* ne devrait pas être considérée comme signifiant que l'analyse du lien de causalité dans les affaires d'indemnisation en equity aura toujours une [TRADUCTION] « réponse intuitivement évidente » (*AIB*, par. 95). Ce n'est pas toujours le cas; les juges de première instance sont souvent appelés à se prononcer sur des questions difficiles de lien de causalité dans le cadre de demandes d'indemnisation en equity. Le terme « conception normale » signifie plutôt que les règles élaborées en matière de lien de causalité juridique, comme la prévisibilité, ne s'appliquent pas facilement en equity : « L'exigence que la perte résulte du manquement à l'obligation pertinente imposée par l'*equity* ne vient pas nier le fait que le "lien de causalité" au sens juridique, qui est limité par la prévisibilité au moment du manquement, ne s'applique pas en *equity* » (*Canson*, p. 552). Le professeur Rotman explique le même point de la façon suivante :

[TRADUCTION] Chacun des systèmes part du principe de la causalité fondée sur un « facteur déterminant », de la « causalité factuelle » ou de la causalité « *sine qua non* ». En equity, cela est habituellement suffisant, mais en common law, il faut plus; il faut conclure à l'existence d'une cause réelle ou substantielle permettant de lier l'activité contestée au préjudice subi par le demandeur. De plus,

causality. . . . These other considerations do not readily enter into Equity’s assessment of fiduciary accountability.

(*Fiduciary Law* (2005), at p. 634).

See, also, *Target Holdings*, where Lord Browne-Wilkinson observed that “the common law rules of remoteness of damage and causation do not apply” (p. 434).

[76] Canada argues that in valuing the loss the benefit of hindsight cannot mean that the beneficiary is put in a better position than it would have been in had the fiduciary observed its duty *at the time* of breach. This argument was explicitly rejected by this Court in *Blueberry River*, where McLachlin J. wrote that concern about “unexpected windfall” amounted to “bringing foreseeability into the fiduciary analysis through the back door” (para. 103). Similarly, in *Guerin*, compensation was assessed at a higher level than would have been possible at the moment of breach because the most valuable use of the asset between breach and date of trial was not foreseeable at the time of breach. Concerns about a “windfall” cannot therefore subtract from the “equitable approach of looking at what actually happened to values in later years” (*Canson*, at p. 551). Equity will not be limited by foreseeability, unless it is “necessary to reach a just and fair result” (*Hodgkinson*, at p. 443, per La Forest J.).

[77] There are very good reasons why foreseeability does not apply to the Crown’s breach of fiduciary duty in this case. In *Canson*, La Forest J. held that it would not apply where a fiduciary has discretionary control over a beneficiary’s property (p. 578). Indigenous interests in land are quasi-proprietary in nature; they are at the heart of the

en common law, les notions de prévisibilité (ou d’envisagement raisonnable) et d’éloignement sont intégrées à l’évaluation du lien de causalité. [. . .] En equity, ces autres considérations ne font pas d’emblée partie de l’évaluation de la responsabilité fiduciaire.

(*Fiduciary Law* (2005), p. 634).

Voir également l’arrêt *Target Holdings*, dans lequel lord Browne-Wilkinson a constaté que [TRADUCTION] « les règles de common law relatives au caractère éloigné des dommages et au lien de causalité ne s’appliquent pas » (p. 434).

[76] Le Canada soutient que, lors de l’évaluation de la perte, le bénéficiaire ne peut supposer que le bénéficiaire est placé dans une meilleure position que celle dans laquelle il se serait trouvé si le fiduciaire avait respecté son obligation *au moment* du manquement. Notre Cour a explicitement rejeté cet argument dans l’arrêt *Bande indienne de la rivière Blueberry*, où la juge McLachlin a indiqué que la crainte qu’il y ait des « profits inattendus » revenait à « introduire subrepticement le critère de la prévisibilité dans l’analyse concernant l’obligation de fiduciaire » (par. 103). De même, dans l’affaire *Guerin*, l’indemnité a été évaluée à un niveau plus élevé que celui qui aurait été possible au moment du manquement, car l’utilisation la plus profitable des biens entre le moment du manquement et la date du procès n’était pas prévisible au moment du manquement. La crainte de « profits inattendus » ne saurait donc empêcher « la méthode d’*equity* qui consiste à examiner ce qui est vraiment arrivé aux valeurs au cours des années ultérieures » (*Canson*, p. 551). L’*equity* ne sera pas limitée par la prévisibilité, sauf lorsque cela est « nécessaire pour arriver à un résultat juste et équitable » (*Hodgkinson*, p. 443, le juge La Forest).

[77] Il existe de très bonnes raisons pour lesquelles la prévisibilité ne s’applique pas au manquement par la Couronne à son obligation de fiduciaire en l’espèce. Dans l’arrêt *Canson*, le juge La Forest a expliqué que ce facteur ne s’applique pas lorsque le fiduciaire exerce un contrôle discrétionnaire sur les biens du bénéficiaire (p. 578). Les intérêts

Crown-Indigenous relationship and are central to Indigenous identity and culture (*Wewaykum*, at paras. 74 and 86; *Osoyoos*, at para. 46). Moreover, in *Guerin*, Wilson J. accepted that foreseeability would not apply to breaches of the Crown's fiduciary duty towards Indigenous Peoples (pp. 360-62; see also *Whitefish Lake*, at paras. 52-55). The Crown's fiduciary duty is grounded in the honour of the Crown and breaches of the duty are different in kind than private law breaches of contract or tort.

## (2) Equitable Presumptions

[78] To achieve these purposes of equitable compensation, the assessment is also guided by presumptions that equity makes against breaching fiduciaries.

[79] Equity presumes that the plaintiff would have made the most favourable use of the trust property (*Guerin*, at pp. 362-63; *Canson*, at p. 545; *Oosterhoff on Trusts: Text, Commentary and Materials*, by A. H. Oosterhoff, R. Chambers and M. McInnes (9th ed. 2019), at p. 1018). In *Guerin*, for example, the Musqueam Indian Band expected certain advantageous terms in a lease agreement that Canada negotiated on its behalf with a private developer. Canada failed to secure those terms, but instead entered into a less-favourable agreement that was not authorized by the band. In determining how to compensate the band for breach of Canada's fiduciary duty, however, the trial judge determined that the favourable lease terms were not the appropriate measure of compensation because no third party would have agreed to such terms and that measure of loss was not, therefore, causally connected to the breach. The trial judge then considered what the highest and best use of the asset was between breach and date of trial, finding that it was a residential development. This was even though the trial judge found that the area would likely not have developed until some years after the breach. As McLachlin J. observed in *Canson*, the trial judge

autochtones sur les terres sont de nature quasi propriétaire; ils sont au cœur de la relation entre la Couronne et les Autochtones et sont essentiels à l'identité et à la culture autochtones (*Wewaykum*, par. 74 et 86; *Osoyoos*, par. 46). De plus, dans l'arrêt *Guerin*, la juge Wilson a accepté que la prévisibilité ne s'appliquait pas aux manquements par la Couronne à son obligation de fiduciaire envers les peuples autochtones (p. 360-362; voir aussi *Whitefish Lake*, par. 52-55). L'obligation de fiduciaire de la Couronne est fondée sur l'honneur de celle-ci et les manquements à cette obligation sont d'une nature différente des violations contractuelles ou délictuelles de droit privé.

## (2) Présomptions en equity

[78] Pour atteindre ces objectifs de l'indemnisation en equity, l'évaluation est également guidée par les présomptions qu'établit l'equity à l'encontre des fiduciaires qui manquent à leurs obligations.

[79] L'equity suppose que le demandeur aurait utilisé les biens détenus en fiducie de la façon la plus avantageuse possible (*Guerin*, p. 362-363; *Canson*, p. 545; *Oosterhoff on Trusts: Text, Commentary and Materials*, par A. H. Oosterhoff, R. Chambers et M. McInnes (9<sup>e</sup> éd. 2019), p. 1018). Dans l'arrêt *Guerin*, par exemple, la bande indienne de Musqueam s'attendait à ce que certaines conditions avantageuses soient incluses dans un contrat de location que le Canada avait négocié en son nom avec un promoteur privé. Le Canada n'avait pas réussi à obtenir ces conditions; il avait plutôt conclu un accord moins avantageux qui n'avait pas été autorisé par la bande. Or, lorsque le juge de première instance a déterminé l'indemnité à accorder à la bande en raison du manquement par le Canada à son obligation de fiduciaire, il a conclu que le bail aux conditions avantageuses ne pouvait servir à évaluer l'indemnité, car aucune tierce partie n'aurait accepté de telles conditions et qu'il n'y avait donc pas de lien de causalité entre cette façon de calculer la perte et le manquement. Le juge de première instance s'est ensuite penché sur l'utilisation optimale des biens entre le moment du manquement et la date du procès,

“assessed, as best he could, the value of the actual opportunity lost as a result of the breach” (p. 552).

[80] The focus is always on whether the plaintiff’s lost opportunity was caused in fact by the fiduciary’s breach. Equity will assess that opportunity under the *presumption* that the beneficiary would have put the asset to its most favourable use. The most favourable use must be realistic. The common law requires a plaintiff to lead evidence to that effect.

[81] There are additional equitable presumptions that are applicable in appropriate cases. The presumption of legality, discussed in more detail below, prevents breaching fiduciaries from reducing compensation by arguing they would not have complied with the law.

[82] Another presumption, the so-called Brickenden rule, applies where the fiduciary breached a duty to disclose material facts. The breaching fiduciary is prevented from arguing that the outcome would be the same regardless of whether the facts were disclosed (*Brickenden v. London Loan & Savings Co.*, [1934] 3 D.L.R. 465 (P.C.)).

[83] In summary, equitable compensation deters wrongful conduct by fiduciaries in order to enforce the relationship at the heart of the fiduciary duty. It restores the opportunity that the plaintiff lost as a result of the fiduciary’s breach. The trial judge must begin by closely analyzing the nature of the fiduciary relationship so as to ensure that the loss is assessed in relation to the obligations undertaken by the fiduciary. The loss must be caused in fact by the fiduciary’s breach, but the causation analysis will not import foreseeability into breaches of the Crown’s fiduciary duty towards Indigenous Peoples. Equitable presumptions — including most favourable use — apply to the assessment of the loss. The

et il a conclu qu’il s’agissait d’une utilisation à des fins résidentielles, et ce, même s’il a estimé qu’un tel aménagement ne se serait vraisemblablement réalisé que quelques années après le manquement. Comme l’a fait remarquer la juge McLachlin dans l’arrêt *Canson*, le juge de première instance « a évalué, du mieux qu’il pouvait, la valeur de la possibilité réellement perdue en raison du manquement » (p. 552).

[80] L’analyse est toujours axée sur la question de savoir si la perte de possibilité du demandeur a été causée dans les faits par le manquement du fiduciaire. En equity, on évaluera cette possibilité en *présument* que le bénéficiaire aurait utilisé les biens de la manière la plus avantageuse possible. L’utilisation la plus avantageuse possible doit être réaliste. La common law exige que le demandeur présente des éléments de preuve à cet effet.

[81] D’autres présomptions issues de l’equity sont applicables dans les cas qui s’y prêtent. La présomption de légalité, examinée plus en détail ci-dessous, empêche les fiduciaires qui manquent à leurs obligations de réduire l’indemnité en faisant valoir qu’ils auraient enfreint la loi.

[82] Une autre présomption, appelée « règle de Brickenden », s’applique lorsque le fiduciaire a manqué à son obligation de communiquer des faits importants. Le fiduciaire en défaut ne peut pas faire valoir que le résultat aurait été le même si les faits avaient été communiqués (*Brickenden c. London Loan & Savings Co.*, [1934] 3 D.L.R. 465 (C.P.)).

[83] En résumé, l’indemnité en equity décourage les fiduciaires d’avoir un comportement fautif afin de faire respecter la relation qui est au cœur de l’obligation de fiduciaire. Elle permet de restituer la valeur de la possibilité que le demandeur a perdue par suite du manquement du fiduciaire. Le juge de première instance doit commencer par analyser attentivement la nature du rapport fiduciaire de manière à ce que la perte soit évaluée en fonction des obligations auxquelles est tenu le fiduciaire. La perte doit être causée dans les faits par le manquement du fiduciaire, mais l’analyse du lien de causalité n’incorporera pas le facteur de prévisibilité dans les manquements à l’obligation de fiduciaire à laquelle la Couronne

most favourable use must be realistic. The trial judge must be satisfied that the assessment reflects the value the beneficiary could have actually received from the asset between breach and trial and the importance of the relationship between the Crown and Indigenous Peoples.

### C. Application

[84] In light of these principles, I turn now to the question of whether the trial judge erred in his assessment of equitable compensation.

[85] The standards of review identified in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, apply to awards of equitable compensation. Questions of law are reviewable on a standard of correctness. The application of the relevant equitable principles to the facts is reviewable on a standard of palpable and overriding error, absent an extricable error in principle which is reviewed on a correctness standard. As discussed below, the trial judge's reasons are tainted by legal errors reviewable on a correctness standard.

[86] As noted above, the trial judge concluded that Canada owed a fiduciary duty to the LSFN and breached that duty. He determined that Canada had the following specific obligations: (1) a duty of loyalty and good faith to the LSFN in the discharge of its mandate as trustee of the Reserve land; (2) a duty to provide full disclosure and to consult with the band; (3) a duty to act with ordinary prudence with a view to the best interests of the First Nation; and (4) a duty to protect and preserve the LSFN's proprietary interest in the Reserve from exploitation. Further, the trial judge noted that Canada's duties may have expanded when it committed to the LSFN that it would protect its interest "to the fullest possible extent" (para. 227). The trial judge held that

est tenue envers les peuples autochtones. Les présomptions en equity — y compris celle relative à l'utilisation la plus avantageuse — s'appliquent à l'évaluation de la perte. L'utilisation la plus avantageuse doit être réaliste. Le juge de première instance doit être convaincu que l'évaluation reflète la valeur que le bénéficiaire aurait pu réellement tirer des biens entre le moment du manquement et le procès, ainsi que l'importance de la relation entre la Couronne et les peuples autochtones.

### C. Application aux faits

[84] À la lumière de ces principes, je passe maintenant à la question de savoir si le juge de première instance a commis une erreur dans son évaluation de l'indemnité en equity.

[85] Les normes de contrôle décrites dans l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, s'appliquent aux octrois d'indemnités en equity. Les questions de droit sont assujetties à la norme de contrôle de la décision correcte. L'application des principes pertinents d'equity aux faits est assujettie à la norme de contrôle de l'erreur manifeste et déterminante, sauf erreur de principe isolable, laquelle est assujettie à la norme de la décision correcte. Comme il est indiqué plus loin, les motifs du juge de première instance sont entachés d'erreurs de droit, lesquelles sont assujetties à la norme de la décision correcte.

[86] Comme je l'ai déjà mentionné, le juge de première instance a conclu que le Canada avait une obligation de fiduciaire envers la LSFN et qu'il y avait manqué. Il a établi que le Canada avait les obligations spécifiques suivantes : 1) un devoir de loyauté et de bonne foi envers la LSFN dans l'exécution de son mandat de fiduciaire des terres de réserve; 2) un devoir de communiquer l'intégralité de l'information à la bande et de la consulter; 3) un devoir d'user de prudence ordinaire dans le meilleur intérêt de la Première Nation; et 4) un devoir de préserver l'intérêt propriétaire de la LSFN dans la réserve et de le protéger contre l'exploitation. En outre, le juge de première instance a indiqué qu'il était possible que la portée des obligations du Canada se soit élargie

Canada breached these duties. These findings are not challenged in this Court.

[87] However, the trial judge also concluded that Canada's duty only required it to obtain the amount provided for under general expropriation law as payment for a hypothetical flowage easement. He reached this conclusion largely based on the following findings: the Project could not be stopped because Canada, Ontario, and Manitoba wanted it completed; the LSFN had little bargaining power to extract a better deal; Canada could have lawfully expropriated the Reserve land as a public work and paid only the amount required under applicable expropriation law; and, realistically, the LSFN would have surrendered the land or it would have been expropriated under those terms. The trial judge suggests that paying anything greater than fair market value would have violated Canada's duties to the Canadian public. He assessed the value of the flooded land at an average of \$1.29 an acre as bushland and waterfront land, based on Canada's evidence regarding the 1929 value of the land *without* the Project. The trial judge determined the value of this loss at the time of the trial to be \$3,272,572.

[88] Canada submits that the trial judge correctly considered the "non-breach" world and determined, based upon the evidence, that a flowage easement measured by expropriation values is what would have likely happened had Canada not breached its duties.

[89] I agree with the Appellant that the trial judge erred in concluding that a hypothetical expropriation — the minimum statutory obligation — would have fulfilled Canada's fiduciary obligations. This legal error impacted his assessment of equitable compensation because it led him to rely on general

lorsque ce dernier s'était engagé envers la LSFN à protéger son intérêt « dans toute la mesure possible » (par. 227). Le juge de première instance a conclu que le Canada avait manqué à ces obligations et ces conclusions ne sont pas contestées devant notre Cour.

[87] Néanmoins, le juge de première instance a aussi conclu que l'obligation à laquelle était tenu le Canada exigeait seulement qu'il obtienne le montant prévu par les règles générales du droit de l'expropriation en contrepartie d'une servitude de submergement hypothétique. Il a tiré cette conclusion en se fondant en grande partie sur les constatations suivantes : le projet ne pouvait être annulé, car le Canada, l'Ontario et le Manitoba souhaitaient le réaliser; la LSFN avait un faible pouvoir de négociation pour parvenir à une meilleure entente; le Canada aurait pu légalement exproprier les terres de réserve pour les besoins d'un ouvrage public et payer seulement le montant prévu par les règles du droit de l'expropriation applicables; et, en fait, la LSFN aurait cédé les terres ou celles-ci auraient été expropriées selon ces modalités. Le juge de première instance a laissé entendre que, si le Canada avait payé un montant plus élevé que la juste valeur marchande, il aurait manqué à ses obligations envers la population canadienne. Il a évalué la valeur des terres inondées à une moyenne de 1,29 \$ l'acre en tant que terres boisées et riveraines, compte tenu des éléments de preuve du Canada concernant la valeur des terres en 1929 *sans* le projet. Le juge de première instance a établi la valeur de cette perte au moment du procès à 3 272 572 \$.

[88] Le Canada fait valoir que le juge de première instance a examiné à juste titre le scénario où il n'y avait pas eu manquement et a déterminé, à la lumière des éléments de preuve, qu'une servitude de submergement évaluée en fonction de la valeur de l'expropriation est probablement ce qui aurait été versé si le Canada n'avait pas manqué à son obligation.

[89] Je suis d'accord avec l'appelant pour dire que le juge de première instance a commis une erreur en concluant qu'une expropriation — l'obligation minimale prévue par la loi — hypothétique aurait permis au Canada de s'acquitter de ses obligations de fiduciaire. Cette erreur de droit a eu une incidence sur

principles of expropriation law to value the loss and to conclude that compensation would not be assessed at a higher value than the minimum required under an expropriation. The fundamental error of the trial judge was that he focused on what Canada would *likely have done* instead of what Canada *ought to have done* as a fiduciary.

(1) The Appellant Is Not Precluded From Raising These Arguments on Appeal

[90] First, as a preliminary matter, I would reject Canada’s argument that there are procedural obstacles to considering the merits of this appeal. Canada submits that the Appellant’s proposal to assess compensation on the basis of “the use of the lands for flooding purposes” is a new issue that is not properly before this Court and should not be given effect by this Court (R.F., at para. 55). While it is true that the Appellant’s theory of compensation has changed during this litigation, the approach of valuing the lands for flooding purposes was in issue at trial.

[91] The argument that the Appellant relies on at this Court is the same argument relied on at the Court of Appeal and was subject to full submissions at both the Court of Appeal and this Court. The “use of the lands for flooding purposes” assessment is the approach that was accepted as one of two alternatives by Gleason J.A. in dissent below and rejected by Nadon J.A. for the majority.

[92] More importantly, the argument that the land should be valued on the basis of its use as flooded land for the Project was an issue at trial. The LSFN proposed various models of compensation at trial and the primary model — a revenue-sharing agreement — presumes that the use is as land flooded for hydroelectricity generation. According to the trial judge, the LSFN’s main theory at trial was the “loss of opportunity for hydroelectric benefits”

son évaluation de l’indemnité en equity, puisqu’elle l’a amené à s’appuyer sur les principes généraux du droit de l’expropriation pour évaluer la perte et conclure que l’indemnité ne serait pas évaluée à une valeur plus élevée que le minimum requis dans le cadre d’une expropriation. L’erreur fondamentale du juge de première instance est qu’il s’est concentré sur ce que le Canada aurait *vraisemblablement fait*, plutôt que sur ce que le Canada *aurait dû faire* en tant que fiduciaire.

(1) Rien n’empêche l’appelant d’invoquer ces arguments en appel

[90] Tout d’abord, à titre préliminaire, je suis d’avis de rejeter l’argument du Canada voulant que des obstacles procéduraux empêchent l’examen au fond du présent pourvoi. Le Canada soutient que la proposition de l’appelant d’évaluer l’indemnité en fonction de [TRADUCTION] « l’utilisation des terres aux fins d’inondation » constitue une nouvelle question qui n’a pas été dûment soumise à la Cour et à laquelle celle-ci ne devrait pas donner suite (m.i., par. 55). S’il est vrai que la thèse de l’appelant concernant l’indemnisation a changé au cours du présent litige, l’approche visant à évaluer les terres aux fins d’inondation était une question en litige au procès.

[91] L’argument qu’invoque l’appelant devant notre Cour est le même que celui qu’il a invoqué devant la Cour d’appel et qui a fait l’objet d’observations exhaustives devant la Cour d’appel et notre Cour. L’évaluation en fonction de « l’utilisation des terres aux fins d’inondation » est l’approche qui a été accueillie en tant que l’une de deux possibilités formulées par la juge Gleason en dissidence et qui a été rejetée par le juge Nadon au nom des juges majoritaires.

[92] Plus important encore, l’argument selon lequel les terres devraient être évaluées en fonction de leur utilisation en tant que terres inondées pour les besoins du projet était un point en litige au procès. La LSFN a proposé divers modèles d’indemnisation au procès, et le modèle principal — une entente de partage des bénéfices — suppose que les terres seront utilisées en tant que terres inondées pour la production d’hydroélectricité. Selon le juge de première



(para. 10). The Appellant’s expert witness, Norris Wilson, also testified that the value of the land must include the anticipated improvements in the land due to the hydroelectricity project. The trial judge rejected this approach (para. 380). The evidence from the Kananaskis Falls and related agreements was also available to the trial judge and the trial judge correctly understood the implication of this evidence to be that the land would be valued on the basis of its “usefulness in connection with the development of power” (para. 381). The trial judge acknowledged that those agreements were “relied upon by the LSFN as a precedent of what Canada ought to have obtained to protect the interests of the LSFN” (para. 24). Thus, I see no bar to addressing the merits of this appeal.

## (2) The Nature of the Fiduciary Obligations

[93] Following the approach taken by this Court in *Guerin*, the first step in assessing equitable compensation is to determine what the fiduciary would have been expected to do had it not breached its obligations.

[94] In applying what Canada’s obligations to the LSFN required in this case, the trial judge focused on the fact that Canada could legally expropriate the land under s. 48 of the *Indian Act* because the Project was a public work. This led the trial judge to improperly conclude that Canada’s fiduciary obligations required Canada to do no more than the minimum required in an expropriation of fee simple lands. As I shall explain, the fiduciary duty required more than compensation based upon expropriation principles in this case for three reasons. First, the presence of legal discretion to take or expropriate the land in s. 48 of the *Indian Act* did not define the obligations imposed by Canada’s fiduciary duty. Second, the fact that the land was required for a public work did not negate the obligations imposed by Canada’s fiduciary duty. And third, the principles of expropriation law are fundamentally different than

instance, la thèse principale avancée par la LSFN au procès était la [TRADUCTION] « perte de la possibilité de toucher les bénéfices découlant de la production d’hydroélectricité » (par. 10). Le témoin expert de l’appelant, Norris Wilson, a également déclaré que la valeur des terres devrait inclure les améliorations prévues apportées aux terres par suite du projet d’hydroélectricité. Le juge de première instance a rejeté cette approche (par. 380). Des éléments de preuve tirés des accords conclus dans le cadre des projets des chutes Kananaskis et d’accords connexes ont également été soumis au juge de première instance, qui en a bien compris les conséquences, c’est-à-dire que les terres seraient évaluées en fonction de leur [TRADUCTION] « utilité pour la production d’énergie » (par. 381). Le juge de première instance a reconnu que la LSFN avait « invoqu[é] ces [accords] à titre de précédent de ce que le Canada aurait dû obtenir pour protéger les intérêts de la [LSFN] » (par. 24). Par conséquent, je ne vois rien qui m’empêche de me pencher sur le fond du présent pourvoi.

## (2) La nature des obligations fiduciaires

[93] Suivant l’approche adoptée par notre Cour dans l’arrêt *Guerin*, la première étape pour évaluer l’indemnité en equity est de déterminer ce que le fiduciaire aurait dû faire s’il n’avait pas manqué à ses obligations.

[94] Pour appliquer ce qu’exigeaient les obligations qu’avait le Canada envers la LSFN dans la présente affaire, le juge de première instance s’est concentré sur le fait que le Canada pouvait légalement exproprier les terres en vertu de l’art. 48 de la *Loi des Indiens*, car le projet était un ouvrage public. Le juge de première instance a donc conclu à tort qu’à titre de fiduciaire, le Canada avait l’obligation de ne faire que le minimum requis dans le cas d’une expropriation de terres en fief simple. Comme je l’expliquerai plus loin, l’obligation de fiduciaire exigeait du Canada qu’il obtienne plus qu’une indemnité établie en fonction des principes d’expropriation en l’espèce pour trois raisons. Premièrement, l’existence du pouvoir discrétionnaire de s’approprier ou d’exproprier les terres prévu à l’art. 48 de la *Loi des Indiens* ne définissait pas les devoirs qu’imposait l’obligation de fiduciaire du Canada. Deuxièmement,

those underlying Indigenous interest in land. Instead, the fiduciary obligations in this case must reflect the nature of the interest, the impact of the loss on the First Nation, the importance of the fiduciary relationship, and reconciliation, which is the overarching goal of the fiduciary duty itself, based in the honour of the Crown.

[95] Therefore, for reasons that follow, I conclude that even though the land was needed for a public work, the fiduciary duty still required Canada to first attempt to negotiate a surrender with the LSFN. If negotiations failed and Canada expropriated the land under s. 48, it would at least have had to provide fair compensation reflecting the land's use as water storage for hydroelectricity generation.

(a) *The Presence of Legal Discretion in Section 48 of the Indian Act*

[96] The provisions of the *Indian Act* in force at the time provided two routes to remove land from a reserve: a taking and a surrender. Sections 50 and 51 provided that reserve land could be surrendered to the Crown with the consent of the First Nation. Alternatively, subs. 48(1) provided that land could be taken for a public work, but only with the “consent of the Governor in Council” and “subject to the terms and conditions imposed by such consent”. Compensation was to be governed by the “requirements applicable to the like proceedings by such company, municipal or local authority in ordinary cases” unless “otherwise provided by the order in council” (subs. 48(2)). The *Indian Act* did not, therefore, limit the discretion of the Crown to negotiate, or the discretion of the Governor in Council to determine the terms of a taking. There was no conflict between the requirements of the statute and the requirements imposed by the fiduciary duty. The statute accommodated the exercise of the Crown's

le fait que les terres étaient nécessaires pour les besoins d'un ouvrage public n'annulait pas les devoirs imposés par l'obligation de fiduciaire du Canada. Troisièmement, les principes du droit de l'expropriation sont fondamentalement différents de ceux qui sous-tendent l'intérêt autochtone sur les terres. En l'espèce, les obligations de fiduciaire doivent plutôt refléter la nature de l'intérêt, les répercussions de la perte sur la Première Nation, l'importance du rapport fiduciaire et la réconciliation, qui constitue l'objectif fondamental de l'obligation de fiduciaire elle-même, reposant sur l'honneur de la Couronne.

[95] Par conséquent, pour les motifs qui suivent, je conclus que même si les terres étaient nécessaires pour un ouvrage public, l'obligation de fiduciaire exigeait quand même que le Canada tente d'abord de négocier une cession avec la LSFN. Si les négociations avaient échoué et que le Canada avait exproprié les terres en vertu de l'art. 48, il aurait au moins dû verser une indemnité équitable correspondant à la valeur de l'utilisation des terres pour le stockage des eaux en vue de la production d'hydroélectricité.

a) *L'existence d'un pouvoir discrétionnaire à l'art. 48 de la Loi des Indiens*

[96] Les dispositions de la *Loi des Indiens* en vigueur à l'époque prévoyaient deux voies pour retirer des terres d'une réserve : l'expropriation et la cession. Selon les art. 50 et 51, les terres de réserve pouvaient être cédées à la Couronne avec le consentement de la première nation. Subsidièrement, aux termes du par. 48(1), les terres pouvaient être expropriées pour les besoins d'un ouvrage public, mais seulement avec le « consentement du gouverneur en son conseil » et « subordonnément aux termes et conditions imposés par ce consentement ». L'indemnité devait être régie par les « prescriptions applicables à des procédures similaires prises par cette compagnie, ou cette autorité municipale ou locale dans des cas ordinaires », à moins « de dispositions contraires dans l'arrêt en conseil » (par. 48(2)). Par conséquent, la *Loi des Indiens* ne limitait pas le pouvoir discrétionnaire de la Couronne de négocier, ni le pouvoir discrétionnaire du gouverneur en son conseil de prescrire les modalités d'une expropriation. Il n'y avait aucune

fiduciary duty by recognizing the discretion to provide for special requirements.

[97] The provisions in s. 48 must therefore be understood in light of the *pre-existing fiduciary duty* of the Crown. The fiduciary duty, not just the *Indian Act*, imposed substantive obligations on how Canada was to exercise its discretion over the reserve land. Dickson J. explained the relationship between the Crown's discretion its fiduciary duty as follows: “[D]iscretion on the part of the Crown, far from ousting, as the Crown contends, the jurisdiction of the courts to regulate the relationship between the Crown and the Indians, has the effect of transforming the Crown's obligation into a fiduciary one” (*Guerin*, at p. 384). Similarly, Wagner J. (as he then was) recently stated that the “fiduciary obligation requires that the Crown's discretionary control be exercised in accordance with the standard of conduct to which equity holds a fiduciary” and that this is embodied in the “fiduciary duties of loyalty, good faith and full disclosure” (see *Williams Lake*, at para. 46). Equity, by its very nature, imposes additional considerations. The legal authority of the Crown in s. 48 does not answer the question of what the fiduciary duty required in this case. That authority imposed a minimum — not a maximum — requirement on the exercise of the Crown's discretion. The presence of legal discretion in the *Indian Act*, did not, therefore, negate or define the obligations imposed by the Crown's fiduciary duty.

[98] The effect of the trial judge's reliance on the legal powers conferred in the *Indian Act* also raises a question regarding the role of the presumption of legality in this case. The presumption of legality or lawfulness is an equitable presumption meant to prevent fiduciaries from *reducing* compensation by arguing that they would have broken the law (*Whitefish Lake*, at para. 69). It cannot be inverted and used

incompatibilité entre les exigences de la loi et celles imposées par l'obligation de fiduciaire. La loi facilitait l'exercice de l'obligation de fiduciaire de la Couronne en reconnaissant son pouvoir discrétionnaire de répondre à des exigences particulières.

[97] Les dispositions de l'art. 48 doivent donc être interprétées à la lumière de l'*obligation fiduciaire préexistante* de la Couronne. L'obligation de fiduciaire, pas seulement la *Loi des Indiens*, imposait au Canada des devoirs substantiels quant à la manière dont il devait exercer son pouvoir discrétionnaire à l'égard des terres de réserve. Le juge Dickson a ainsi expliqué le lien entre le pouvoir discrétionnaire de la Couronne et son obligation de fiduciaire : « [Le] pouvoir discrétionnaire, loin de supplanter comme le prétend Sa Majesté, le droit de regard qu'ont les tribunaux sur les rapports entre Sa Majesté et les Indiens, a pour effet de transformer l'obligation qui lui incombe en une obligation de fiduciaire » (*Guerin*, p. 384). De façon semblable, le juge Wagner (plus tard juge en chef) a récemment indiqué que l'« obligation fiduciaire exige de la Couronne qu'elle exerce son pouvoir discrétionnaire conformément à la norme de conduite à laquelle un fiduciaire est tenu en equity », ce que consacrent les « obligations fiduciaires de loyauté, de bonne foi et de communication complète de l'information » (voir *Williams Lake*, par. 46). L'equity, par sa nature même, commande la prise en considération d'autres facteurs. Le pouvoir de la Couronne prévu à l'art. 48 ne répond pas à la question de savoir ce que l'obligation de fiduciaire exigeait en l'espèce. Ce pouvoir imposait une exigence minimale — et non maximale — à l'égard de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Couronne. Par conséquent, l'existence du pouvoir discrétionnaire dans la *Loi des Indiens* n'annulait ni ne définissait les devoirs imposés par l'obligation de fiduciaire de la Couronne.

[98] Le fait que le juge de première instance se soit fondé sur les pouvoirs conférés par la *Loi des Indiens* a également pour effet de soulever une question concernant le rôle de la présomption de légalité dans la présente affaire; celle-ci est une présomption en equity qui vise à empêcher les fiduciaires de *réduire* l'indemnité sous prétexte qu'ils auraient enfreint la loi (*Whitefish Lake*, par. 69). Elle ne peut être

instead to *limit* compensation by suggesting that the fiduciary is expected to do no more than what the law, not equity, requires. The trial judge placed great emphasis on what Canada would have done had it acted “legally” and equated this with what Canada should have done had it fulfilled its fiduciary duty (see, e.g., para. 358). However, correctly applied, the presumption of legality simply means that Canada is prevented from arguing that it would not have complied with the rules in the *Indian Act* or Treaty 3. The presumption is of little assistance in determining either the fiduciary obligations or the assessment of loss in this case.

[99] The trial judge’s reasons can also be read as relying on the legal powers conferred in s. 48 to improperly focus on the inequality of bargaining power between the LSFN and Canada, its fiduciary, as a factor to limit compensation. It is appropriate in assessing the lost opportunity to consider as one factor what third parties, such as Ontario or Manitoba, would have been willing to pay and what their relative bargaining power was. However, the trial judge should not consider the “little leverage” the First Nation had with its fiduciary in assessing compensation (para. 318). Obviously, Canada is not permitted to use its legal power over the beneficiary to force an unfair settlement on the beneficiary. Such reasoning effectively turns Canada’s fiduciary obligation on its head, allowing Canada to benefit from the very discretionary power over the LSFN which is the source of its fiduciary duty.

[100] The legal authority of Canada to expropriate the land under s. 48 therefore does not define the fiduciary duty in this case.

(b) *The Presence of a Public Work*

[101] Because of Canada’s public responsibilities to Canadians generally, it may sometimes need to consider broader public interests in addition to its *sui generis* fiduciary duty to Indigenous Peoples. While an ordinary fiduciary is not generally permitted to

interprétée en sens contraire et servir plutôt à *limiter* l’indemnité, en laissant entendre que le fiduciaire ne devrait faire que ce que la loi, et non l’equity, exige. Le juge de première instance a beaucoup insisté sur ce que le Canada aurait fait s’il avait agi « conformément à la loi », et a assimilé cela à ce que celui-ci aurait dû faire s’il s’était acquitté de son obligation de fiduciaire (voir, p. ex., par. 358). Cependant, bien appliquée, la présomption de légalité signifie simplement que le Canada ne peut soutenir qu’il aurait enfreint les règles prévues dans la *Loi des Indiens* ou le Traité n° 3. En l’espèce, la présomption n’est guère utile pour déterminer les obligations fiduciaires ou pour évaluer la perte.

[99] Il est également possible de considérer que le juge de première instance, dans ses motifs, s’est appuyé sur les pouvoirs conférés par l’art. 48 pour mettre l’accent à tort sur l’inégalité du pouvoir de négociation de la LSFN par rapport à celui du Canada, son fiduciaire, en tant que facteur pour limiter l’indemnité. Pour évaluer la valeur de la possibilité perdue, il convient de tenir compte du montant que des tiers, comme l’Ontario ou le Manitoba, auraient été prêts à payer et de leur pouvoir de négociation relatif. Cependant, le juge de première instance ne devrait pas tenir compte du « peu de possibilités » qu’avait la Première Nation avec son fiduciaire pour évaluer l’indemnité (par. 318). Évidemment, le Canada ne peut pas utiliser le pouvoir que lui confère la loi à l’égard du bénéficiaire pour le contraindre à accepter un règlement inéquitable. Un tel raisonnement inverse dans les faits l’obligation de fiduciaire du Canada, en permettant à ce dernier de bénéficier du pouvoir discrétionnaire à l’égard de la LSFN qui est précisément la source de son obligation fiduciaire.

[100] Par conséquent, le pouvoir d’exproprier les terres que détient le Canada en vertu de l’art. 48 ne définit pas l’obligation de fiduciaire en l’espèce.

b) *L’existence d’un ouvrage public*

[101] Compte tenu de ses responsabilités publiques envers l’ensemble des Canadiens, le Canada doit parfois tenir compte de l’intérêt public général en plus de son obligation de fiduciaire *sui generis* envers les peuples autochtones. Alors qu’un fiduciaire

balance its own interests against those of the beneficiary, here, s. 48 empowers Canada to expropriate reserve land without consent if the land is needed for a public work. However, this Court's jurisprudence shows that the fiduciary duty continues to apply even if the land is needed for a public work.

[102] This Court held in *Guerin* that Canada could not escape liability in equity by arguing that it was only bound by a public trust. In other words, the Court rejected the idea that the fiduciary duty is comparable to the normal exercise of government powers that balances competing priorities or interests. This was confirmed in *Osoyoos* where Iacobucci J. applied the fiduciary duty to expropriations and wrote that the “public interest [cannot] trump” the Indigenous interests (para. 52). In *Osoyoos*, the Court explicitly rejected Canada's argument that the fiduciary duty does not arise if there is a conflict between Canada's public law duties and its obligation to hold reserve land for the benefit of a First Nation (para. 51). While the Crown can *decide* that a public work is in the public interest and should thus proceed, the *manner* in which it proceeds is subject to the fiduciary duty (para. 52; S. Luk, “Not So Many Hats: The Crown's Fiduciary Obligations to Aboriginal Communities since *Guerin*” (2013), 76 *Sask. L. Rev.* 1, at p. 17).

[103] Similarly, this Court's statement in *Wewaykum* that the Crown is expected to “have regard to the interest of all affected parties, not just the Indian interest”, does not support the argument that Canada must simply balance existing Indigenous interests in reserve land against other public interests (para. 96). In *Wewaykum*, Canada owed a *narrower* fiduciary duty towards the various First Nations because Canada's actions took place prior to reserve creation and involved land on which the First Nations did not claim title based on an existing aboriginal or treaty right. The First Nations therefore did not have a quasi-proprietary interest in the land at issue at the

ordinaire ne peut généralement pas mettre en balance ses propres intérêts avec ceux du bénéficiaire, dans le cas qui nous occupe, l'art. 48 donne au Canada le pouvoir d'exproprier des terres de réserve sans consentement si ces terres sont nécessaires pour les besoins d'un ouvrage public. Cependant, il ressort de la jurisprudence de notre Cour que l'obligation de fiduciaire continue à s'appliquer même si les terres sont requises pour un ouvrage public.

[102] Dans l'arrêt *Guerin*, notre Cour a conclu que le Canada ne pouvait se soustraire à sa responsabilité en equity en soutenant qu'il n'était lié que par une fiducie publique. Autrement dit, la Cour a rejeté l'idée que l'obligation de fiduciaire est comparable à l'exercice normal des pouvoirs du gouvernement qui établit un équilibre entre des priorités ou des intérêts opposés. Cette conclusion a été confirmée dans l'arrêt *Osoyoos*, où le juge Iacobucci a appliqué l'obligation de fiduciaire aux expropriations et a écrit que l'intérêt public ne peut prévaloir sur les intérêts autochtones (par. 52). Dans cet arrêt, la Cour a explicitement rejeté l'argument du Canada selon lequel aucune obligation de fiduciaire ne prend naissance s'il y a conflit entre les obligations du Canada en droit public et son obligation de détenir des terres de réserve au profit d'une première nation (par. 51). Bien que la Couronne puisse *décider* qu'un ouvrage public est dans l'intérêt du public et qu'il devrait donc être réalisé, la *manière* de le réaliser est assujettie à l'obligation de fiduciaire (par. 52; S. Luk, « Not So Many Hats : The Crown's Fiduciary Obligations to Aboriginal Communities since *Guerin* » (2013), 76 *Sask. L. Rev.* 1, p. 17).

[103] Dans le même ordre d'idées, l'affirmation qu'a faite la Cour dans l'arrêt *Wewaykum*, suivant laquelle la Couronne a l'obligation « de prendre en considération les intérêts de toutes les parties concernées, non pas seulement les intérêts des Indiens », n'appuie pas l'argument selon lequel le Canada doit simplement trouver un équilibre entre les intérêts autochtones existants sur les terres de réserve et les autres intérêts publics (par. 96). Dans l'affaire *Wewaykum*, le Canada avait une obligation de fiduciaire *plus restreinte* envers les diverses premières nations, parce que les mesures prises par le Canada étaient antérieures à la création de la réserve

relevant time (para. 96; Luk, at p. 19). While Canada had an obligation of loyalty, good faith, full disclosure, and ordinary diligence, there was no obligation to protect the quasi-proprietary interest. The Court emphasized, however, that once a reserve is created, the fiduciary duty expands to include the obligation of “protection and preservation of the band’s quasi-proprietary interest in the reserve from exploitation” and this includes protection from “exploitation by the Crown itself” (*Wewaykum*, at paras. 86 and 100). In this case, there is no dispute that the LSFN had a quasi-proprietary interest in the Reserve.

(c) *The Content of the Fiduciary Duty Flows From the Nature of the Indigenous Interest and Is Not Defined by Expropriation Principles*

[104] In the context of an expropriation or taking, our jurisprudence has imposed a duty requiring the Crown to minimally impair the protected interest (*Osoyoos*, at para. 52). This means that the Crown must preserve the Indigenous interest “to the greatest extent practicable” (para. 53). This requirement of minimal impairment is consistent with Binnie J.’s observation in *Wewaykum* that the fiduciary duty also prevents exploitation of Indigenous interests by the Crown, not just by third parties. An apparent conflict with the general fiduciary obligation of strict loyalty is created where the Crown decides that reserve land is necessary for a public work and takes that land without the consent of the First Nation. To resolve this tension, the fiduciary duty requires the Crown to seriously consider the impact on the First Nation and how best to minimize that impact. As a fiduciary, the Crown has the duty to preserve the First Nation’s quasi-proprietary interest in the land as much as possible and to ensure fair compensation reflecting the *sui generis* interest. This duty applies even where

et visaient des terres à l’égard desquelles les premières nations n’avaient pas revendiqué de titre sur le fondement d’un droit ancestral ou issu de traités. Les premières nations n’avaient donc pas d’intérêt quasi propriétaire sur les terres en question au moment pertinent (par. 96; Luk, p. 19). Même si le Canada avait une obligation de loyauté, de bonne foi, de communication complète de l’information et de diligence ordinaire, il n’était pas tenu de protéger l’intérêt quasi propriétaire de la bande. Toutefois, notre Cour a souligné qu’après la création de la réserve, la portée de l’obligation de fiduciaire s’élargissait pour comprendre l’obligation de « préservation de l’intérêt quasi propriétaire de la bande [dans la réserve] et la protection de la bande contre l’exploitation à cet égard », ce qui englobe la protection contre des « mesures qui seraient prises par la Couronne elle-même et constitueraient de l’exploitation » (*Wewaykum*, par. 86 et 100). En l’espèce, il n’est pas contesté que la LSFN avait un intérêt quasi propriétaire dans la réserve.

c) *Le contenu de l’obligation de fiduciaire découle de la nature de l’intérêt autochtone et n’est pas défini par les principes d’expropriation*

[104] Dans le contexte d’une expropriation ou d’une prise de terres, notre jurisprudence a établi que la Couronne ne doit porter qu’une atteinte minimale à l’intérêt protégé (*Osoyoos*, par. 52). Elle doit donc préserver « autant que possible » l’intérêt autochtone (par. 53). Cette exigence de l’atteinte minimale concorde avec l’observation du juge Binnie dans l’arrêt *Wewaykum*, à savoir que l’obligation de fiduciaire empêche aussi la Couronne, et pas seulement les tiers, d’exploiter les intérêts autochtones. Un conflit apparent avec l’obligation fiduciaire générale de loyauté totale survient lorsque la Couronne décide que des terres de réserve sont nécessaires pour les besoins d’un ouvrage public et qu’elle les prend sans le consentement de la première nation. Pour résoudre ce conflit, la Couronne, à titre de fiduciaire, a l’obligation d’examiner sérieusement les répercussions sur la première nation et la meilleure manière de les minimiser. À ce titre, elle doit également préserver le plus possible l’intérêt quasi propriétaire de la première nation dans les terres et veiller à ce qu’elle

the Crown considers a taking to be necessary for the public interest.

[105] Canada submits that the duty to preserve the interest to the greatest extent possible is met even if expropriation principles are applied in this case. I cannot agree. Under an expropriation of fee simple land, the value of the land to the public work is generally removed from compensation. Therefore, even though the expropriation value considers the highest and best use of the land at the time of expropriation, this generally does not include the value of the land to the scheme itself (R. Mainville, *An Overview of Aboriginal and Treaty Rights and Compensation for Their Breach* (2001), at pp. 88-89). This is because expropriation law prevents landowners from reaping a windfall from the public work, and instead seeks to provide them with the compensation necessary to purchase replacement land. Conversely, in *Osoyoos*, the Court emphasized the unique importance of Indigenous interests in land: they are at the centre of the relationship between the Crown and Indigenous Peoples and are not fungible commodities that can be easily replaced by buying additional fee simple land (paras. 45-46; Mainville, at p. 106). This led the Court to affirm that the principles underlying Indigenous interests in land are fundamentally different from the principles underlying expropriation law (*Osoyoos*, at para. 45). Expropriation law reflects fee simple interests in land, not the *sui generis* Indigenous interests in land. Although expropriation law “can serve as a reference point from which to consider compensation in cases of justifiable infringements of Aboriginal or treaty rights, . . . it cannot serve as the governing legal framework in such cases” (Mainville, at p. 106). Expropriation law is not the appropriate legal framework governing historic breaches of the Crown’s fiduciary duty to protect a First Nation’s interest in reserve land.

touche une juste indemnité reflétant l’intérêt *sui generis*. Cette obligation s’applique même lorsque la Couronne estime qu’une appropriation est nécessaire pour l’intérêt du public.

[105] Le Canada fait valoir que l’obligation de préserver l’intérêt dans toute la mesure possible est respectée même si les principes d’expropriation sont appliqués dans la présente affaire. Je ne puis souscrire à cet argument. Dans le cadre d’une expropriation visant des terres en fief simple, la valeur des terres pour l’ouvrage public est habituellement soustraite du montant de l’indemnité. Par conséquent, même si la valeur d’expropriation tient compte de l’utilisation optimale des terres au moment de l’expropriation, elle n’inclut généralement pas la valeur des terres pour le projet en soi (R. Mainville, *An Overview of Aboriginal and Treaty Rights and Compensation for Their Breach* (2001), p. 88-89). Il en est ainsi car les règles du droit de l’expropriation empêchent les propriétaires fonciers de tirer un profit inattendu de l’ouvrage public; elles visent plutôt à ce qu’ils obtiennent l’indemnité nécessaire à l’achat de terres de remplacement. Inversement, dans l’arrêt *Osoyoos*, la Cour a souligné l’importance exceptionnelle des intérêts autochtones sur les terres : ils sont au cœur de la relation entre la Couronne et les peuples autochtones et ne sont pas des biens fungibles qui peuvent être facilement remplacés par l’achat d’autres terres en fief simple (par. 45-46; Mainville, p. 106). La Cour a donc affirmé que les principes qui sous-tendent les intérêts autochtones sur les terres sont fondamentalement différents des principes qui sous-tendent le droit de l’expropriation (*Osoyoos*, par. 45). Celui-ci vise les intérêts en fief simple sur les terres, et non les intérêts autochtones *sui generis* sur les terres. Bien que le droit de l’expropriation [TRADUCTION] « puisse servir de point de référence à partir duquel établir l’indemnité dans les cas d’atteintes justifiables aux droits autochtones ou aux droits issus de traités, [. . .] il ne peut servir de cadre juridique applicable dans de tels cas » (Mainville, p. 106). Le droit de l’expropriation n’est pas le cadre juridique approprié pour régir les manquements historiques à l’obligation de fiduciaire de la Couronne consistant à protéger l’intérêt d’une première nation dans des terres de réserve.

[106] If expropriation law does not limit the fiduciary duty in this case, there is no basis to say that Canada's duty to preserve the LSFN's interest to the greatest extent possible must *exclude* a duty to obtain compensation for the value of the land to the scheme. Instead, given the LSFN's *sui generis* interest in the Reserve land and the impact on the LSFN, the duty here clearly required Canada to capture the full potential value of the land for the LSFN. To that end, the highest and best use of the land at the time of breach was clearly the land's intended use as water storage for hydroelectricity generation.

[107] There is no doubt that the nature of the interest impacted in this case is of fundamental importance to the LSFN and lies at the heart of its relationship with the Crown. It is a quasi-proprietary interest in 11,304 acres of Reserve land that was set aside for the LSFN's communal use in exchange for traditional territory that it surrendered in Treaty 3. The location of the Reserve was established in consultation with the LSFN. The land was chosen because of its economic, cultural, and spiritual importance to its members. The land sustained its way of life, and the proximity to Lac Seul was particularly important. The riparian area — the area that was flooded — was of special importance to the LSFN. It is where its members hunted, trapped, fished and cultivated wild rice, built their homes and grew their gardens.

[108] Expropriation principles are also inappropriate given the tremendous impact that Canada knew the Project would have on the LSFN. Here, Canada knew early in the development of the Project that the impact would be catastrophic. As the trial judge noted, the local government supervisor observed at the time that the Reserve would be "ruined for any purpose [for] which it was set aside" (Trial Reasons, at para. 156). This was followed by repeated warnings of the impact of the flooding. And the impact was ultimately as bad as had been feared. After the water levels rose, 11,304 acres of the Reserve were left flooded and rendered permanently unusable. The

[106] Si les règles du droit de l'expropriation ne restreignent pas l'obligation de fiduciaire en l'espèce, rien ne permet d'affirmer que l'obligation du Canada de préserver l'intérêt de la LSFN dans toute la mesure possible doit *exclure* l'obligation d'obtenir une indemnité correspondant à la valeur des terres pour le projet. Compte tenu de l'intérêt *sui generis* de la LSFN dans les terres de réserve et des répercussions sur celle-ci, le Canada avait plutôt clairement l'obligation d'obtenir la pleine valeur potentielle des terres pour la LSFN. À cette fin, l'utilisation optimale des terres au moment du manquement était manifestement l'utilisation prévue des terres pour le stockage des eaux en vue de la production d'hydroélectricité.

[107] Il ne fait aucun doute que la nature de l'intérêt touché dans la présente affaire revêt une importance fondamentale pour la LSFN et est au cœur de sa relation avec la Couronne. Il s'agit d'un intérêt quasi propriétaire dans 11 304 acres de terres de réserve qui ont été mises de côté aux fins d'usage collectif par la LSFN en échange de terres traditionnelles qu'elle a cédées dans le Traité n° 3. L'emplacement de la réserve a été établi en consultation avec la LSFN. Les terres ont été choisies en raison de leur importance économique, culturelle et spirituelle pour ses membres. Elles leur permettaient de maintenir leur mode de vie, et la proximité du lac Seul était particulièrement importante. Les aires riveraines — les aires qui ont été inondées — revêtaient aussi une importance particulière pour la LSFN. C'est là que ses membres chassaient, trappaient, pêchaient et cultivaient du riz sauvage, qu'ils bâtissaient leurs maisons et qu'ils faisaient leurs jardins.

[108] L'application des principes d'expropriation est également inappropriée compte tenu des répercussions considérables qu'aurait le projet sur la LSFN, dont le Canada était au courant. En l'espèce, le Canada savait tôt dans le processus de mise en œuvre du projet que les répercussions seraient catastrophiques. Comme l'a mentionné le juge de première instance, le superviseur local du gouvernement avait fait remarquer à l'époque que la réserve serait « ruinée aux fins pour lesquelles elle a[vait] été mise de côté » (motifs de première instance, par. 156). Cette affirmation a été suivie de nombreux avertissements sur les répercussions de l'inondation,



flooded sections were the most important sections of the Reserve — the lakefront land — land that was central to the life of the First Nation. The Project caused “very considerable” damage to the Reserve (para. 152, quoting A.R. Supp., vol. LII, at p. 316) and Mr. Bury understood, at the time, what was expected of Canada given the enormous impact: “. . . generous monetary compensation” (para. 156).

[109] The nature of the interest and the impact on the First Nation will always be relevant to assessing the appropriate compensation for the use of its reserve land. Because a First Nation must consent in a negotiated surrender, its members will clearly consider the interest they are giving up and the impact on their community. And Canada must also consider these factors as part of its obligation to protect the First Nation against an improvident bargain. Equally, where Canada proceeds through a taking, the fiduciary duty requires Canada to consider both the nature of the interest and the impact of the taking on the First Nation in assessing how to minimally impair the protected interest.

[110] While legal expropriation represents the minimum entitlement, this is not to suggest that the value of compensation in equity will always exceed a comparable expropriation of fee simple land. However, Canada is never entitled to proceed in the same manner as an expropriation of fee simple lands. Canada must always keep the First Nation informed, attempt to negotiate a surrender before proceeding to an expropriation, and ensure compensation reflecting the nature of the interest and the impact on the community.

(d) *Summary of the Fiduciary Obligations*

[111] Therefore, the trial judge’s description of the fiduciary obligations in this case was based on

et celles-ci se sont finalement révélées aussi graves que ce que l’on craignait. Après l’élévation du niveau de l’eau, 11 304 acres de la réserve étaient inondées et inutilisables de façon permanente. Les zones inondées étaient les zones les plus importantes de la réserve — les terres riveraines —, lesquelles étaient au cœur de la vie de la Première Nation. Le projet a causé des dommages « considérables » à la réserve (par. 152, citant d.a. suppl., vol. LII, p. 316), et M. Bury a compris à l’époque ce qui était attendu du Canada compte tenu des répercussions considérables : une « . . . indemnité pécuniaire généreuse » (par. 156).

[109] La nature de l’intérêt et les répercussions sur la première nation seront toujours utiles lors de l’évaluation de l’indemnité appropriée pour l’utilisation de ses terres de réserve. Comme une première nation doit donner son consentement lors d’une cession négociée, il va sans dire que ses membres tiendront compte de l’intérêt qu’ils cèdent et des répercussions sur leur communauté. Le Canada doit également prendre en considération ces facteurs dans le cadre de son obligation de protéger la première nation contre un marché inconsidéré. De même, lorsque le Canada procède à une appropriation, il a l’obligation, à titre de fiduciaire, de tenir compte à la fois de la nature de l’intérêt et des répercussions de l’appropriation sur la première nation pour juger de la façon de porter le moins possible atteinte à l’intérêt protégé.

[110] Bien que l’expropriation conforme à la loi représente le droit minimal, cela ne signifie pas que la valeur de l’indemnité en equity excédera toujours celle accordée dans le cas d’une expropriation comparable de terres en fief simple. Toutefois, le Canada ne peut jamais procéder de la même manière que dans le cas d’une expropriation de terres en fief simple. Il doit toujours tenir la première nation au courant, tenter de négocier une cession avant de procéder à une expropriation et s’assurer que l’indemnité tient compte de la nature de l’intérêt et des répercussions sur la communauté.

d) *Résumé des obligations fiduciaires*

[111] Par conséquent, la description par le juge de première instance des obligations fiduciaires dans

his narrow focus on legal discretion in s. 48. Even though 11,304 acres, or 17 percent of the Reserve, would be flooded, the trial judge determined that s. 48 allowed Canada to take the land for its value under expropriation law — without regard to the value of the land to the Project — and that the fiduciary duty required no more. This is despite the fact that Canada was warned that the Reserve would be “ruined for any purpose [for] which it was set aside”. I disagree. The fiduciary duty set a higher bar than expropriation law given the *sui generis* interest in the Reserve land and the tremendous impact on the LSFN.

[112] Instead, Canada ought to have first attempted to negotiate a surrender. Canada’s fiduciary obligations to preserve the LSFN’s quasi-proprietary interest, advance its best interests, and protect it from an improvident bargain required it to ensure the highest compensation possible. The LSFN’s interest in the Reserve land included an interest in its anticipated use — which was as land for hydroelectricity generation. Canada was under an obligation to secure compensation for this value if the Project was to go forward and the fact that the land was needed for a public work did not change this.

[113] If negotiations for a surrender of the land by the LSFN under s. 50 of the *Indian Act* were unsuccessful, Canada could have proceeded through a taking under s. 48. However, given the impact of the flooding on the LSFN, Cabinet would have had to seriously consider how to fulfill Canada’s fiduciary duty in the context of an expropriation. In a memorandum from May 1929, Mr. Bury suggested that exclusive trapping rights would have to be given to the LSFN, at least for a period of time, while the Deputy Superintendent General suggested allocating hunting and fishing grounds elsewhere. Cabinet may have decided, for example, to set aside additional reserve land or fishing or harvesting rights for the LSFN in addition to providing financial compensation. Even in an expropriation, Canada was required to preserve

la présente affaire reposait sur sa conception étroite du pouvoir discrétionnaire prévu à l’art. 48. Même si 11 304 acres, ou 17 p. 100 de la réserve, étaient inondées, le juge de première instance a conclu que l’art. 48 permettait au Canada de s’appropriier les terres en contrepartie d’une indemnité correspondant à sa valeur selon le droit de l’expropriation — sans égard à la valeur des terres pour le projet — et que l’obligation de fiduciaire n’exigeait rien de plus, et ce, malgré le fait que le Canada avait été averti que la réserve serait « ruinée aux fins pour lesquelles elle a[vait] été mise de côté ». Je ne suis pas de cet avis. L’obligation de fiduciaire met la barre plus haut que le droit de l’expropriation en raison de l’intérêt *sui generis* de la LSFN dans les terres de réserve et des répercussions considérables sur celle-ci.

[112] Le Canada aurait d’abord dû tenter de négocier une cession. Compte tenu des obligations fiduciaires du Canada consistant à préserver l’intérêt quasi propriétaire de la LSFN, promouvoir son meilleur intérêt et la protéger contre un marché inconsidéré, celui-ci devait s’assurer d’obtenir l’indemnité la plus élevée possible. L’intérêt de la LSFN dans les terres de réserve comprenait aussi un intérêt dans leur utilisation future — soit comme terres pour la production d’hydroélectricité. Le Canada devait obtenir une indemnité qui tenait compte de cette valeur si le projet devait être réalisé, et le fait que les terres étaient requises pour un ouvrage public n’y changeait rien.

[113] Si les négociations visant la cession des terres par la LSFN conformément à l’art. 50 de la *Loi des Indiens* avaient échoué, le Canada aurait pu procéder à une appropriation en vertu de l’art. 48. Toutefois, compte tenu des répercussions de l’inondation sur la LSFN, le Cabinet aurait dû sérieusement songer à la façon d’exécuter l’obligation de fiduciaire du Canada dans le contexte d’une expropriation. Dans une note de mai 1929, M. Bury avait proposé que des droits de piégeage exclusifs soient attribués à la LSFN, au moins pour un certain temps, alors que le surintendant général adjoint avait proposé d’attribuer des terres de chasse et de pêche à un autre endroit. Le Cabinet aurait pu décider, par exemple, de mettre de côté des terres de réserve ou des droits de pêche ou de récolte supplémentaires pour la LSFN en plus

the LSFN's interest in the land to the greatest extent possible and should have secured compensation for the LSFN that reflected the nature of the interest, the impact on the community, and the value of the land to the Project.

[114] In sum, the trial judge was correct that Canada's fiduciary obligations to the LSFN included a duty of loyalty and good faith; a duty to provide full disclosure and to consult with the LSFN; a duty to act with ordinary prudence with a view to its best interests; and a duty to protect and preserve the LSFN's proprietary interest in the Reserve from exploitation. If Canada pursued a negotiated surrender, it would have to advance the best interests of the LSFN and protect it from an improvident bargain. In an expropriation, Canada would also have to minimally impair the protected interest. However, the duty to preserve and protect the LSFN's *sui generis* interest in the Reserve is not satisfied by the application of expropriation principles. Instead, given the nature of the interest and the harm to the LSFN, Canada was obligated to negotiate in order to secure compensation reflecting that impact and the value of the land for its anticipated use — hydroelectricity generation. It should have negotiated for the best possible compensation. Canada breached this obligation.

### (3) The Loss

[115] The value of the loss flows from the nature of the breach and the obligations that the fiduciary should have fulfilled. The valuation of the loss must reflect Canada's obligation to negotiate compensation based upon the best price that could have been obtained for the land's use for hydroelectricity generation.

[116] Here, the trial judge valued the land as bushland and waterfront land. His assessment of equitable compensation flows from his conclusion that expropriation was permitted under the *Indian Act* and that

de lui accorder une indemnité pécuniaire. Même dans le cadre d'une expropriation, le Canada devait préserver l'intérêt de la LSFN dans les terres dans toute la mesure possible et aurait dû obtenir pour elle une indemnité qui tenait compte de la nature de son intérêt, des répercussions sur la communauté et de la valeur des terres pour le projet.

[114] En somme, le juge de première instance a eu raison de conclure que les obligations fiduciaires qu'avait le Canada envers la LSFN comprenaient un devoir de loyauté et de bonne foi; un devoir de communiquer l'intégralité de l'information à la LSFN et de la consulter; un devoir d'user de prudence ordinaire dans le meilleur intérêt de la LSFN; et un devoir de préserver l'intérêt propriétaire de la LSFN dans la réserve et de le protéger contre l'exploitation. Si le Canada avait voulu obtenir une cession négociée, il lui aurait fallu promouvoir le meilleur intérêt de la LSFN et la protéger contre un marché inconsidéré. Lors d'une expropriation, le Canada devait également porter le moins possible atteinte à l'intérêt protégé. Toutefois, l'application des principes d'expropriation ne satisfait pas à l'obligation de préserver l'intérêt *sui generis* de la LSFN dans la réserve et de le protéger. Compte tenu de la nature de l'intérêt et du préjudice subi par la LSFN, le Canada avait plutôt l'obligation de négocier en vue d'obtenir une indemnité tenant compte de ces répercussions et de la valeur des terres pour leur utilisation prévue — soit la production d'hydroélectricité. Il aurait dû négocier la meilleure indemnité possible. Le Canada a manqué à cette obligation.

### (3) La perte

[115] La valeur de la perte découle de la nature du manquement et des obligations dont le fiduciaire aurait dû s'acquitter. L'évaluation de la perte doit rendre compte de l'obligation qu'avait le Canada de négocier une indemnité en fonction du meilleur prix qui pouvait être obtenu pour l'utilisation des terres aux fins de production d'hydroélectricité.

[116] En l'espèce, le juge de première instance a évalué les terres en tant que terres boisées et riveraines. Son évaluation de l'indemnité en equity découle de sa conclusion que la *Loi des Indiens*

Canada would likely have compensated on the basis of expropriation law, excluding the value of the land as water storage for the Project itself. This improper conclusion underlies the trial judge's rejection of the Appellant's proposed methods of valuation at trial.

[117] At trial, the Appellant primarily relied on the hypothetical of a revenue-sharing agreement as the best valuation, but its experts also put forward additional models for evaluating the lost opportunity, including contemporaneous agreements reached with another First Nation. Canada's experts put forward evidence regarding the expropriation value. The trial judge rejected any valuation greater than a hypothetical flowage easement based upon the limited value that expropriation law would have permitted.

[118] I have already determined that equitable compensation in this case should have been assessed on the basis that Canada was under an obligation to negotiate in order to obtain the best possible compensation based upon the value of the land to the Project. The question is how to assess this value.

(a) *Application of Equitable Compensation Principles*

[119] Before considering how to value the LSFN's lost opportunity, it is necessary to clarify how the principles of equitable compensation apply in this appeal.

[120] First, in my view, the trial judge was correct in assessing compensation on the basis of what would have happened at the time of breach had Canada fulfilled its fiduciary duty. Unlike *Guerin*, this is not a case in which the plaintiff is advancing different, more valuable uses of the land than the use that the land was actually put to. Instead, the Appellant submits that the land should be valued on the basis of its actual use as flooded land for hydroelectricity generation and that this is the most valuable

permettait l'expropriation et que le Canada aurait vraisemblablement versé une indemnité au titre du droit de l'expropriation, excluant la valeur des terres utilisées aux fins du stockage des eaux pour le projet lui-même. Cette conclusion incorrecte est à la base du rejet par le juge de première instance des méthodes d'évaluation que proposait l'appelant au procès.

[117] Au procès, l'appelant s'est principalement appuyé sur l'hypothèse d'une entente de partage des bénéfices comme étant la meilleure évaluation, mais ses experts ont également présenté d'autres modèles pour évaluer la perte de la possibilité, notamment des ententes contemporaines conclues avec une autre première nation. Les experts du Canada ont présenté des éléments de preuve concernant la valeur d'expropriation. Le juge de première instance a rejeté toute évaluation supérieure à celle d'une servitude de submergement hypothétique sur la base de la valeur limitée que les règles du droit de l'expropriation auraient permise.

[118] J'ai déjà conclu qu'en l'espèce, l'indemnité en equity aurait dû être évaluée compte tenu du fait que le Canada avait l'obligation de négocier en vue d'obtenir la meilleure indemnité possible eu égard à la valeur des terres pour le projet. Il s'agit donc d'établir la façon de déterminer cette valeur.

a) *Application des principes d'indemnisation en equity*

[119] Avant d'examiner la façon d'évaluer la perte de la possibilité de la LSFN, il est nécessaire de clarifier la manière dont s'appliquent les principes d'indemnisation en equity dans le présent pourvoi.

[120] Tout d'abord, à mon avis, le juge de première instance a eu raison d'évaluer l'indemnité à la lumière de ce qui se serait passé au moment du manquement si le Canada s'était acquitté de son obligation de fiduciaire. Contrairement à l'affaire *Guerin*, il ne s'agit pas d'une affaire où le demandeur propose d'autres utilisations plus avantageuses des terres que celle qui en avait été faite. L'appelant fait plutôt valoir que les terres devaient être évaluées en fonction de leur utilisation réelle en tant que terres inondées

use. In other words, the loss is the lost opportunity to negotiate compensation for the land's use for hydroelectricity generation, not as the opportunity to put the land to other uses since 1929. Because of the presumption of highest and best use, there may be cases where a First Nation seeks compensation for other valuable uses even where it was inevitable that the land would have been used for a public work. However, in this case, the focus is on the use that the land was actually put to.

[121] There were two options available to Canada: a negotiated surrender under s. 51 and a taking under s. 48. Canada concedes that the lost opportunity in this case includes the opportunity to negotiate a surrender. Similarly, the trial judge accepted that Canada should have attempted to negotiate a surrender before pursuing a taking (para. 322). In my view, equitable compensation should be assessed on the basis of a negotiated surrender. A negotiated surrender more clearly aligns with the nature of the breach, which included a failure to keep the LSFN informed and a failure to prevent the Project from proceeding until the negotiation for compensation had been resolved. As Rowe J. recently emphasized in a different context, negotiation can foster reconciliation (*Desautel*, at paras. 87-91). Compensation was based on negotiated agreements with non-Indigenous parties, including the Hudson's Bay Company and the Anglican Church Missionary Society, even though Canada and Ontario owed no fiduciary duty to those parties.

[122] The presumption of most favourable use and valuable accounting also allows equitable compensation to focus on a successful negotiation in this case. The presumption focuses on choices that would be available to the beneficiary in a non-breach world, thus maintaining the causal connection. For example, equity presumes that the beneficiary would have sold securities at their highest value or developed land in the most advantageous way (*Guerin*, at p. 362). Here, Canada should have negotiated compensation for the LSFN for the best possible price, which in

pour la production d'hydroélectricité et qu'il s'agit de l'utilisation la plus profitable. Autrement dit, la perte correspond à la perte de la possibilité de négocier une indemnité pour l'utilisation des terres aux fins de production d'hydroélectricité, et non à la perte de la possibilité de faire d'autres utilisations des terres depuis 1929. En raison de la présomption de l'utilisation optimale, il peut y avoir des cas où une première nation sollicite une indemnité pour d'autres utilisations valables, même lorsqu'il était inévitable que les terres soient utilisées pour un ouvrage public. Toutefois, en l'espèce, l'accent est mis sur l'utilisation réelle des terres.

[121] Deux possibilités s'offraient au Canada : négocier une cession en vertu de l'art. 51 ou procéder à une appropriation en vertu de l'art. 48. Le Canada admet qu'en l'espèce, la possibilité perdue comprend la possibilité de négocier une cession. De même, le juge de première instance a reconnu que le Canada aurait dû tenter de négocier une cession avant de procéder à une appropriation (par. 322). À mon avis, l'indemnité en equity devrait être évaluée en fonction d'une cession négociée, laquelle correspond davantage à la nature du manquement, qui comprenait le fait de ne pas avoir tenu la LSFN informée et de ne pas avoir empêché la réalisation du projet jusqu'à l'issue des négociations sur l'indemnité. Comme le juge Rowe l'a récemment souligné dans un contexte différent, la négociation peut favoriser la réconciliation (*Desautel*, par. 87-91). L'indemnisation était fondée sur des accords négociés avec des parties non autochtones, notamment la Compagnie de la Baie d'Hudson et la Société missionnaire de l'Église anglicane, même si le Canada et l'Ontario n'avaient aucune obligation de fiduciaire envers ces dernières.

[122] La présomption de l'utilisation la plus avantageuse et de la méthode comptable la plus profitable fait par ailleurs en sorte que l'indemnité en equity soit axée sur une négociation fructueuse en l'espèce. La présomption met l'accent sur les choix dont disposerait le bénéficiaire dans un scénario où il n'y aurait pas eu manquement, conservant ainsi le lien de causalité. Par exemple, en equity, il est présumé que le bénéficiaire aurait vendu les titres au meilleur prix ou aurait aménagé les terres de la façon la plus avantageuse possible (*Guerin*, p. 362). En l'espèce,

this case was the value of the land to the Project, without the limitations of expropriation law. Equity can *presume* that the LSFN would have consented to a negotiated settlement at the best price the Crown could have realistically obtained at the time. But the trial judge must determine what the highest value of the land to the Project realistically was in 1929. As I will explain below, that value of the compensation that Canada should have negotiated for the LSFN is not determined based on an evidentiary presumption. It is based on evidence that was available to the trial judge, such as comparable agreements with another First Nation.

[123] As the trial judge correctly noted, equitable compensation is a discretionary remedy that is assessed and not precisely calculated (para. 465, citing *Whitefish Lake*, at para. 90). It is unlikely that the trial judge could recreate with mathematical precision what would have happened nearly a century ago had Canada fulfilled its duty. Instead, a trial judge will often have to provide a global assessment of the lost opportunity and that assessment needs to be realistic. This will often require that the trial judge assess various hypotheticals or proxies for that value.

[124] In my view, the benefit of hindsight also has a narrow application in this case, as noted by Gleason J.A. (C.A. reasons, at para. 60). The benefit of hindsight simply means that equitable compensation is not limited by foreseeability (*Canson*, at p. 555). As an illustrative example, the benefit of hindsight would be highly relevant if the trial judge had determined that the lost opportunity included the opportunity to receive an equity interest in the Project had Canada fulfilled its obligations. Following the example from *Guerin*, that interest would be valued at the date of trial on the basis of facts known at trial — such as the development of additional power sites — that were not foreseeable at the time of breach but would clearly impact the value of any ownership interest in

le Canada aurait dû négocier la meilleure indemnité possible pour la LSFN, ce qui dans le cas qui nous occupe correspondait à la valeur des terres pour le projet, sans les restrictions du droit de l'expropriation. En equity, on peut *présumer* que la LSFN aurait accepté une entente négociée au meilleur prix que la Couronne aurait pu obtenir de façon réaliste à l'époque. Le juge de première instance doit néanmoins déterminer la valeur optimale que l'on pouvait réalistement attribuer aux terres visées par le projet en 1929. Comme je l'expliquerai plus loin, cette valeur de l'indemnité que le Canada aurait dû négocier pour la LSFN n'est pas déterminée en fonction d'une présomption en matière de preuve. Elle est fondée sur des éléments de preuve dont disposait le juge de première instance, comme des accords comparables conclus avec une autre première nation.

[123] Comme l'a souligné à juste titre le juge de première instance, une indemnité en equity est une mesure de redressement discrétionnaire qui est évaluée, et non calculée de façon précise (par. 465, citant *Whitefish Lake*, par. 90). Il est peu probable que le juge de première instance puisse recréer avec une précision mathématique ce qui se serait passé près d'un siècle plus tôt si le Canada s'était acquitté de son obligation. Souvent, le juge de première instance devra plutôt effectuer une évaluation globale de la possibilité perdue, et cette évaluation doit être réaliste. Pour ce faire, il lui faudra bien souvent évaluer divers indicateurs ou hypothèses relativement à cette valeur.

[124] À mon avis, le bénéfice de la rétrospective est aussi d'application restreinte dans la présente affaire, comme l'a fait remarquer la juge Gleason (motifs de la C.A., par. 60). Bénéficiaire de la rétrospective signifie simplement que la prévisibilité ne limite pas l'indemnité en equity (*Canson*, p. 555). À titre d'exemple, le bénéfice de la rétrospective serait très pertinent si le juge de première instance avait déterminé que la possibilité perdue comprenait la possibilité d'obtenir une participation financière dans le projet si le Canada s'était acquitté de ses obligations. Tout comme dans l'arrêt *Guerin*, une telle participation serait évaluée à la date du procès en fonction des faits alors connus — comme l'aménagement d'autres sites hydroélectriques — qui n'étaient

the Project. However, the benefit of hindsight does not aid in determining whether an equity interest is part of the lost opportunity in the first place. Again, the trial judge must rely on evidence to assess the value of the land to the Project at the time of breach.

[125] Finally, the Appellant submits that Canada has an ongoing fiduciary duty in respect of the Reserve land because the land was never lawfully taken and the third party use of the land cannot be undone. For the Appellant, the fact that the land was flooded without legal authorization appears to be relevant to the assessment of equitable compensation because it means that the ongoing nature of the breach must also be compensated.

[126] I agree that Canada has an ongoing fiduciary duty in respect of the Reserve land. However, in my view, characterizing the breach as ongoing does not affect the assessment of compensation in the way the Appellant suggests. The ongoing dimension of a breach is accommodated in a number of ways in equity. Properly understood, the presumptions of most favourable use and the benefit of hindsight recognize the ongoing dimension of the lost opportunity. If, for example, the beneficiary was deprived of the opportunity to put an interest to another use, equity already adopts the perspective that the interest *is back in the hands of the beneficiary* and then considers the most advantageous use to which the beneficiary would have put the interest between breach and trial. This was explained in *Re Dawson*, at p. 406, and adopted by Wilson J. in *Guerin*, at pp. 361-62:

The obligation to restore to the estate the assets of which he deprived it necessarily connotes that, where a monetary compensation is to be paid in lieu of restoring assets, that compensation is to be assessed by reference to the value of the assets at the date of restoration and not at the date of deprivation. In this sense the obligation is a continuing one and ordinarily, if the assets are for some reason not

pas prévisibles au moment du manquement, mais qui auraient manifestement une incidence sur la valeur d'une participation dans le projet. Toutefois, le bénéfice de la rétrospective ne contribue pas à établir si une participation financière fait d'emblée partie de la possibilité perdue. Encore une fois, le juge de première instance doit s'appuyer sur les éléments de preuve afin d'évaluer la valeur des terres pour le projet au moment du manquement.

[125] Enfin, l'appelant soutient que le Canada a une obligation fiduciaire continue à l'égard des terres de réserve, car les terres n'ont jamais été prises conformément à la loi et que l'utilisation qu'en a faite le tiers ne peut être annulée. Pour l'appelant, le fait que les terres ont été inondées sans autorisation légale semble être pertinent en vue de l'évaluation de l'indemnité en equity, car cela signifie que le caractère continu du manquement doit aussi donner lieu à une indemnité.

[126] Je conviens que le Canada a une obligation fiduciaire continue à l'égard des terres de réserve. Cependant, à mon avis, qualifier le manquement de continu n'influe pas sur l'évaluation de l'indemnité de la façon dont le suggère l'appelant. En equity, l'aspect continu d'un manquement est pris en compte de plusieurs manières. Correctement interprétés, les présomptions de l'utilisation la plus avantageuse et le bénéfice de la rétrospective rendent compte de l'aspect continu de la perte de possibilité. Par exemple, si le bénéficiaire est privé de la possibilité de faire une autre utilisation d'un intérêt, cet intérêt est déjà considéré, en equity, comme étant *de nouveau entre les mains du bénéficiaire*, puis l'utilisation la plus avantageuse qu'aurait pu en faire le bénéficiaire entre le moment du manquement et le procès est prise en considération. Cette interprétation est expliquée dans la décision *Re Dawson*, p. 406, et adoptée par la juge Wilson dans l'arrêt *Guerin*, p. 361-362 :

[TRADUCTION] L'obligation de restituer au patrimoine les biens dont il l'a privé sous-entend nécessairement que, si une indemnité pécuniaire doit être versée au lieu de restituer des biens, cette indemnité doit être évaluée en fonction de la valeur des biens au moment de la restitution et non au moment de leur perte. En ce sens, l'obligation est permanente et, d'ordinaire, si pour une raison quelconque

restored in specie, it will fall for quantification at the date when recoupment is to be effected, and not before. [Emphasis added.]

[127] Focusing on the lawfulness of the taking would not modify or aid the analysis of the value of the LSFN's lost opportunity. The central inquiry remains: what is the measure of the plaintiff's lost opportunity in light of the breach? The lost opportunity at issue in this case is the opportunity to negotiate a surrender reflecting the highest value of the land, which was its anticipated use for hydroelectricity generation. This is the obligation that Canada failed to meet. The fact that Canada also failed to meet its obligation to comply with the provisions in the *Indian Act* does not ultimately change the value of that lost opportunity.

[128] This is not to suggest that the lawfulness of the taking should have no impact on the assessment of equitable compensation. Equitable compensation must fulfill the deterrent objectives of equity. Deterrence, in this context, aims at the fundamental goal of reconciliation and upholds the honour of the Crown. The lawfulness of the taking could inform whether the award — in addition to compensating for the value of the lost opportunity — fulfills the deterrent function of equity.

[129] In conclusion, the LSFN is entitled to compensation for the lost opportunity to negotiate a surrender of the flooded land based on its value to hydroelectricity generation. This requires the trial judge to presume that the Project would have moved forward and that Canada would have fulfilled its fiduciary obligation at that time by ensuring the best possible compensation for the LSFN based on the value of the land to the Project.

(b) *Valuing the Lost Opportunity*

[130] The issue remains how to assess compensation based on the lost opportunity to negotiate a surrender reflecting the value of the land to the Project. In valuing the lost opportunity, the trial judge must

les biens ne sont pas restitués en nature, leur évaluation se fait en fonction du moment où la restitution doit être effectuée et pas avant. [Je souligne.]

[127] Se concentrer sur la légalité de l'appropriation ne changerait pas l'analyse de la valeur de la possibilité perdue de la LSFN, non plus qu'elle la faciliterait. La question centrale demeure : comment apprécier la perte de possibilité du demandeur à la lumière du manquement? La perte de possibilité en cause dans la présente affaire réside dans la possibilité de négocier une cession qui correspond à la valeur optimale des terres, soit leur utilisation prévue en vue de la production d'hydroélectricité. Voilà l'obligation dont le Canada ne s'est pas acquitté. Le fait que celui-ci a également manqué à son obligation de respecter les dispositions de la *Loi des Indiens* ne change finalement pas la valeur de cette perte de possibilité.

[128] Cela ne veut pas dire que la légalité de l'appropriation ne devrait pas influencer sur l'évaluation de l'indemnité en equity. Une telle indemnité doit satisfaire aux objectifs de dissuasion de l'equity. Dans le présent contexte, l'effet dissuasif vise l'objectif fondamental de réconciliation et préserve l'honneur de la Couronne. La légalité de l'appropriation pourrait permettre d'établir si l'indemnité — en plus de compenser la valeur de la perte de possibilité — remplit la fonction de dissuasion de l'equity.

[129] En conclusion, la LSFN a le droit d'être indemnisée de la perte de la possibilité de négocier une cession des terres inondées en fonction de leur valeur pour la production d'hydroélectricité. Le juge de première instance doit ainsi supposer que le projet aurait été réalisé et que le Canada se serait acquitté de son obligation fiduciaire à l'époque en s'assurant d'obtenir la meilleure indemnité possible pour la LSFN en fonction de la valeur des terres pour le projet.

b) *Évaluation de la perte de possibilité*

[130] Il reste à déterminer comment évaluer l'indemnité en fonction de la perte de la possibilité de négocier une cession correspondant à la valeur des terres pour le projet. Pour évaluer la perte de



assume that Canada fulfilled the fiduciary obligations required in a negotiated surrender, including the obligations to keep the LSFN fully informed, advance its best interests, and protect it from an improvident bargain.

[131] The Appellant submits that, because we know the use the land was put to, it was inappropriate for the trial judge to consider a *hypothetical* surrender or expropriation to assess the value of that use. I cannot agree. While there is only one proposed use of the land, the trial judge still has to determine how to value that use and the valuation must be causally connected to the breach of Canada's obligations. Because the LSFN is to be compensated for the land's value to the Project, on the basis that it was going forward, the trial judge must consider how Canada could have proceeded to fulfill its duty. The error in the trial judge's reasons is not that he considered hypotheticals to value the lost opportunity, but that he relied on a hypothetical expropriation that would not have fulfilled Canada's fiduciary obligations.

[132] The trial judge should account for any uncertainty or realistic contingencies in assessing the evidence regarding the value of the land in a negotiated surrender. The idea of realistic contingencies, which was accepted by this Court in *Guerin*, simply reinforces the principle that the loss must be caused in fact by the breach. The trial judge has to be satisfied that the lost opportunity represents what could have happened had Canada fulfilled its obligations. It does not mean, as Canada suggests, that the fiduciary obligations themselves can be defined according to what realistically would have happened. The fiduciary obligations must always be defined first, and then the trial judge assesses reasonable, or realistic, outcomes in light of those obligations. As Gleason J.A. correctly noted, the trial judge must take into account "events that could have occurred had the fiduciary duty not been breached and that might have increased

possibilité, le juge de première instance doit supposer que le Canada s'est acquitté des obligations fiduciaires auxquelles il est tenu dans le cas d'une cession négociée, notamment celles de tenir la LSFN informée, de favoriser le meilleur intérêt de la LSFN et de la protéger contre un marché inconsidéré.

[131] L'appelant fait valoir qu'étant donné que nous savons quelle utilisation a été faite des terres, il ne convenait pas que le juge de première instance tienne compte d'une cession ou d'une expropriation *hypothétique* pour déterminer la valeur de cette utilisation. Je ne peux souscrire à ce point de vue. Bien qu'il n'y ait qu'une seule utilisation des terres proposée, le juge de première instance doit quand même décider comment évaluer cette utilisation, et celle-ci doit avoir un lien causal avec le manquement du Canada à ses obligations. Comme la LSFN doit recevoir une indemnité correspondant à la valeur des terres pour le projet, le juge de première instance, en tenant pour acquis que le projet allait être réalisé, doit se demander comment le Canada aurait pu s'acquitter de son obligation. L'erreur qu'a commise le juge de première instance dans ses motifs n'est pas d'avoir tenu compte d'hypothèses pour évaluer la perte de possibilité, mais plutôt de s'être appuyé sur une expropriation hypothétique qui n'aurait pas permis au Canada de s'acquitter de ses obligations fiduciaires.

[132] Le juge de première instance doit tenir compte de toutes les incertitudes ou éventualités réalistes lorsqu'il apprécie la preuve concernant la valeur des terres dans une cession négociée. L'idée de tenir compte d'éventualités réalistes, qui a été acceptée par notre Cour dans l'arrêt *Guerin*, renforce simplement le principe que la perte doit être effectivement causée par le manquement. Le juge de première instance doit être convaincu que la possibilité perdue représente ce qui aurait pu se produire si le Canada s'était acquitté de ses obligations. Cela ne veut pas dire, comme le laisse entendre le Canada, que les obligations fiduciaires elles-mêmes peuvent être définies en fonction de ce qui se serait réaliste-ment passé. Les obligations fiduciaires doivent toujours être définies en premier, et le juge de première instance évalue ensuite les issues raisonnables, ou réalistes, à la lumière de ces obligations. Comme l'a

(or decreased) the value of what the beneficiary lost as a result of the breach” (C.A. reasons, at para. 82).

[133] At trial, the Appellant led evidence from the Kananaskis Falls Projects that showed that negotiations in comparable projects led to substantial compensation based upon the lands’ “usefulness in connection with the development of power”. The trial judge rejected this evidence and did not assess any value for the lost opportunity to negotiate.

[134] In my view, the evidence from the Kananaskis Falls Projects was relevant to the assessment of loss in this case. The trial judge distinguished this evidence based on one factor: Calgary Power could not expropriate the land for the Kananaskis Falls Projects, but Canada could expropriate the land for this Project. However, this factor is not material. What is relevant is that Canada, the *fiduciary*, had an obligation to get the best value for the land’s intended use, notwithstanding its legal power to expropriate. With respect to the Kananaskis Falls Projects, Canada insisted that Calgary Power negotiate agreements with the First Nation reflecting the value of its lands to the project. In this Project, Canada did not do so.

[135] Canada submits that the Court should defer to the trial judge’s findings on the Kananaskis Falls Projects. However, but for the legal determination that Canada was under no legal duty to compensate for more than an expropriation, the trial judge’s factual findings *support* the view that the Kananaskis Falls Projects were relevant to the valuation of the flooded lands in this case.

fait observer à juste titre la juge Gleason, le juge de première instance doit prendre en considération les « événements qui auraient pu survenir n’eût été le manquement à l’obligation fiduciaire, et qui auraient pu faire augmenter (ou diminuer) la valeur de ce qu’a perdu le bénéficiaire à la suite du manquement » (motifs de la C.A., par. 82).

[133] Au procès, l’appelant a présenté en preuve les accords conclus dans le cadre des projets des chutes Kananaskis, qui montraient que des négociations menées à l’occasion de projets comparables avaient donné lieu à une indemnité substantielle établie en « fonction de [l’]utilité [des terres] pour la production d’énergie ». Le juge de première instance a rejeté ces éléments de preuve et n’a pas évalué la valeur de la perte de la possibilité de négocier.

[134] Selon moi, la preuve tirée des projets des chutes Kananaskis était pertinente pour l’évaluation de la perte en l’espèce. Le juge de première instance l’a écartée en s’appuyant sur un facteur : Calgary Power ne pouvait pas exproprier les terres pour les projets des chutes Kananaskis, alors que le Canada pouvait exproprier les terres pour le projet dont il est question en l’espèce. Toutefois, ce facteur n’est pas déterminant. Ce qui est pertinent, c’est que le Canada, le *fiduciaire*, avait l’obligation d’obtenir la meilleure valeur pour l’utilisation prévue des terres, malgré son pouvoir légal de les exproprier. En ce qui a trait aux projets des chutes Kananaskis, le Canada avait insisté pour que Calgary Power négocie avec la Première Nation des accords reflétant la valeur de ses terres pour le projet. Dans le cas du projet qui nous intéresse, le Canada ne l’a pas fait.

[135] Le Canada soutient que la Cour devrait s’en remettre aux conclusions tirées par le juge de première instance au sujet des projets des chutes Kananaskis. Toutefois, outre la conclusion de droit portant que le Canada n’avait aucune obligation légale de verser une indemnité supérieure à la valeur d’expropriation, les conclusions de fait du juge de première instance *appuient* le point de vue selon lequel les projets des chutes Kananaskis étaient pertinents pour l’évaluation des terres inondées en cause.

[136] The Appellant led evidence at trial regarding the compensation that Canada negotiated on behalf of the Stoney Indian Band for the Kananaskis Falls Projects:

- Horseshoe Falls 1909: Calgary Power purchased 1,000 acres at \$10 per acre plus a perpetual lease for \$1,500 per year;
- Kananaskis Falls 1914: The pre-project value of the land was \$5 to \$7 per acre, but Canada requested payment of either \$320 to \$360 per acre, as a one-time payment, or an annual rent plus \$60 to \$90 per acre as a one-time payment to reflect the value of the land to the project. This is a very substantial premium on the traditional use valuation of the land. Calgary Power ultimately agreed to pay \$9,000 for 93.85 acres (\$95.90 per acre) plus \$1,500 annually;
- Ghost River 1929: Calgary Power agreed to pay \$21,200 for 1,324.3 acres of land (\$16.00 per acre) plus 50 percent of the water power in rental fees.

[137] The trial judge made three relevant findings based on these projects: (1) hydroelectric benefits to the First Nation were allocated on the basis of the dam location, not on the basis of the lands flooded to create the water reservoir; (2) flooded lands were compensated at a fixed one-time price per acre; (3) the value of the flooded lands was not based on their value as agricultural lands but on their “usefulness in connection with the development of the power” (para. 345). Based on this, the trial judge determined that the LSFN would have been compensated with a one-time payment because the water power site was not located on the Reserve. However, when the trial judge assessed the value of that payment, he did not provide compensation for the value of the land to the Project for only one reason: Canada could expropriate the LSFN’s land and was not required to do anything more. This is contrary to the approach taken in Kananaskis Falls where Canada sought compensation for the flooded

[136] Au procès, l’appelant a présenté des éléments de preuve concernant l’indemnité que le Canada avait négociée au nom de la Première Nation de Stoney pour les projets des chutes Kananaskis :

- Chutes Horseshoe, 1909 : Calgary Power a acheté 1 000 acres, au coût de 10 \$ l’acre, en plus de conclure un bail à perpétuité pour la somme de 1 500 \$ par année;
- Chutes Kananaskis, 1914 : La valeur des terres avant le projet variait entre 5 et 7 \$ l’acre, mais le Canada avait demandé soit un paiement de 320 à 360 \$ l’acre, sous forme d’indemnité unique, ou un loyer annuel en plus de 60 à 90 \$ l’acre à titre d’indemnité unique afin de refléter la valeur des terres pour le projet. Il s’agit d’une prime très importante par rapport à la valeur de l’utilisation traditionnelle des terres. Calgary Power a finalement accepté de payer la somme de 9 000 \$ pour 93,85 acres (95,90 \$ l’acre), en plus de la somme de 1 500 \$ annuellement;
- Rivière Ghost, 1929 : Calgary Power a accepté de payer la somme de 21 200 \$ pour 1 324,3 acres de terres (16 \$ l’acre), en plus de 50 p. 100 de l’énergie hydroélectrique en tant que frais de location.

[137] Le juge de première instance a tiré trois conclusions pertinentes à partir de ces projets : 1) les avantages de l’énergie hydroélectrique pour la Première Nation ont été déterminés en fonction de l’emplacement du barrage, et non des terres submergées pour créer le réservoir; 2) un prix unique fixe par acre de terres inondées a été attribué en guise d’indemnité; et 3) la valeur des terres inondées n’était pas fondée sur leur valeur agricole, mais sur « leur utilité pour l’exploitation énergétique » (par. 345). En s’appuyant sur ces conclusions, le juge de première instance a déterminé que la LSFN aurait reçu une indemnité unique car l’emplacement hydraulique n’était pas situé dans la réserve. Cependant, lorsque le juge de première instance a établi la valeur de cette indemnité, il n’a pas accordé de paiement compensant la valeur des terres pour le projet pour une seule raison : le Canada pouvait exproprier les terres de la LSFN, et n’était tenu à rien de plus. Cette approche est contraire à celle adoptée dans le

lands’ “considerable value” in connection with the development of hydroelectricity. Absent this error, the trial judge’s findings established that the flooded land was valued based on its usefulness to the project.

[138] Obviously, these agreements provide relevant historical evidence of how much of a premium on the undeveloped value of the land may be warranted in this case. This is not to suggest that there is no basis upon which to distinguish the various agreements reached in the Kananaskis Falls Projects as they relate to the valuation of the loss caused by Canada’s failure to negotiate. It is up to the trial judge to assess how the differences in the location of the dam, or the amount of land involved, or the nature of the impact on the First Nation, would impact the value of the land for flooding purposes. Here, the trial judge determined that the evidence from the Kananaskis Falls Projects did not support a yearly rental agreement for the LSFN because the power site was not located on the Reserve. However, in assessing a lost opportunity to negotiate, the trial judge must consider all factors that would distinguish the Kananaskis Falls Projects from this Project, including the fact that the LSFN was contributing a significantly greater amount of land than the Stoney Indian Band had.

[139] The trial judge had other proxies for measuring the value of the land to the Project. For example, the LSFN led evidence regarding the value of a land lease. In that model, the LSFN’s expert, Arthur J. Hosios, valued the lost opportunity if the flooded land had been rented for comparable Treaty 3 rates since the time of breach. The land lease model assumed the flooded land would be rented for \$1.97 an acre beginning in 1929 and, adjusted only for inflation, produced a value of \$149,023,172 at the time of trial (although the model assumed 14,891 acres of flooded land instead of the 11,304 acres agreed at trial). At the very least, these values could have

cas des chutes Kananaskis, où le Canada a cherché à obtenir une indemnité pour la « valeur considérable » des terres inondées en lien avec la production d’hydroélectricité. Sauf cette erreur, les conclusions du juge de première instance établissaient que les terres inondées avaient été évaluées en fonction de leur utilité pour le projet.

[138] De toute évidence, ces accords fournissent des éléments de preuve historique pertinents qui montrent à quel point il peut être justifié d’accorder une prime à la valeur des terres non aménagées en l’espèce. Cela ne veut pas dire qu’il n’y a aucun élément qui permette d’écarter les divers accords conclus dans le cadre des projets des chutes Kananaskis parce qu’ils se rapportent à l’évaluation de la perte causée par le défaut du Canada de négocier. Il appartient au juge de première instance de déterminer en quoi les différences dans l’emplacement du barrage, la quantité de terres visées ou la nature des répercussions sur la première nation peuvent influencer sur la valeur des terres aux fins d’inondation. En l’espèce, le juge de première instance a estimé que la preuve tirée des projets des chutes Kananaskis ne permettait pas de conclure à l’existence d’une entente de location annuelle pour la LSFN parce que l’emplacement hydraulique n’était pas situé dans la réserve. Toutefois, pour évaluer la perte de la possibilité de négocier, le juge de première instance doit tenir compte de tous les facteurs qui distingueraient les projets des chutes Kananaskis du présent projet, notamment le fait que la LSFN fournissait une quantité de terres beaucoup plus importante que la Première Nation de Stoney.

[139] Le juge de première instance disposait d’autres indicateurs pour déterminer la valeur des terres pour le projet. Par exemple, la LSFN a présenté des éléments de preuve concernant la valeur d’un bail foncier. Selon ce modèle, l’expert de la LSFN, Arthur J. Hosios, a évalué la perte de possibilité en supposant que les terres inondées avaient été louées à des taux comparables à ceux qui s’appliquaient à des terres visées par le Traité n° 3 depuis le moment du manquement. Suivant le modèle du bail foncier, les terres inondées auraient été louées au prix de 1,97 \$ l’acre dès 1929. Rajusté uniquement pour tenir compte de l’inflation, ce taux donnait une valeur

impacted Canada's negotiating position on behalf of the LSFN. It was also open to the trial judge to consider the evidence from later agreements where Canada was clearly fulfilling its obligations as a fiduciary.

[140] The trial judge should also give appropriate weight to the evidence regarding the impact on the community and the LSFN's perspective. A relevant factor to a negotiated surrender is clearly the impact on the First Nation and the importance of the land to the First Nation. Negotiations are not one-sided and the LSFN's perspective is an important consideration. And, if we presume that Canada had fulfilled its fiduciary obligations, the LSFN would have gone into the negotiations fully informed of the significant value of its land to the Project and the anticipated impact on its communities.

[141] Canada submits that even if it had been under an obligation to negotiate for the value of the land to the Project, it would be improper to compensate the LSFN on this basis because there is no evidence that Ontario or Manitoba would have been willing to pay more than the expropriation value. On this view, any compensation in excess of expropriation principles is not caused by the breach and does not represent an opportunity the LSFN lost.

[142] I cannot agree. The LSFN cannot provide evidence showing definitively what level of compensation Ontario, Manitoba, or Canada would have agreed to in 1929 had Canada made it clear that the Project would be delayed until the issue of compensation was resolved. The LSFN cannot prove what compensation *could* have been negotiated precisely because Canada failed to fulfill its fiduciary duty. Additional useful evidence that could inform the level of compensation that Ontario or Manitoba

de 149 023 172 \$ au moment du procès (même si le modèle supposait une superficie de 14 891 acres de terres inondées au lieu de 11 304 acres, comme il en avait été convenu au procès). À tout le moins, ces valeurs auraient pu influencer sur le pouvoir du Canada de négocier au nom de la LSFN. Le juge de première instance pouvait également tenir compte de la preuve provenant des accords ultérieurs dans lesquels le Canada s'acquittait manifestement de ses obligations à titre de fiduciaire.

[140] Le juge de première instance aurait aussi dû accorder l'importance qui convenait à la preuve concernant les répercussions sur la communauté et au point de vue de la LSFN. Les répercussions sur la Première Nation et l'importance des terres pour celle-ci sont manifestement des facteurs pertinents dans le cadre d'une cession négociée. Les négociations ne sont pas unilatérales et il est important de tenir compte du point de vue de la LSFN. De plus, si l'on suppose que le Canada s'était acquitté de ses obligations fiduciaires, la LSFN aurait pu participer aux négociations en étant parfaitement au courant de la valeur importante qu'avaient ses terres pour ce projet, ainsi que des répercussions que celui-ci pouvait avoir sur ses communautés.

[141] Le Canada soutient que, même s'il avait eu l'obligation de négocier la valeur des terres pour le projet, il serait inapproprié d'indemniser la LSFN sur cette base puisque rien ne prouve que l'Ontario ou le Manitoba aurait été prêt à payer plus que la valeur d'expropriation. Dans cette optique, toute indemnité supérieure à la valeur établie selon les principes d'expropriation ne découle pas du manquement et ne représente pas une occasion qu'a perdue la LSFN.

[142] Je ne suis pas de cet avis. La LSFN ne peut pas prouver de façon certaine le montant de l'indemnité que l'Ontario, le Manitoba ou le Canada aurait accepté de payer en 1929 si le Canada avait clairement indiqué que le projet serait reporté tant que la question de l'indemnisation ne serait pas réglée. La LSFN ne peut pas prouver l'indemnité qui *aurait pu* être négociée précisément parce que le Canada a manqué à son obligation de fiduciaire. Les projets des chutes Kananaskis, les paramètres économiques

would have accepted could include the Kananaskis Falls Projects, the economic fundamentals of the Project, and the anticipated benefit that the provinces stood to receive from the Project. The LSFN did advance evidence at trial showing how cost-effective the Project was and the incredible economic advantages that it conferred on Ontario and Manitoba. The evidence shows that the parties were very motivated to finish this Project and realize its economic benefits. For example, in the 1930s, Canada spent over \$850,000 on a failed timber clearing project to advance the Project and resolve an impasse with Ontario.

[143] Thus, equitable compensation must reflect Canada's obligation to ensure the LSFN was compensated for the value of the land to the Project given the nature of the interest and the impact on the LSFN. The trial judge should have considered the Kananaskis Falls Projects and other evidence available at trial as relevant proxies for what this premium was worth. The trial judge also had evidence at trial regarding agreements that were reached with another First Nation.

[144] After assessing the lost opportunity, the trial judge must determine whether the new total compensation award is sufficient to fulfill the deterrent function of equity (*Hodgkinson*, at p. 453). Deterrence has special importance in this case because deterring the Crown from breaching its fiduciary duty encourages it to act honourably and orients it towards the ongoing project of reconciliation. As this Court stated in *Williams Lake*, the just resolution of claims arising from the Crown's failure to honour its obligations is essential to reconciliation (para. 2). Given the facts of this case, including Canada's "inexplicable" conduct, the fact the land was never legally surrendered or taken, and the significant harm to the LSFN, the trial judge must seriously consider whether the total award will be an effective deterrent,

fondamentaux du projet ainsi que le bénéfice que les provinces prévoyaient tirer du projet pouvaient constituer des éléments de preuve supplémentaires utiles pour déterminer le montant de l'indemnité que l'Ontario ou le Manitoba aurait accepté de payer. Au procès, la LSFN a présenté des éléments de preuve montrant à quel point le projet était rentable ainsi que les avantages économiques incroyables qu'en ont tirés l'Ontario et le Manitoba. Il ressort de la preuve que les parties étaient très motivées à mener ce projet à terme et à en tirer des avantages économiques. Par exemple, dans les années 1930, le Canada a consacré plus de 850 000 \$ à un projet de déboisement — qui n'a pas abouti — dans le but de faire avancer le projet et de sortir de l'impasse dans laquelle il se trouvait avec l'Ontario.

[143] Par conséquent, l'indemnité en equity doit refléter l'obligation du Canada de s'assurer que la LSFN reçoive une indemnité correspondant à la valeur des terres pour le projet, compte tenu de la nature de l'intérêt en cause et des répercussions sur la LSFN. Le juge de première instance aurait dû considérer les projets des chutes Kananaskis et les autres éléments de preuve présentés au procès comme des indicateurs pertinents relativement à la valeur de cette prime. Au procès, le juge de première instance disposait également d'éléments de preuve concernant des accords qui avaient été conclus avec une autre première nation.

[144] Après avoir évalué la perte de possibilité, le juge de première instance doit décider si la nouvelle indemnité totale est suffisante pour satisfaire à la fonction de dissuasion de l'equity (*Hodgkinson*, p. 453). La dissuasion revêt une importance particulière en l'espèce, car le fait de dissuader la Couronne de manquer à son obligation fiduciaire l'encourage à agir honorablement et l'oriente vers l'objectif continu de réconciliation. Comme l'a affirmé la Cour dans l'arrêt *Williams Lake*, le juste règlement des revendications découlant de l'omission de la Couronne de s'acquitter de ses obligations est essentiel au processus de réconciliation (par. 2). Compte tenu des faits de la présente affaire, notamment la conduite « inexplicable » du Canada, du fait que les terres n'ont jamais été légalement cédées ou prises et

thus reflecting the honour of the Crown and the goal of reconciliation.

[145] In conclusion, the assessment of the lost opportunity was flawed because it was based on an incorrect view of what the fiduciary duty required. By valuing the loss as the amount required under expropriation law, the trial judge failed to account for a fiduciary obligation to negotiate for compensation reflecting the LSFN's interest in the Reserve land, impact on the community, and the value of the land given its intended use as water storage for hydroelectricity generation. As a result, the assessment of the value of the flooded land must be reassessed. The trial judge's assessment of other losses were not challenged in this appeal. Similarly, I take no issue with the manner in which the trial judge brought forward historic losses to present value.

#### IV. Conclusion

[146] A hypothetical flowage easement at \$1.29 an acre is not an appropriate measure of compensation in this case because it does not reflect the value of the land to the Project. The sole basis for this valuation is the conclusion that because the Project was a public work, and Canada could have expropriated the land, Canada was not expected to secure compensation for the LSFN reflecting the value of its land to the Project. I cannot agree. As I have explained, this approach is inconsistent with the unique nature of the Indigenous interest in reserve land and the devastating impact of the flooding on the LSFN. It does not reflect the honour of the Crown nor serve the overarching goal of reconciliation. The LSFN is entitled to equitable compensation for the lost opportunity to negotiate for an agreement reflecting the value of the land to the hydroelectricity generation Project.

[147] The award for equitable compensation must be returned for reassessment in accordance with

du préjudice considérable subi par la LSFN, le juge de première instance doit bien examiner la question de savoir si l'indemnité totale aura un effet dissuasif efficace, reflétant ainsi le principe de l'honneur de la Couronne et l'objectif de réconciliation.

[145] En conclusion, l'évaluation de la perte de possibilité était viciée car elle était fondée sur une vision erronée de ce qu'exigeait l'obligation de fiduciaire. En établissant le montant de la perte en fonction du droit de l'expropriation, le juge de première instance n'a pas pris en compte l'obligation fiduciaire de négocier une indemnité tenant compte de l'intérêt de la LSFN dans les terres de réserve, des répercussions sur la communauté et de la valeur des terres compte tenu de leur utilisation projetée pour le stockage de l'eau en vue de la production d'hydroélectricité. Par conséquent, la valeur des terres inondées doit être réévaluée. L'évaluation qu'a faite le juge de première instance des autres pertes n'a pas été contestée dans le cadre du présent pourvoi. De même, je n'ai rien à redire quant à la manière dont il a actualisé la valeur des pertes historiques.

#### IV. Conclusion

[146] En l'espèce, une servitude de submergement hypothétique de 1,29 \$ l'acre n'est pas une mesure d'indemnisation appropriée, car elle ne reflète pas la valeur des terres pour le projet. Cette évaluation n'a été effectuée que sur la base de la conclusion portant que puisque le projet était un ouvrage public et que le Canada aurait pu exproprier les terres, celui-ci n'avait pas à obtenir pour la LSFN une indemnité qui tienne compte de la valeur de ses terres pour le projet. Je ne suis pas de cet avis. Comme je l'ai expliqué, cette approche est incompatible avec la nature unique de l'intérêt autochtone dans les terres de réserve et les répercussions dévastatrices de l'inondation sur la LSFN. Elle ne reflète pas le principe de l'honneur de la Couronne, non plus qu'elle ne sert l'objectif global de réconciliation. La LSFN a droit à une indemnité en equity pour la perte de la possibilité de négocier un accord qui reflète la valeur des terres pour le projet de production d'hydroélectricité.

[147] L'indemnité en equity accordée doit faire l'objet d'une nouvelle évaluation conformément

these reasons. I would allow the appeal with costs to the Appellant throughout. I would set aside the judgment of the Court of Appeal and the trial judge’s award of equitable damages and return that question to the trial court for reassessment.

The following are the reasons delivered by

[148] CÔTÉ J. (dissenting) — Canada breached its fiduciary duty to Lac Seul First Nation (“LSFN”) when it unlawfully allowed the flooding of over 11,000 acres (or approximately 4,575 hectares) of LSFN reserve lands for a hydroelectric project that was completed in 1929 (“Project”). The flooding had devastating effects on LSFN, including the complete deprivation of the use and benefit of a large part of its reserve. Canada did not obtain the right to flood the lands through either of the two routes established by the *Indian Act*, R.S.C. 1927, c. 98, as it read in 1929: it neither sought LSFN’s consent to surrender the lands, nor did it expropriate the lands.

[149] No party to this appeal questions this reality. Canada acknowledges its breach of fiduciary duty and its “inexplicable” historical treatment of the appellants, and rightly so. The question, then, is how to compensate for the harms caused by Canada’s breach in a manner that accords with settled equitable compensation principles. The appellants contest the basis upon which the trial judge calculated an aspect of the equitable compensation he awarded, namely the value attributed to the flooded lands (2017 FC 906, [2018] 4 C.N.L.R. 63). Canada submits that, to the extent that a financial award can accomplish it, the amount awarded by the trial judge for the fair market value of the flooded lands, in combination with the award for non-calculable losses, fairly and reasonably compensates the appellants for their losses.

aux présents motifs. Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi, avec dépens en faveur de l’appelant devant toutes les cours, d’annuler le jugement de la Cour d’appel et l’octroi par le juge de première instance de dommages-intérêts en equity, et de renvoyer la question au tribunal de première instance en vue d’une nouvelle évaluation.

Version française des motifs rendus par

[148] LA JUGE CÔTÉ (dissidente) — Le Canada a manqué à son obligation fiduciaire envers la Lac Seul First Nation (« LSFN ») lorsqu’il a permis, pour les besoins d’un projet hydroélectrique achevé en 1929 (« projet »), l’inondation illégale des terres de sa réserve sur une surface de plus de 11 000 acres (ou environ 4 575 hectares). L’inondation a eu des effets dévastateurs sur la LSFN, qui s’est vue privée complètement de l’usage et des bénéfices d’une grande partie de sa réserve. Le Canada n’a pas obtenu le droit d’inonder les terres par l’une ou l’autre des deux voies que prévoyait la *Loi des Indiens*, S.R.C. 1927, c. 98, dans sa version en vigueur en 1929 : il n’a pas cherché à obtenir le consentement de la LSFN pour qu’elle cède ses terres et il n’a pas non plus exproprié les terres.

[149] Aucune des parties au présent pourvoi ne remet cela en question. Le Canada admet avoir manqué à son obligation fiduciaire et reconnaît à juste titre avoir autrefois traité les appelants d’une façon « inexplicable ». La question est donc celle de savoir comment indemniser les appelants des préjudices qu’ils ont subis en raison du manquement du Canada, d’une manière qui respecte les principes établis d’indemnisation en equity. Les appelants contestent le fondement sur lequel le juge de première instance s’est appuyé pour calculer un aspect de l’indemnité en equity qu’il a accordée, soit la valeur attribuée aux terres inondées (2017 CF 906, 74 C.L.R. (4th) 136). Le Canada soutient que, dans la mesure où une indemnité pécuniaire peut permettre d’atteindre cet objectif, le montant accordé par le juge de première instance pour la juste valeur marchande des terres inondées, combiné à l’indemnité pour les pertes non calculables, constitue une compensation équitable et raisonnable pour les pertes subies par les appelants.



[150] Both the majority judges and the dissenting judge at the Federal Court of Appeal were in complete agreement on two issues (2019 FCA 171, [2020] 1 F.C.R. 745). First, the Court of Appeal unanimously found that the trial judge correctly held that there was no basis to award compensation for loss of a revenue-sharing agreement and that the trial judge made no palpable and overriding error in concluding that the Lac Seul situation was not comparable to the other revenue-sharing situations on which the appellants relied. Second, with respect to the trial judge's conclusions on one-time compensation for the loss of the flooded lands, the Court of Appeal agreed that there was no error of law or palpable and overriding error in the trial judge's conclusion that, had Canada expropriated the flooded lands in 1929, it would not have paid more than the fair market value of \$1.29 per acre. The sole disagreement between the majority and the dissent concerned the appellants' second submission regarding the trial judge's conclusions on one-time compensation, namely that he had erred in distinguishing the Kananaskis Falls development project ("Kananaskis Project") from the Lac Seul situation.

[151] However, my colleagues in the majority go further than the Court of Appeal, seemingly undertaking a fresh equitable compensation analysis. The majority does not agree with the trial judge's assessment of equitable compensation, not because of any palpable and overriding error that he committed, but because his assessment does not accord with the majority's view that LSFN is entitled to equitable compensation for the lost opportunity to negotiate an agreement reflecting the value of the lands for hydroelectric purposes specifically, as opposed to equitable compensation for the lost opportunity to negotiate generally.

[152] The value of the compensation that Canada should have negotiated for LSFN cannot be determined in an evidentiary or factual vacuum, and it is improper to fault a trier of fact regarding possible

[150] Les juges majoritaires et la juge dissidente de la Cour d'appel fédérale furent entièrement d'accord sur deux points (2019 CAF 171, [2020] 1 R.C.F. 745). D'abord, la Cour d'appel a conclu à l'unanimité que le juge de première instance avait eu raison de juger que rien ne justifiait d'accorder une indemnité pour la perte de l'opportunité de négocier une entente de partage des bénéfices. Elle a également estimé que le juge de première instance n'avait pas commis d'erreur manifeste et déterminante en concluant que la situation du lac Seul n'était pas comparable à d'autres situations de partage des bénéfices sur lesquelles se fondaient les appelants. Ensuite, en ce qui concerne les conclusions du juge de première instance quant à l'octroi d'une indemnité unique pour la perte des terres inondées, la Cour d'appel a estimé qu'aucune erreur de droit ni aucune erreur manifeste et déterminante n'entachait la conclusion selon laquelle le Canada n'aurait pas payé plus que la juste valeur marchande de 1,29 \$ l'acre s'il avait exproprié les terres inondées en 1929. Le seul point de désaccord entre les juges majoritaires et la juge dissidente concernait le deuxième argument invoqué par les appelants au sujet des conclusions tirées par le juge de première instance sur le versement d'une indemnité unique, à savoir que celui-ci avait commis une erreur en établissant une distinction entre le projet d'aménagement des chutes Kananaskis (« projet Kananaskis ») et la situation du lac Seul.

[151] Cependant, mes collègues de la majorité vont plus loin que la Cour d'appel et semblent entreprendre une nouvelle analyse de l'indemnisation en equity. Ils ne souscrivent pas à l'évaluation de l'indemnité en equity faite par le juge de première instance, non pas en raison d'une erreur manifeste et déterminante qu'il aurait commise, mais parce que son évaluation ne concorde pas avec leur avis que la LSFN a droit à une indemnité en equity pour la perte de l'opportunité non pas de négocier de façon générale, mais plus précisément de négocier une entente reflétant la valeur des terres pour l'utilisation à des fins hydroélectriques.

[152] La valeur de l'indemnité que le Canada aurait dû négocier pour la LSFN ne peut être établie en l'absence de toute preuve ou de tout fondement factuel, et l'on ne saurait reprocher au juge des faits de

alternative findings based on a newly raised theory of the case. That is not the proper standard of appellate review. In my view, the majority of the Federal Court of Appeal was correct to find that there was no basis to interfere with the trial judge's equitable compensation assessment. As I will explain below, the trial judge assessed compensation for the value of the flooded lands in 1929 based on a thorough examination of the facts as established in the record. I find no reviewable error in the trial judge's analysis, and I would dismiss the appeal.

### I. Standard of Review

[153] While the majority largely refrains from discussing the applicable standard of review, the parties took opposing positions concerning the proper standard for questions related to the trial judge's compensation assessment. Therefore, clear guidance on this point ought to be provided.

[154] Appellate review of an award of damages is to be conducted in accordance with the standards of review articulated in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235. The appellants submit that the errors in this case relate to the failure of the courts below to correctly apply the legal principles they identified, and therefore should be assessed on a correctness standard. The respondent submits that the issues raised by the appellants are matters of mixed fact and law and that there are no extricable questions of law to which the standard of correctness applies.

[155] Both parties rely on the same passage from *Whitefish Lake Band of Indians v. Canada (Attorney General)*, 2007 ONCA 744, 87 O.R. (3d) 321, at para. 28, although the respondent emphasizes the first sentence and the appellants focus on the second:

A trial judge's damages or compensation assessment is entitled to considerable deference on appeal. An appellate court should interfere with that assessment only

ne pas avoir tiré d'autres conclusions fondées sur une théorie de la cause avancée tardivement. Ce n'est pas la norme de contrôle applicable en appel. À mon avis, les juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale ont conclu à juste titre qu'il n'y avait aucune raison de modifier l'évaluation de l'indemnité en equity faite par le juge de première instance. Comme je vais l'expliquer plus loin, le juge de première instance a évalué l'indemnité pour la valeur des terres inondées en 1929 sur la base d'un examen en profondeur des faits établis dans le dossier. Je ne vois aucune erreur révisable dans son analyse et je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

### I. Norme de contrôle

[153] Bien que les juges majoritaires s'abstiennent dans une large mesure de discuter de la norme de contrôle applicable, les parties ont adopté des points de vue opposés concernant la norme applicable aux questions liées à l'évaluation de l'indemnité par le juge de première instance. Il convient donc de donner des indications claires sur ce point.

[154] Le contrôle en appel des dommages-intérêts accordés doit être effectué conformément aux normes de contrôle énoncées dans l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235. Les appelants soutiennent qu'en l'espèce, les erreurs reprochées ont trait au fait que les juridictions inférieures n'ont pas correctement appliqué les principes juridiques qu'elles avaient cernés, de sorte que ces erreurs devraient être examinées selon la norme de la décision correcte. L'intimée affirme que les questions soulevées par les appelants sont des questions mixtes de fait et de droit, et qu'il n'y a pas de question de droit isolable à laquelle s'applique la norme de la décision correcte.

[155] Les deux parties invoquent le même passage de l'arrêt *Whitefish Lake Band of Indians c. Canada (Attorney General)*, 2007 ONCA 744, 87 O.R. (3d) 321, par. 28, mais l'intimée insiste sur la première partie de l'extrait et les appelants, sur la seconde :

[TRADUCTION] L'évaluation du montant des dommages-intérêts ou de l'indemnité par le juge de première instance commande une grande déférence en appel. La juridiction

if it is tainted by an error in principle, or is unreasonably high or low.

[156] A similar pronouncement was made by Justice Wilson in *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, at p. 363: “. . . I do not think it is the function of this Court to interfere with the *quantum* of damages awarded by the trial judge if no error in principle in determining the measure of damages has been demonstrated. . . . The trial judge’s task was not an easy one but I think he ‘did the best he could’ . . . .”

[157] Thus, the question to be decided is whether the assessment is tainted by a reviewable error. The appellants attempt to get around this exacting standard by asserting that the courts below erred in “apprehending how the assessment of equitable compensation should be carried out”, which they suggest is an “extricable question of principle or pure law [that is] reviewable on a correctness standard” (A.F., at para. 72). I disagree. Not only is the trial judge’s determination that the appellants should have been compensated through a one-time payment in 1929 based on an expropriation model in accordance with the *Indian Act* not an extricable error, and thus not reviewable on a correctness standard, but the appellants have also not identified any particular findings of fact by the trial judge as constituting a palpable and overriding error.

[158] Under the standard of review for questions of mixed fact and law, “an appellate court’s role is not to reconsider the evidence globally and reach its own conclusions, but simply to ensure that the trial judge’s conclusions — including the trial judge’s legal inferences — are supported by the evidence” (*Modern Cleaning Concept Inc. v. Comité paritaire de l’entretien d’édifices publics de la région de Québec*, 2019 SCC 28, [2019] 2 S.C.R. 406, at para. 69). “The possibility of alternative findings based on different ascriptions of weight is . . . [not a] basis for overturning the findings of a fact-finder” (*Nelson (City) v. Mowatt*, 2017 SCC 8, [2017] 1

d’appel ne devrait modifier cette évaluation que si elle est entachée d’une erreur de principe ou si elle est déraisonnablement élevée ou faible.

[156] La juge Wilson a tenu des propos semblables dans l’arrêt *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, p. 363 : « . . . je ne crois pas qu’il appartienne à cette Cour de modifier le montant des dommages-intérêts accordés par le juge de première instance si on n’a pas démontré l’existence d’une erreur de principe dans [son] évaluation. [. . .] La tâche du juge de première instance n’était pas facile, mais je crois qu’il a “agi de son mieux”. . . »

[157] Par conséquent, la question à trancher est celle de savoir si l’évaluation est entachée d’une erreur révisable. Les appelants tentent de contourner cette norme exigeante en faisant valoir que les juridictions inférieures ont commis une erreur en [TRADUCTION] « déterminant la façon dont l’évaluation de l’indemnité en equity devait être effectuée », ce qui, selon eux, est une « question isolable de principe ou de droit pur assujettie à la norme de contrôle de la décision correcte » (m.a., par. 72). Je ne partage pas leur avis. Non seulement la conclusion du juge de première instance portant que les appelants auraient dû être indemnisés au moyen d’un paiement unique en 1929 selon un modèle d’expropriation conforme à la *Loi des Indiens* n’est pas une erreur isolable, et n’est donc pas assujettie à la norme de la décision correcte, mais les appelants n’ont pas davantage établi quelles conclusions de fait particulières tirées par le juge de première instance constitueraient une erreur manifeste et déterminante.

[158] Suivant la norme de contrôle applicable aux questions mixtes de fait et de droit, « le rôle d’une cour d’appel ne consiste pas à réexaminer la preuve globalement et à tirer ses propres conclusions, mais simplement à s’assurer que les conclusions du juge du procès — y compris ses inférences juridiques — trouvent appui dans la preuve » (*Modern Concept d’entretien inc. c. Comité paritaire de l’entretien d’édifices publics de la région de Québec*, 2019 CSC 28, [2019] 2 R.C.S. 406, par. 69). « [L]es conclusions à tirer de la preuve p[eu]vent varier en fonction du poids attribué à l’un ou l’autre des éléments qui la constituent et cette possibilité ne justifie pas

S.C.R. 138, at para. 38). Appellate intervention is not warranted “absent an error that is ‘plainly seen’ and has affected the result” (para. 38, quoting *Housen*, at para. 6).

[159] Even if an appellate court might have come to a different conclusion, it cannot overturn the trial judge’s discretionary decision unless a reviewable error has been made. As noted by Stratas J.A. in *Mahjoub v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2017 FCA 157, [2018] 2 F.C.R. 344:

Palpable and overriding error is often best defined by describing what it is not. If an appellate court had a free hand, it might weigh the evidence differently and come to a different result. It might be inclined to draw different inferences or see different factual implications from the evidence. But these things, without more, do not rise to the level of palpable and overriding error. [para. 70]

[160] In my view, the trial judge made no reviewable errors. The majority of the Federal Court of Appeal properly applied the deferential standard of review, holding that there was no basis to interfere with the trial judge’s factual findings. The alleged errors raised before this Court relate to questions of fact and mixed fact and law, and the appellants have not demonstrated that the trial judge made any palpable and overriding errors. The trial judge properly reviewed and assessed the voluminous quantities of evidence. His legal inferences are supported by the evidence. Therefore, the appellants have not established a basis for interfering with his valuation.

## II. The Trial Judge’s Equitable Compensation Assessment

[161] The principles of equitable compensation, including the special importance of its deterrent effect in furthering the ongoing project of reconciliation

d’infirmer les conclusions du juge des faits » (*Nelson (City) c. Mowatt*, 2017 CSC 8, [2017] 1 R.C.S. 138, par. 38). L’intervention en appel n’est pas justifiée en l’absence d’une « erreur qui est “évidente” et qui a eu une incidence sur le résultat » (par. 38, citant *Housen*, par. 6).

[159] Même si elle aurait pu tirer une conclusion différente, la juridiction d’appel ne peut infirmer la décision discrétionnaire du juge de première instance, à moins que ce dernier n’ait commis une erreur révisable. Comme le fait observer le juge Stratas dans l’arrêt *Mahjoub c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2017 CAF 157, [2018] 2 R.C.F. 344 :

Souvent, l’erreur manifeste et dominante est mieux définie par une description de ce qu’elle n’est pas. Si une cour d’appel avait carte blanche, elle pourrait pondérer différemment les éléments de preuve et parvenir à un résultat différent. Elle pourrait être portée à tirer des inférences différentes ou à voir des implications factuelles différentes dans les éléments de preuve. Mais ces choses, sans plus, n’équivalent pas à l’erreur manifeste et dominante. [par. 70]

[160] À mon avis, le juge de première instance n’a pas commis d’erreur révisable. Les juges majoritaires de la Cour d’appel fédérale ont appliqué comme il se doit la norme de contrôle qui commande la déférence, et ont conclu qu’il n’y avait aucune raison de modifier les conclusions de fait tirées par le juge de première instance. Les erreurs reprochées soulevées devant notre Cour ont trait à des questions de fait et à des questions mixtes de fait et de droit, et les appelants n’ont pas démontré d’erreur manifeste et déterminante commise par le juge de première instance. Celui-ci a correctement examiné et évalué la quantité volumineuse d’éléments de preuve. Ses inférences juridiques trouvent appui dans la preuve. Par conséquent, les appelants n’ont pas démontré qu’il existe une raison de modifier son évaluation.

## II. Évaluation de l’indemnité en equity par le juge de première instance

[161] Les principes de l’indemnisation en equity, notamment l’importance particulière que revêt son effet dissuasif afin de favoriser l’objectif continu de

between Canada and Indigenous peoples, are settled and not at issue in this appeal. It is the application of those principles that is at issue. Therefore, it is important to begin by outlining the trial judge's assessment. In his decision, the trial judge made it clear that the goal of equitable compensation is to restore what the plaintiff has lost due to a breach of fiduciary duty, the loss being an opportunity not realized because of the breach. The plaintiff's loss arising from the breach is to be assessed with the advantage of hindsight, not based on what may have been known at the date of the breach or what would have been reasonably foreseeable. In assessing the loss, courts must assume both that the plaintiff would have made the most favourable use of the trust property at issue and that the defendant, had it not committed the breach, would have carried out its duties vis-à-vis the plaintiff in a lawful manner (Trial Reasons, at para. 285).

[162] The trial judge applied these settled principles, specifically looking back to when the breach occurred in 1929, and, with the benefit of hindsight and the evidentiary record, assessed what position the appellants would have been in but for the breach. Based on the evidence, the trial judge determined that, had Canada acted legally, it would have taken the reserve lands in 1929 through expropriation or surrender (para. 358).

[163] The trial judge noted the public importance of the Project and held that “[t]here is no reasonable likelihood that the project would have been shelved had the LSFN or Indian Affairs refused to have the land flooded” (paras. 292 and 327; see also C.A. Reasons, at paras. 23 and 50, per Gleason J.A., dissenting, but not on this point). Having found that the Project and the resulting flooding would have occurred when they did, the trial judge presumed that Canada would have acted lawfully if it had not breached its fiduciary duty and determined that Canada would have, and should have, either obtained a surrender of the reserve lands to be flooded as provided for in Treaty No. 3 (1873) and ss. 50 and 51 of

réconciliation entre le Canada et les peuples autochtones, sont bien établis et ne sont pas en cause dans le présent pourvoi. C’est l’application de ces principes qui est en cause. Il est donc important de commencer en passant en revue l’évaluation du juge de première instance. Dans sa décision, celui-ci a bien précisé que l’objectif de l’indemnisation en equity est de restituer au demandeur ce qu’il a perdu par suite du manquement à l’obligation fiduciaire, la perte étant une opportunité qui n’a pu se concrétiser en raison du manquement. Il faut évaluer cette perte en procédant à une analyse rétrospective, et non en se fondant sur des faits qui pourraient avoir été connus au moment du manquement ou sur ce qui aurait été raisonnablement prévisible. Lorsqu’ils évaluent la perte, les tribunaux doivent présumer que le demandeur aurait fait l’utilisation la plus avantageuse possible du bien en question et que le défendeur, n’eût été du manquement, se serait acquitté de ses obligations envers le demandeur conformément à la loi (motifs de première instance, par. 285).

[162] Le juge de première instance a appliqué ces principes établis, se reportant expressément au moment où le manquement a eu lieu en 1929 et, sur le fondement d’une analyse rétrospective et du dossier de preuve, il a déterminé la situation dans laquelle se seraient trouvés les appelants n’eût été du manquement. À la lumière de la preuve, le juge de première instance a conclu que, si le Canada avait agi conformément à la loi, il aurait pris les terres de réserve en 1929 au moyen de l’expropriation ou d’une cession (par. 358).

[163] Le juge de première instance a souligné l’importance du projet pour le public et a estimé qu’« [i]l n’existait aucune probabilité raisonnable que le projet soit annulé si la [LSFN] ou le ministère des Affaires indiennes avait refusé la submersion des terres » (par. 292 et 327; voir également les motifs de la C.A., par. 23 et 50, la juge Gleason, dissidente, mais non sur ce point). Ayant conclu que le projet et l’inondation en résultant se seraient produits au moment où ils sont survenus, le juge de première instance a supposé que le Canada aurait agi conformément à la loi s’il n’avait pas manqué à son obligation fiduciaire. Il a conclu que le Canada aurait alors soit obtenu la cession des terres de réserve devant

the *Indian Act*, or expropriated the necessary lands in accordance with Treaty 3 and s. 48 of the *Indian Act*. In either case, Canada would have compensated the appellants for the flooded lands in 1929, the year of the dam's construction (Trial Reasons, at paras. 350-71). The parties accept this finding (C.A. Reasons, at para. 50).

[164] The evidence proffered at trial focused broadly on two concepts: a revenue- or benefit-sharing agreement and one-time compensation for the loss of the flooded lands. The trial judge rejected the revenue-sharing agreement as unprecedented and inconsistent with the historical approach taken in other instances of reserve land compensation, and found that there was no evidence that the parties would have been amenable to such an arrangement (paras. 351-57). The Federal Court of Appeal unanimously upheld this finding (paras. 57 and 106-7).

[165] Therefore, the trial judge concluded that Canada would have compensated the appellants through a one-time payment for the flooded lands and would not have secured an indefinite revenue-sharing agreement. In order to assess the quantum of the one-time compensation for the loss of the flooded lands, the trial judge reviewed all evidence proffered at trial on how to value the lands. He noted that the question of how the fair market value was to be assessed had been discussed by two experts: Duncan Bell, called jointly by Canada and Ontario, and Norris Wilson, called by the appellants. Both experts agreed that the fair market value had to be assessed on the basis of the highest and best use of the lands (D. Bell, *Appraisal Report: Lac Seul First Nation — Southwind Action*, February 28, 2014, at p. 78, reproduced in A.R. Supp., vol. CCXLI, at p. 168; N. Wilson, *Technical Review of an Appraisal Report by: Charles Bell Real Estate Appraisals Ltd.*, May 16, 2016, at p. 2, reproduced in A.R. Supp., vol. CCXXXV, at p. 320).

être inondées comme le prévoient le Traité n° 3 (1873) et les art. 50 et 51 de la *Loi des Indiens*, soit exproprié les terres nécessaires conformément au Traité n° 3 et à l'art. 48 de la *Loi des Indiens*. Dans un cas comme dans l'autre, le Canada aurait indemnisé les appelants pour les terres inondées en 1929, année de la construction du barrage (motifs de première instance, par. 350-371). Les parties acceptent cette conclusion (motifs de la C.A., par. 50).

[164] La preuve présentée au procès s'articulait essentiellement autour de deux concepts : l'existence d'une entente de partage des revenus ou des bénéfices et le versement d'une indemnité unique pour la perte des terres inondées. Le juge de première instance a rejeté l'entente de partage des bénéfices, parce que selon lui une telle entente était sans précédent, qu'elle ne cadrerait pas avec les pratiques passées du Canada dans d'autres situations d'indemnisation relatives à des terres de réserve, et qu'il n'existait aucune preuve que les parties auraient été disposées à conclure une telle entente (par. 351-357). La Cour d'appel fédérale a confirmé à l'unanimité cette conclusion (par. 57 et 106-107).

[165] Par conséquent, le juge de première instance a conclu que le Canada aurait versé aux appelants une indemnité unique pour les terres inondées et qu'il n'aurait pas accepté une entente de partage des bénéfices à durée indéterminée. Afin de fixer le montant de l'indemnité unique à verser pour la perte des terres inondées, le juge de première instance a examiné l'ensemble de la preuve présentée au procès sur la façon d'évaluer les terres. Il a fait observer que la question de savoir comment évaluer la juste valeur marchande avait été examinée par deux experts : Duncan Bell, appelé à témoigner par le Canada et l'Ontario conjointement, et Norris Wilson, appelé à témoigner par les appelants. Les deux experts s'entendaient pour dire que la juste valeur marchande devait être évaluée en fonction de l'utilisation optimale des terres (D. Bell, *Appraisal Report : Lac Seul First Nation — Southwind Action*, 28 février 2014, p. 78, reproduit dans d.a. supp., vol. CCXLI, p. 168; N. Wilson, *Technical Review of an Appraisal Report by : Charles Bell Real Estate Appraisals Ltd.*, 16 mai 2016, p. 2, reproduit dans d.a. supp., vol. CCXXXV, p. 320).

[166] In his appraisal report, Mr. Bell stated that prior to 1934, the highest and best use of the Lac Seul reserve lands would have been for continued traditional uses by LSFN, and it would be expected that the majority of the flooded lands would have remained vacant and unimproved. Mr. Bell stated that when flooding of the reserve lands occurred in order to accommodate the development of a hydroelectric dam “the flooded lands had a greater utility as flooded land rather than their previous use” (p. 79). He estimated the value of the subject lands as at April 1, 1929, April 1, 1934, and April 1, 1943, in accordance with Canada and Ontario’s terms of reference. In Mr. Bell’s opinion, the overall effective price per acre of the reserve lands was \$1.29 in 1929, \$1.06 in 1934, and \$1.24 in 1943. In his testimony, Mr. Bell noted that he had valued the land as un-flooded in each of the years for which he provided an estimated value because, if he had valued them differently once they were flooded, “[t]hat would be like somebody damaging your car and say, yes, I owe you a newer car but your car’s damaged now so I’m only going to pay you for the damaged car. So the valuations for traditional uses were simply just brought forward in those dates based on the market changes and the market evidence” (A.R. Supp., vol. XV, at p. 247).

[167] Mr. Wilson criticized Mr. Bell on three points: (1) a failure to correctly apply the principle of highest and best use; (2) the decision to apply the direct comparison approach; and (3) a failure to make findings and assumptions consistent with the historical record. Mr. Wilson found that while Mr. Bell had acknowledged that the highest and best use of the lands had changed once it was flooded, all three of his valuations, for 1929, 1934, and 1943, were almost identical. From Mr. Wilson’s perspective, either Mr. Bell had not made any attempt to analyze the impact of the hydroelectric project on the value of the reserve lands, or he had concluded that the project had no impact on the value of the lands. Regardless, Mr. Wilson submitted that Mr. Bell’s

[166] Dans son rapport d’évaluation, M. Bell affirmait qu’avant 1934, l’utilisation optimale des terres de réserve du lac Seul aurait été l’usage traditionnel continu de la LSFN, ajoutant que l’on se serait attendu à ce que la plus grande partie des terres inondées demeure vacante et non aménagée. M. Bell a expliqué que lorsque l’inondation des terres de réserve a eu lieu en vue de l’aménagement d’un barrage hydroélectrique, [TRADUCTION] « les terres inondées avaient une plus grande utilité comme terres inondées qu’avant leur inondation » (p. 79). Il a estimé la valeur des terres en question en date du 1<sup>er</sup> avril 1929, du 1<sup>er</sup> avril 1934 et du 1<sup>er</sup> avril 1943, conformément au mandat qui lui avait été confié par le Canada et l’Ontario. Selon M. Bell, le prix effectif global des terres de réserve s’établissait à 1,29 \$ en 1929, à 1,06 \$ en 1934 et à 1,24 \$ en 1943 par acre. Dans son témoignage, M. Bell a dit avoir évalué les terres comme des terres non inondées pour chacune des années examinées, car s’il les avait évaluées en tant que terres inondées, [TRADUCTION] « [c]’est comme si quelqu’un endommageait votre voiture et vous disait : oui, je vous dois une voiture plus récente, mais comme votre voiture est maintenant endommagée, je vais seulement vous payer pour la voiture endommagée. La valeur attribuée aux usages traditionnels aux dates en question a simplement été reportée pour tenir compte de l’évolution du marché et des données du marché » (d.a. supp., vol. XV, p. 247).

[167] Monsieur Wilson a reproché trois erreurs à M. Bell : (1) le fait qu’il n’avait pas appliqué correctement le principe de l’utilisation optimale; (2) sa décision d’appliquer la méthode de la comparaison directe; et (3) le fait qu’il n’avait pas formulé ses conclusions et ses hypothèses conformément aux données historiques. Monsieur Wilson a constaté que, même si M. Bell avait reconnu que l’utilisation optimale des terres avait changé une fois qu’elles étaient inondées, ses trois évaluations pour les années 1929, 1934 et 1943 étaient presque identiques. Du point de vue de M. Wilson, soit M. Bell n’avait pas tenté d’analyser l’incidence du projet hydroélectrique sur la valeur des terres de réserve, soit il avait conclu que le projet n’avait aucune incidence

highest and best use analysis was unsound. As the trial judge summarized:

... in his view, the flooded Reserve land formed part of a storage project that facilitated a hydroelectric system down the English and Winnipeg Rivers. He testified that the hydroelectric project at Ear Falls would affect the value of the land around the foreshore of Lac Seul, because the highest and best use of that land would change to the storage of water for the power project from traditional uses before it was flooded. [para. 377]

However, both in his report and his testimony, Mr. Wilson did not propose an alternative valuation.

[168] The trial judge found that Mr. Bell’s method of valuation was “appropriate and proper in the circumstances” and adopted his conclusions (para. 380). He noted that “[t]his manner of proceeding may seem contrary to that advanced by Indian Affairs in the Kananaskis Falls development where, it will be recalled, the Department informed Calgary Power that the cost of the land must exceed its agricultural value as the ‘value in the lands consists in their usefulness in connection with the development of power at Kananaskis Falls and in this connection they have a considerable value’” (para. 381, referring to A.R. Supp., vol. XLI, at p. 184). However, the trial judge distinguished the Kananaskis Project on the basis that there was no ability to expropriate any reserve lands in that example, whereas there was in the instant case. Therefore, Calgary Power was in an entirely different position vis-à-vis the Stoney Indian Band than Canada vis-à-vis the LSFN reserve (paras. 382-83).

[169] In determining the price per acre, the trial judge rejected Canada’s submission that \$1.00 per acre would be a more appropriate basis to calculate the amount payable. He held that “[w]hile \$1.29 is slightly more than may have been in the contemplation of [Manitoba and Ontario, the provinces with whom Canada was negotiating], I have no evidence

sur la valeur des terres. Dans tous les cas, M. Wilson a soutenu que l’analyse que M. Bell avait faite de l’utilisation optimale n’était pas valable. Comme l’a résumé le juge de première instance :

... [M. Wilson a estimé] que les terres de réserve inondées faisaient partie de l’aménagement à retenue qui a facilité le système hydroélectrique en aval sur les rivières des Anglais et Winnipeg. Il a témoigné que le projet hydroélectrique à Ear Falls aurait affecté la valeur des terres bordant les berges du lac Seul, car l’utilisation optimale des terres serait la retenue d’eau pour un projet énergétique, et non l’usage traditionnel préalable à l’inondation. [par. 377]

Toutefois, autant dans son rapport que dans son témoignage, M. Wilson n’a pas proposé d’autre évaluation.

[168] Le juge de première instance a conclu que la méthode d’évaluation de M. Bell était « appropriée et adaptée aux circonstances » et il a accepté ses conclusions (par. 380). Il a fait observer que « [c]ette manière de procéder peut sembler contraire à celle adoptée par le ministère des Affaires indiennes dans le projet d’aménagement aux chutes Kananaskis où, on se souviendra, le ministère avait informé Calgary Power que le prix des terres pourrait être supérieur à leur valeur agricole, car [TRADUCTION] “la valeur des terres est fonction de leur utilité pour la production d’énergie aux chutes Kananaskis et, à cet égard, leur valeur est considérable” » (par. 381, renvoyant au d.a. supp., vol. XLI, p. 184). Le juge de première instance a toutefois établi une distinction entre la présente affaire et le projet Kananaskis au motif qu’il était impossible d’exproprier les terres de réserve dans cet exemple, alors que cela était possible dans le cas qui nous occupe. Par conséquent, Calgary Power se trouvait dans une situation, à l’égard de la Première Nation de Stoney, tout à fait différente de celle du Canada envers la réserve de la LSFN (par. 382-383).

[169] En fixant le prix par acre, le juge de première instance a rejeté l’argument du Canada suivant lequel le prix de 1 \$ l’acre serait plus approprié pour calculer le montant payable. Il a estimé qu’« [a]lors que 1,29 \$ est un montant légèrement supérieur à celui envisagé par [le Manitoba et l’Ontario, les provinces avec lesquelles négociait le Canada], je ne dispose



that had Canada insisted, it would not have been accepted by the Provinces” (para. 384). The trial judge considered additional avoidable losses, finding calculable financial losses of \$14,582.16 in 1929 for a flowage easement over the reserve lands, \$34,917.33 in 1929 for timber dues, and \$1,750,000 in 2008 for community infrastructure (para. 443). In addition, the trial judge awarded \$16.2 million for non-calculable losses, namely loss of livelihood both on and off the reserve as well as loss of easy shore access, damage to boats, and overall damage to the aesthetic of the lake shore.

### III. The Appellants Were Fairly and Appropriately Compensated for Their Losses

[170] The appellants submit that the lower courts improperly applied the principles of equitable compensation and failed to compensate LSFN for what it actually lost. According to them, “[r]ather than compensating for those losses in light of the use to which the Lands have been put, the Courts re-wrote history and relied on a fictional expropriation scenario to improperly approach LSFN’s losses as if they were one-time lost expropriation funds” (para. 69). I cannot agree. Based on the evidence before him, the trial judge assessed the appellants’ losses presuming the highest and best use and with the benefit of hindsight. The appellants have not identified or established any palpable and overriding errors.

#### A. *Defining and Valuing the Lost Opportunity*

[171] I am in agreement with the majority that equitable compensation in this case should be assessed on the basis of a negotiated surrender (paras. 118 and 121). This is not controversial. Canada agrees that the lost opportunity in this case includes the opportunity to negotiate a surrender. The Court of Appeal

d’aucun élément de preuve montrant que si le Canada avait insisté pour un montant plus élevé, les provinces ne l’auraient pas accepté » (par. 384). Le juge de première instance a pris en compte d’autres pertes évitables, et a conclu que les pertes pécuniaires calculables s’établissaient à 14 582,16 \$ en 1929 pour une servitude de submergement sur les terres de réserve, à 34 917,33 \$ en 1929 pour les droits sur le bois et à 1 750 000 \$ en 2008 pour l’infrastructure communautaire (par. 443). De plus, le juge de première instance a accordé la somme de 16,2 millions de dollars au titre des pertes non quantifiables, notamment la perte de moyens de subsistance dans la réserve et hors réserve, ainsi que la perte d’accès au rivage, les dommages aux embarcations et les dommages généraux à l’esthétique du rivage.

### III. Les appelants ont obtenu une compensation juste et appropriée pour leurs pertes

[170] Les appelants soutiennent que les juridictions inférieures ont appliqué de façon incorrecte les principes de l’indemnisation en equity et qu’ils n’ont pas indemnisé la LSFN des pertes qu’elle a effectivement subies. Selon eux, [TRADUCTION] « [a]u lieu de les indemniser pour ces pertes en fonction de l’usage qui avait été fait des terres, les tribunaux ont réécrit l’histoire et se sont fondés sur un scénario d’expropriation fictif pour considérer à tort les pertes subies par la LSFN comme s’il s’agissait de sommes uniques perdues en cas d’expropriation » (par. 69). Je ne peux être d’accord avec cet énoncé. À la lumière de la preuve dont il disposait, le juge de première instance a évalué les pertes subies par les appelants en supposant qu’il y avait eu utilisation optimale et en effectuant une analyse rétrospective. Les appelants n’ont ni relevé ni démontré l’existence d’erreurs manifestes et déterminantes.

#### A. *Définition et évaluation de la perte d’une opportunité*

[171] Je suis d’accord avec les juges majoritaires pour dire qu’en l’espèce, l’indemnité en equity doit être évaluée en fonction d’une cession négociée (par. 118 et 121). Ce point n’est pas controversé. Le Canada admet que l’opportunité perdue en l’espèce comprend l’opportunité de négocier une cession. La

unanimously agreed, finding that “the Federal Court correctly identified the impact of the breaches of fiduciary duty committed by Canada as being *both* the deprivation of an opportunity to negotiate a surrender of the flooded land in 1929 and the deprivation in 1929 of the funds that ought to have been paid had Canada taken and exercised the right to flood the reserve land” (para. 59 (emphasis in original)).

[172] As a fiduciary, Canada was arguably required to pursue a negotiated surrender before proceeding to expropriation, as the former more closely aligns with the nature of the breach and probably would have been less detrimental to LSFN. However, it does not necessarily follow that the lost opportunity to negotiate a surrender of the lands to be flooded equates to a lost opportunity to negotiate a surrender of those lands *for hydroelectricity generation*. In my view, the majority’s characterization presupposes that the trial judge had the requisite factual basis to make such a finding. It is clear from the record that he did not.

[173] For the appellants to recover the value of a lost opportunity to negotiate a surrender for hydroelectric benefits specifically, they would have had to establish their entitlement through specific facts and evidence, including expert evidence, led at trial. They did not do so. As noted by the majority, the appellants’ theory of compensation has changed during this litigation. At trial, the appellants’ theory, and their expert valuation evidence, were focused on their revenue-sharing claims. They did not provide evidence regarding a one-time payment for the flooded lands for hydroelectric purposes, and chose to limit themselves to criticizing Canada’s expert valuation. Therefore, the trial judge was correct to find that the argument that Canada could, and should, have paid more than fair market value for the lands was “nothing more than optimistic speculation” (para. 383).

Cour d’appel a convenu à l’unanimité que « la Cour fédérale a correctement défini les répercussions des manquements du Canada à ses obligations de fiduciaire comme étant *à la fois* la privation d’une possibilité de négocier une cession des terres inondées en 1929 et la privation en 1929 des sommes qui auraient dû être payées si le Canada avait pris les terres de la réserve et exercé son droit de les inonder » (par. 59 (en italique dans l’original)).

[172] On peut soutenir qu’en tant que fiduciaire, le Canada avait l’obligation de tenter de négocier une cession avant de procéder à une expropriation, car la cession négociée concorde davantage avec la nature du manquement et aurait probablement été moins préjudiciable pour la LSFN. Toutefois, il ne s’ensuit pas nécessairement que la perte de l’opportunité de négocier une cession des terres à inonder équivaut à la perte de l’opportunité de négocier une cession de ces terres *pour la production d’hydroélectricité*. À mon avis, la qualification des juges majoritaires présuppose que le juge de première instance disposait du fondement factuel nécessaire pour tirer une telle conclusion. Il ressort clairement du dossier que ce n’était pas le cas.

[173] Pour que les appelants puissent recouvrer la valeur de l’opportunité perdue de négocier une cession pour les bénéfices découlant de la production d’hydroélectricité en particulier, ils auraient dû établir leur droit en présentant au procès des faits et des preuves spécifiques, notamment des preuves d’experts. Ils ne l’ont pas fait. Comme le signalent les juges majoritaires, les appelants ont modifié au cours de l’instance leur thèse relative à l’indemnisation. Au procès, la thèse des appelants et les témoignages des experts au sujet de l’évaluation étaient axés sur leur prétention à un partage des bénéfices. Ils n’ont pas présenté d’éléments de preuve concernant le paiement d’une indemnité unique pour les terres inondées à des fins hydroélectriques et ils ont choisi de se contenter de critiquer les expertises présentées par le Canada. C’est donc à raison que le juge de première instance a conclu que l’argument suivant lequel le Canada pouvait et aurait dû payer un prix supérieur à la juste valeur marchande des terres « se résum[ait] à des suppositions fantaisistes ». (par. 383).

[174] The value of the compensation that Canada should have negotiated for LSFN cannot be assessed in an evidentiary or factual vacuum. As I explain below, the trial judge determined the compensation for the flooded lands in 1929 based on a “meticulous examination of the facts” (*Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377, at pp. 413-14, quoting *National Westminster Bank plc v. Morgan*, [1985] 1 All E.R. 821 (H.L.), at p. 831). I find no palpable and overriding error.

B. *The Trial Judge’s Findings Are Not Tainted by Error*

[175] The trial judge’s findings regarding what would have actually happened in 1929 had Canada not breached its duty to the appellants are factual determinations, not legal ones. They were based entirely on the evidence before him, including a lengthy historical record and numerous expert reports. As I outline below, I am of the view that the trial judge made no palpable and overriding error in his compensation assessment, and therefore deference is owed to his determination that \$1.29 per acre in 1929 dollars was the proper compensation for the appellants’ flooded lands.

(1) Kananaskis Project Example

[176] The majority takes issue with the trial judge’s assessment and ultimate rejection of the evidence from the Kananaskis Project agreements. In the majority’s view, that evidence was relevant to the assessment of loss in this case, and the factor used by the trial judge to distinguish this example is not material.

[177] First, it is important to identify what evidence was actually proffered on this point. There was minimal discussion of this example in the record. The extent of our knowledge is from the expert report addendum and testimony of Gwynneth C. D. Jones and a brief response to Ms. Jones’ addendum

[174] La valeur de l’indemnité que le Canada aurait dû négocier pour la LSFN ne peut être établie sans preuve ou sans fondement factuel. Comme je l’explique plus loin, le juge de première instance a fixé l’indemnité à verser pour les terres inondées en 1929 en se fondant sur un [TRADUCTION] « examen méticuleux des faits » (*Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377, p. 413-414, citant *National Westminster Bank plc c. Morgan*, [1985] 1 All E.R. 821 (H.L.), p. 831). Je ne relève aucune erreur manifeste et déterminante.

B. *Les conclusions du juge de première instance ne sont entachées d’aucune erreur*

[175] Les conclusions du juge de première instance concernant ce qui se serait vraiment passé en 1929 si le Canada n’avait pas manqué à son obligation envers les appelants sont des conclusions de fait, et non des conclusions de droit. Elles reposent entièrement sur la preuve dont il disposait, notamment des données historiques exhaustives et de nombreux rapports d’experts. Comme je l’explique plus loin, je suis d’avis que le juge de première instance n’a pas commis d’erreur manifeste et déterminante dans son évaluation de l’indemnité, de sorte qu’il y a lieu de faire preuve de déférence à l’égard de sa conclusion portant que le montant de 1,29 \$ l’acre en dollars de 1929 était l’indemnité adéquate pour les terres inondées des appelants.

(1) L’exemple du projet Kananaskis

[176] Les juges majoritaires se dissocient du juge de première instance quant à l’appréciation et au rejet des éléments de preuve relatifs aux ententes issues du projet Kananaskis. Selon eux, ces éléments de preuve étaient pertinents pour évaluer les pertes subies en l’espèce et le facteur retenu par le juge de première instance pour écarter l’exemple du projet Kananaskis est sans importance.

[177] D’abord, il importe de préciser quels éléments de preuve ont effectivement été présentés sur ce point. L’analyse de cet exemple dans le dossier est très succincte. Les connaissances que nous en avons proviennent du témoignage et de l’addendum au rapport d’expertise de Gwynneth C. D. Jones et

in Dr. Betsey Baldwin's expert report. In her addendum, Ms. Jones discussed the process used to deal with the interests of the Stoney Indian Band in the course of the development of three hydroelectric power sites on the Bow River, including Kananaskis Falls. She outlined the specific instructions given by the Department of Indian Affairs to Calgary Power, the dam's proponent, to negotiate a resolution with the Stoney Indian Band that resulted in a payment for the flooded lands in excess of their value as agricultural lands. In response to Ms. Jones' addendum, Dr. Baldwin identified that Ms. Jones did not provide any comparison with the Lac Seul situation. Dr. Baldwin's response noted two overarching differences: the hydro developments were differently situated in relation to the reserves and water-power in Ontario and Alberta was differently administered (B. Baldwin, *A History of the Lac Seul Storage Project, Flooding on the Lac Seul Indian Reserve No. 28, and Related Compensation to the Lac Seul Band, 1873 to 1943*, April 30, 2014, at p. 202, reproduced in A.R. Supp., vol. CCXXXIX, at p. 305).

[178] In her testimony, Ms. Jones summarized the differences between what happened at Lac Seul and what happened at Kananaskis Falls as follows:

Well the most salient difference of course is the extent to which the Indian people were consulted. And not just consulted, but were asked to give formal consent to the arrangements, to give consent to the taking of their reserve lands for the power sites, but also for the land to be flooded by the power site. The difference in the valuations of the land comments that it should be valued in terms of its value to the Stoney and also in terms of its value to the power site. In other words, that its value was intimately tied up with the fact that it was going to be part of what was necessary to generate revenue and power from these sites.

Of course, the issue of heavy annual payments which would be made, as well as this upfront payment. In other

d'une brève réponse à cet addendum dans le rapport d'expertise de Betsey Baldwin. Dans ce document, M<sup>me</sup> Jones examine le modèle suivi pour tenir compte des intérêts de la bande indienne de Stoney au cours de l'aménagement de trois sites hydroélectriques sur la rivière Bow, dont celui des chutes Kananaskis. Elle mentionne les instructions spécifiques données par le ministère des Affaires indiennes à Calgary Power, le promoteur du barrage, afin que ce dernier négocie avec la bande indienne de Stoney un règlement donnant lieu à un versement, pour les terres inondées, d'une indemnité supérieure à leur valeur comme terres agricoles. En réponse à l'addendum de M<sup>me</sup> Jones, M<sup>me</sup> Baldwin a indiqué que celle-ci n'avait fait aucune comparaison avec la situation du lac Seul. La réponse de M<sup>me</sup> Baldwin soulignait deux différences globales : les projets de développement hydroélectriques n'étaient pas situés au même emplacement par rapport aux réserves et l'énergie hydroélectrique n'était pas gérée de la même façon en Ontario et en Alberta (B. Baldwin, *A History of the Lac Seul Storage Project, Flooding on the Lac Seul Indian Reserve No. 28, and Related Compensation to the Lac Seul Band, 1873 to 1943*, 30 avril 2014, p. 202, reproduit dans d.a. suppl., vol. CCXXXIX, p. 305).

[178] Dans son témoignage, M<sup>me</sup> Jones a résumé comme suit les différences entre ce qui s'est passé au lac Seul et ce qui s'est passé aux chutes Kananaskis :

[TRADUCTION] Eh bien, disons que la différence la plus importante concerne évidemment la mesure dans laquelle les Indiens ont été consultés. Et ils n'ont pas seulement été consultés, mais on leur a aussi demandé de donner leur consentement en bonne et due forme aux accords, et de consentir à l'appropriation de leurs terres de réserve pour les centrales hydroélectriques et à l'inondation de leurs terres pour les centrales en question. La différence dans les évaluations des terres indique qu'elles devraient être évaluées en fonction de leur valeur pour la bande de Stoney et aussi de leur valeur pour la centrale hydroélectrique. Autrement dit, la valeur des terres était intimement liée au fait qu'elles allaient faire partie de ce qui était nécessaire pour générer des revenus et produire de l'électricité à partir des centrales en question.

Bien entendu, il y avait aussi la question des paiements annuels élevés qui seraient effectués, en plus de ce

words, that the Stoney people were to be offered a toll or dues on the power that was generated by the private company as a result of their being — the private companies being able to flood Indian reserve land; that’s a salient difference. And of course, just the difference in relationship of the Department of Indian Affairs and even the Water Power Branch in these cases.

(A.R. Supp., vol. V, at pp. 69-70)

[179] Additionally, Ms. Jones noted that in the Kananaskis Project, there was an agreement between the Department of the Interior and Calgary Power that the “company will have the power to acquire and take [lands] for the purposes of its undertaking, essentially, powers the same as those conferred by the *Railway Act* on railway companies” (A.R. Supp., vol. V, at p. 93), even though no formal expropriation occurred.

[180] While noting that there may be a basis upon which to distinguish this evidence as it relates to the valuation of the loss, the majority finds that “[t]he trial judge should have considered the Kananaskis Falls Projects and other evidence available at trial as relevant proxies for what [the] premium was worth” (para. 143).

[181] With respect, the majority’s analysis of this evidence seems to stray from the settled standards of appellate review and instead focuses on how the trial judge ought to have undertaken an assessment of the evidence. That is not this Court’s role. We must not reconsider the evidence globally and reach our own conclusions; our role is to ensure that there is no error in principle or overriding and palpable error in the trial judge’s conclusions.

[182] I am in agreement with the majority of the Court of Appeal that the limited evidence proffered at trial concerning the Kananaskis Project does not substantiate a finding that the trial judge made a palpable and overriding error in refusing to grant

paiement initial. Autrement dit, la bande de Stoney allait se voir offrir des péages ou des droits sur l’électricité produite par la société privée en raison du fait que celle-ci était autorisée à inonder les terres de la réserve indienne : voilà une différence importante. Bien sûr, il y avait aussi une différence sur le plan de la relation avec le ministère des Affaires indiennes, voire avec la Direction générale des forces hydrauliques dans ces situations.

(d.a. suppl., vol. V, p. 69-70)

[179] Madame Jones a par ailleurs signalé que, dans le cas du projet Kananaskis, il y avait entre le ministère de l’Intérieur et Calgary Power une entente prévoyant que [TRADUCTION] « la compagnie pourra acquérir et s’approprier des [terres] pour réaliser son entreprise en vertu essentiellement des mêmes pouvoirs que ceux qui sont conférés aux compagnies ferroviaires aux termes de la *Loi sur les chemins de fer* » (d.a. suppl., vol. V, p. 93), même si aucune expropriation en bonne et due forme n’a eu lieu.

[180] Tout en reconnaissant la possibilité de mettre à l’écart ces éléments de preuve en ce qui a trait à l’évaluation de la perte, les juges majoritaires concluent que « [l]e juge de première instance aurait dû considérer les projets des chutes Kananaskis et les autres éléments de preuve présentés au procès comme des indicateurs pertinents relativement à la valeur de cette prime » (par. 143).

[181] Avec égards, l’analyse que font les juges majoritaires de ces éléments de preuve semble s’écarter des normes établies de contrôle en appel et insister plutôt sur la façon dont le juge de première instance aurait dû analyser la preuve. Ce n’est pas le rôle de notre Cour. Nous ne devons pas réexaminer la preuve dans son ensemble et tirer nos propres conclusions; notre rôle consiste à nous assurer que les conclusions du juge de première instance ne sont entachées d’aucune erreur de principe ni d’aucune erreur manifeste et déterminante.

[182] Je suis d’accord avec les juges majoritaires de la Cour d’appel pour dire que les éléments de preuve limités présentés au procès concernant le projet Kananaskis ne permettaient pas de conclure que le juge de première instance avait commis une

the appellants a sum in excess of the fair market value of \$1.29 per acre. The trial judge's determination regarding the comparability of the Kananaskis Project and the Lac Seul situation is a factual determination. Based on his review of the evidence and Ms. Jones' testimony, he found that the Kananaskis Project could be distinguished in at least one material respect: there was no ability to expropriate, and therefore "Calgary Power vis-à-vis the Stoney Indian Band [was] in an entirely different position than Canada was vis-à-vis LSFN Reserve" (para. 382).

[183] The record before us provides no evidence as to why Canada was not in a position to utilize its expropriation powers for the Kananaskis Project, and thus it is simply speculation to conclude that Canada's differing approach in that matter leads, *per se*, to the conclusion that it breached its duty towards the appellants in this case. It may be, as the majority of the Court of Appeal noted, "that the fact that the Kananaskis Project was located on the reserve led Indian Affairs to take the view that the Band's land had a fair market value much greater than its agricultural value, resulting in a payment of approximately \$93.85 per acre of reserve land" (para. 138). It may also be, as the majority in this Court identifies, that a fundamental difference between the two projects is that in the Kananaskis Project, the compensation included a one-time payment plus an annual water power rental payment.

[184] While my colleagues in the majority acknowledge that "[i]t is up to the trial judge to assess how the differences in the location of the dam, or the amount of land involved, or the nature of the impact on the First Nation, would impact the value of the land for flooding purposes" (para. 138), they insist that "[t]he trial judge should have considered the Kananaskis Falls Projects and other evidence available at trial as relevant proxies for what [the] premium was worth" (para. 143). The majority's reconsideration of evidence to reach its own conclusions is not a

erreur manifeste et déterminante en refusant d'accorder aux appelants une somme supérieure à la juste valeur marchande de 1,29 \$ l'acre. La conclusion tirée par le juge de première instance concernant la comparabilité du projet Kananaskis et de la situation du lac Seul était une conclusion de fait. À la lumière de son examen de la preuve et du témoignage de M<sup>me</sup> Jones, il a conclu que le projet Kananaskis différait au moins sous un aspect important : Calgary Power n'avait pas la capacité d'exproprier les terres de réserve et, par conséquent, elle « se trouvait dans une situation, à l'égard de la Première Nation de Stoney, tout à fait différente de celle du Canada envers la [LSFN] » (par. 382).

[183] Le dossier dont nous disposons ne permet pas de savoir pourquoi le Canada n'était pas en mesure d'exercer ses pouvoirs d'expropriation dans le cas du projet Kananaskis, et il serait donc spéculatif de soutenir que le comportement différent du Canada dans cette affaire mène, à lui seul, à la conclusion que celui-ci a manqué en l'espèce à son obligation envers les appelants. Il se peut, comme l'ont fait remarquer les juges majoritaires de la Cour d'appel, que « le fait que le projet Kananaskis ait été situé dans la réserve ait amené Affaires indiennes à adopter le point de vue que les terres de la Première Nation avaient une valeur marchande bien supérieure à leur valeur agricole, et à accorder un paiement d'environ 93,85 \$ par acre de terres de réserve » (par. 138). Il se peut également, comme le relèvent les juges majoritaires de notre Cour, qu'une différence essentielle entre les deux projets soit le fait que, dans le cas du projet Kananaskis, l'indemnité comprenait un versement unique et un loyer annuel pour la location d'énergie hydraulique.

[184] Bien que mes collègues de la majorité reconnaissent qu'« [i]l appartient au juge de première instance de déterminer en quoi les différences dans l'emplacement du barrage, la quantité de terres visées ou la nature des répercussions sur la première nation peuvent influencer sur la valeur des terres aux fins d'inondation » (par. 138), ils insistent pour dire que « [l]e juge de première instance aurait dû considérer les projets des chutes Kananaskis et les autres éléments de preuve présentés au procès comme des indicateurs pertinents relativement à la valeur de cette

basis for overturning the fact-finder's findings. While there may be a possibility of alternative findings based on differing ascriptions of weight, the trial judge's finding that the Kananaskis Project was not a relevant proxy was supported by the limited evidence before him. The trial judge therefore cannot be said to have made a palpable and overriding error in distinguishing the Kananaskis Project.

(2) Impact on the Community and LSFN's Perspective

[185] The majority further critiques the trial judge's reasoning by noting that he ought to have given "appropriate weight to the evidence regarding the impact on the community and . . . LSFN's perspective" (para. 140). These two points relate to profound losses not susceptible of mathematical calculation. I am of the view that the trial judge appropriately acknowledged and incorporated the impact on the community and LSFN's perspective in his non-calculable loss analysis. I see no error here either.

[186] It is important to note that the trial judge's valuation at \$1.29 per acre is not the total valuation of the lands. It is simply the value of the lands as agricultural lands, based on the accepted expert evidence. The trial judge subsequently valued other calculable and non-calculable losses in order to arrive at his final conclusion. The \$16.2 million he awarded as compensation for non-calculable losses was influenced by a number of factors:

1. The amount of the calculable losses;
2. That many of the non-quantifiable losses created in 1929 persisted over decades, and some are still continuing;

prime » (par. 143). Ce n'est pas parce que les juges majoritaires ont réexaminé la preuve pour tirer leurs propres conclusions qu'ils étaient pour autant justifiés d'infirmer celles du juge des faits. Bien qu'il soit possible que les conclusions à tirer de la preuve varient en fonction du poids attribué à l'un ou l'autre des éléments qui la constituent, il n'en demeure pas moins que la conclusion du juge de première instance suivant laquelle le projet Kananaskis n'était pas un indicateur pertinent trouvait appui dans la preuve limitée dont il disposait. On ne saurait donc dire que le juge de première instance a commis une erreur manifeste et déterminante en écartant le projet Kananaskis.

(2) Répercussions sur la communauté et point de vue de la LSFN

[185] Les juges majoritaires critiquent également le raisonnement du juge de première instance en faisant observer qu'il aurait dû accorder « l'importance qui convenait à la preuve concernant les répercussions sur la communauté et au point de vue de la LSFN » (par. 140). Ces deux éléments se rapportent à des pertes considérables qui ne se prêtent pas à un calcul mathématique. Je suis d'avis que le juge de première instance a bien pris acte des répercussions sur la communauté et du point de vue de la LSFN et en a dûment tenu compte dans son analyse des pertes non calculables. Je ne décèle aucune erreur à ce chapitre non plus.

[186] Il importe de signaler que l'évaluation de 1,29 \$ l'acre retenue par le juge de première instance ne représente pas la valeur totale des terres. Il s'agit simplement de la valeur des terres en tant que terres agricoles, selon les preuves d'experts retenues. Le juge de première instance a ensuite évalué d'autres pertes calculables et non calculables pour en arriver à sa conclusion finale. L'indemnité de 16,2 millions de dollars qu'il a accordée au titre des pertes non calculables a été déterminée en fonction d'un certain nombre de facteurs :

1. Le montant des pertes calculables.
2. Le fait que de nombreuses pertes non quantifiables survenues en 1929 ont persisté pendant des décennies et se poursuivent actuellement.

- |   |  |
|---|--|
| <p>3. The failure to remove the timber from the foreshore created an eyesore and impacted the natural beauty of the Reserve land;</p>   | <p>3. Le défaut d'abattre le [bois] sur les berges, ce qui a créé une intrusion visuelle et a porté atteinte à la beauté naturelle des terres de réserve.</p>  |
| <p>4. The failure to remove timber from the foreshore also created a very long-term water hazard effecting travel and fishing for members of the LSFN;</p>  | <p>4. Le défaut d'abattre le [bois] sur les berges a aussi créé, pour les membres de la [LSFN] un risque à très long terme pour la navigation et la pêche.</p>   |
| <p>5. The flooding negatively affected hunting and trapping requiring members to travel further to engage in these pursuits and the number of animals were reduced for some period as a result of the flooding;</p>   | <p>5. L'inondation a nui à la chasse et au piégeage, obligeant les membres à se déplacer sur de longues distances pour se livrer à ces activités, et a réduit le nombre d'animaux pendant un certain temps après l'inondation.</p>   |
| <p>6. Although Canada supplied the materials to build the replacement houses, the LSFN members supplied their own labour;</p>   | <p>6. Même si le Canada a fourni les matériaux pour construire les maisons de remplacement, les membres de la [LSFN] ont fourni la main-d'œuvre.</p>   |
| <p>7. The LSFN docks and other outbuildings were not replaced;</p>  | <p>7. Les quais et les autres dépendances de la [LSFN] n'ont pas été remplacés.</p>  |
| <p>8. LSFN hay land, gardens and rice fields were destroyed;</p>  | <p>8. Les prairies de fauche, les potagers et les champs de riz sauvage de la [LSFN] ont été détruits.</p>   |
| <p>9. The hunting and trapping grounds on the Reserve were negatively impacted;</p>   | <p>9. Les terrains de chasse et de piégeage dans la réserve ont été touchés.</p>   |
| <p>10. Two LSFN communities were separated by water and one became an island, impacting the ease of movement of the people who lived there;</p>   | <p>10. Deux collectivités de la [LSFN] ont été séparées par les eaux, et les terres de l'une d'elles ont été transformées en île, ce qui a nui à la facilité des déplacements des résidents de l'île.</p>  |
| <p>11. Canada failed to keep the LSFN informed and never consulted with the band on any of the flood related matters that affected it, creating uncertainty and, doubtless, some anxiety for the band; and</p>  | <p>11. Le Canada a omis d'informer et de consulter la [LSFN] au sujet des questions relatives à l'inondation qui la touchaient directement, créant de l'incertitude et, sans doute, une certaine anxiété pour la Première Nation.</p>  |
| <p>12. Canada failed to act in a prompt and effective manner to deal with compensation with the LSFN prior to the flooding and did not do so for many years after the flooding, despite being aware of the negative impact on the band members. [para. 512]</p> | <p>12. Le Canada n'a pas agi de manière prompte et efficace pour discuter de l'indemnisation avec la [LSFN] avant l'inondation et ne l'a pas fait pendant de nombreuses années après l'inondation, malgré le fait qu'il ait été au courant des conséquences négatives pour les membres de la Première Nation. [par. 512]</p> |

It is the total equitable compensation, not simply the \$1.29 per acre figure, which ensures that the appellants are compensated for the value of the lands given the nature of their interest and the impact on LSFN.

C'est l'indemnité en equity totale, et non seulement le chiffre de 1,29 \$ l'acre, qui garantit que les appelants sont indemnisés de la valeur des terres compte tenu de la nature de leur intérêt et des répercussions sur la LSFN.



[187] When the compensation analysis is viewed in this way, it is clear that the trial judge's inclusion of a robust non-calculable loss analysis allowed him to meaningfully consider the impact of the flooding on LSFN, such as the negative impact on hunting and trapping, hayland, gardens, and rice fields, including off-reserve losses.

### C. *Concluding Remarks*

[188] As outlined above, I have found that the trial judge's equitable compensation analysis does not contain any reviewable errors and that neither of the points raised by the majority provides any basis for interfering with his judgment. Nonetheless, some concluding remarks are in order.

[189] While I agree with the majority that the appellants' strategic decision to change their theory of compensation during this litigation is not a bar to addressing the merits of this appeal, a reconsideration of the merits must take place within the appropriate scope of appellate review and must take into account the evidence — or lack thereof — adduced at trial. In this case, the appellants' position, and hence their strategy at trial, was that compensation for their flooded lands ought to have included the value of a revenue-sharing agreement. The evidence introduced at trial was to this effect. The appellants were seemingly content with attacking Canada's expert valuation of their lands and did not introduce any expert evidence regarding the fair market value of the lands or any premium that ought to have been paid in relation to the use of the lands for hydroelectric purposes.

[190] Despite the appellants' focus on their revenue-sharing claims and the fact that their "loss of use" valuation expert was found not to be credible, the trial judge nevertheless undertook a thorough review of all of the evidence adduced by the parties, rejected Canada's submission that the value

[187] Lorsqu'on aborde sous cet angle l'analyse relative à l'indemnisation, on constate à l'évidence que le fait que le juge de première instance a effectué une solide analyse des pertes non calculables lui a permis de tenir véritablement compte des répercussions de l'inondation sur la LSFN, comme les conséquences négatives sur la chasse et le trappage, ainsi que sur les prairies de fauche, les potagers et les champs de riz sauvage, y compris des pertes subies hors de la réserve.

### C. *Observations finales*

[188] Comme je l'ai déjà indiqué, j'ai conclu que l'analyse de l'indemnisation en equity effectuée par le juge de première instance ne contient aucune erreur révisable et qu'aucun des points soulevés par les juges majoritaires ne permet de modifier son jugement. Quoi qu'il en soit, quelques remarques finales s'imposent.

[189] Je suis d'accord avec les juges majoritaires pour dire que le choix stratégique des appelants de changer leur thèse au sujet de l'indemnisation au cours de la présente instance ne fait pas obstacle à l'examen du fond du présent pourvoi. Cependant, tout réexamen au fond doit être circonscrit par la portée d'un contrôle en appel et tenir compte de la preuve — ou de l'absence de preuve — présentée au procès. Dans le cas qui nous occupe, la thèse des appelants, et donc la stratégie qu'ils ont adoptée au procès, consistait à dire que l'indemnisation de leurs terres inondées devait comprendre la valeur d'une entente de partage des bénéfices. La preuve présentée au procès allait dans ce sens. Il semble que les appelants se soient contentés d'attaquer l'évaluation de leurs terres faite par les experts du Canada, et ils n'ont pas fait témoigner d'experts au sujet de la juste valeur marchande des terres ou de toute prime qui aurait dû être payée pour l'utilisation des terres à des fins hydroélectriques.

[190] Malgré l'accent que les appelants ont mis sur leur prétention à un partage des bénéfices et malgré le fait que l'expert qu'ils ont appelé à témoigner au sujet de l'évaluation de la « perte d'usage » n'a pas été jugé crédible, le juge de première instance a néanmoins procédé à un examen approfondi de

of the lands should be \$1.00 per acre, found that \$1.29 per acre was the proper compensation for the flooded reserve lands, and subsequently awarded over \$16 million in additional compensation for the non-calculable losses suffered by LSFN.

[191] I find that the majority's reasons seek to impose a greater obligation on a trial judge than the law demands. The trial judge had a daunting task. This trial lasted 56 days, and all but 2 of the 24 witnesses called were expert witnesses. He had to resolve a myriad of difficult factual questions by examining a voluminous factual record consisting of 8,347 documents entered as exhibits and thousands of pages of expert reports. The majority returns the award of equitable compensation for reassessment based on an alternative valuation methodology that is currently unsupported by the trial record. It is wrong to fault the trial judge for accepting the sole evidence proffered on the value of the flooded lands without pointing to any palpable and overriding error in his analysis. I could not say it better than Justice Wilson in *Guerin*: the trial judge “did the best he could”.

[192] The appellants must bear the consequences of their tactical choice to advance a predominant theory of the case based on revenue-sharing claims. In retrospect, it may have been a more appropriate trial strategy for the appellants to present, alongside their revenue-sharing claims, fulsome expert evidence on the value of the flooded reserve lands in the event that compensation was awarded as a one-time payment, including a premium based on the usefulness of the lands for hydroelectric purposes. The appellants are responsible for the ramifications of their trial strategy, even though they have changed tack on appeal.

tous les éléments de preuve présentés par les parties, rejeté l'argument du Canada suivant lequel les terres devaient être évaluées à 1 \$ l'acre, conclu que le montant de 1,29 \$ l'acre correspondait à l'indemnité adéquate à verser pour les terres inondées et accordé ensuite plus de 16 millions de dollars à titre d'indemnité supplémentaire pour les pertes non calculables subies par la LSFN.

[191] J'estime que les motifs des juges majoritaires imposent au juge de première instance une obligation plus lourde que celle qui est prévue en droit. Le juge de première instance avait une tâche exigeante. Ce procès a duré 56 jours et des 24 témoins cités, tous sauf 2 étaient des témoins experts. Il lui a fallu trancher une multitude de questions de fait en examinant un dossier factuel volumineux composé de 8 347 documents produits comme pièces et des milliers de pages de rapports d'experts. Les juges majoritaires concluent que l'indemnité en equity doit faire l'objet d'une nouvelle évaluation en fonction d'une autre méthode qui n'est pour le moment pas appuyée par le dossier de l'instance. On aurait tort de reprocher au juge de première instance d'avoir accepté la seule preuve présentée au sujet de la valeur des terres inondées si l'on ne peut déceler la moindre erreur manifeste et déterminante dans son analyse. Je ne saurais mieux dire que la juge Wilson dans l'arrêt *Guerin* : le juge de première instance a « “agi de son mieux” ».

[192] Les appelants doivent assumer les conséquences de leur décision stratégique de faire valoir au procès une théorie de la cause reposant de façon prédominante sur leur prétention à un partage des bénéfices. Si l'on analyse la situation rétrospectivement, force est de constater que les appelants auraient été mieux avisés d'adopter au procès une stratégie consistant à présenter, en plus de leurs prétentions à un partage des bénéfices, une preuve d'expert complète sur la valeur des terres de réserve inondées dans le cas où l'indemnité consistait en un versement unique, comprenant une prime fondée sur l'utilité des terres à des fins hydroélectriques. Les appelants sont responsables des conséquences de la stratégie qu'ils ont adoptée au procès, même s'ils ont changé leur fusil d'épaule en appel.

[193] Returning the award of equitable compensation for reassessment, which will inevitably require additional discovery and historical and valuation expert evidence, would permit the appellants to repair the deficiencies in their case and forward their new theory of the case *de novo*. Absent any reviewable error, and I have found none, this is not the proper role of appellate intervention.

#### IV. Conclusion

[194] The trial judge reviewed, analyzed, and weighed the evidence before him. Based on the record, he was entitled to find that the argument that Canada could, and should, have paid more than fair market value for the reserve lands was “nothing more than optimistic speculation”. As the trial judge did not commit any errors in principle, his compensation assessment “is entitled to considerable deference on appeal” (*Whitefish*, at para. 28). I would accord the trial judge this considerable deference and would not disturb his findings and conclusions. I would therefore dismiss the appeal with costs throughout.

*Appeal allowed with costs throughout, CÔTÉ J. dissenting.*

*Solicitors for the appellants: Mandell Pinder, Vancouver.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of Canada, Ottawa.*

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

*Solicitors for the intervener the Assembly of Manitoba Chiefs: Fox Fraser, Calgary.*

*Solicitors for the intervener the Tseshah First Nation: DGW Law Corporation, Victoria.*

[193] Ordonner que l’indemnité en equity fasse l’objet d’une nouvelle évaluation, qui nécessitera inévitablement d’autres communications préalables et des preuves d’expert en matière d’histoire et d’évaluation, permettrait aux appelants de corriger les failles de leur argumentaire et d’avancer une toute nouvelle théorie de la cause. À défaut d’erreur révisable, et je n’en ai trouvé aucune, il ne s’agit pas là de l’objectif d’une intervention en appel.

#### IV. Conclusion

[194] Le juge de première instance a examiné, analysé et soupesé la preuve qui lui avait été soumise. En se fondant sur le dossier, il était en droit de conclure que l’argument suivant lequel le Canada pouvait et aurait dû payer un prix supérieur à la juste valeur marchande des terres de réserve « se résum[ait] à des suppositions fantaisistes ». Comme le juge de première instance n’a pas commis d’erreur de principe, son évaluation de l’indemnité à verser « commande une grande déférence en appel » (*Whitefish*, par. 28). Je ferais montre d’une telle déférence à l’endroit du juge de première instance et je me garderais de modifier ses constats et ses conclusions. Je rejetterais donc le pourvoi avec dépens devant toutes les cours.

*Pourvoi accueilli avec dépens devant toutes les cours, la juge CÔTÉ est dissidente.*

*Procureurs des appelants : Mandell Pinder, Vancouver.*

*Procureur de l’intimée : Procureur général du Canada, Ottawa.*

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

*Procureurs de l’intervenante Assembly of Manitoba Chiefs : Fox Fraser, Calgary.*

*Procureurs de l’intervenante Tseshah First Nation : DGW Law Corporation, Victoria.*

*Solicitors for the intervener Manitoba Keewatinowi Okimakanak Inc.: Olthuis, Kleer, Townshend, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Treaty Land Entitlement Committee of Manitoba Inc.: Duboff Edwards Haight & Schachter Law Corporation, Winnipeg.*

*Solicitors for the intervener the Anishinabek Nation: Westaway Law Group, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the Wauzhushk Onigum Nation: David Garth Leitch Professional Corporation, Toronto.*

*Solicitor for the interveners the Big Grassy First Nation, the Onigaming First Nation, the Naoatkamegwanning First Nation and the Niisaachewan First Nation: Donald R. Colborne, Victoria.*

*Solicitors for the interveners the Coalition of the Union of British Columbia Indian Chiefs, the Penticton Indian Band and the Williams Lake First Nation: Mandell Pinder, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Federation of Sovereign Indigenous Nations: Maurice Law, Calgary.*

*Solicitors for the intervener the Atikameksheng Anishnawbek First Nation: Maurice Law, Calgary.*

*Solicitors for the intervener the Kwantlen First Nation: JFK Law Corporation, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener the Assembly of First Nations: Assembly of First Nations, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the Assembly of First Nations Quebec-Labrador: Cain Lamarre, Roberval, Que.*

*Solicitors for the intervener the Grand Council Treaty #3: First Peoples Law Corporation, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante Manitoba Keewatinowi Okimakanak Inc. : Olthuis, Kleer, Townshend, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Treaty Land Entitlement Committee of Manitoba Inc. : Duboff Edwards Haight & Schachter Law Corporation, Winnipeg.*

*Procureurs de l'intervenante la Nation Anishinabek : Westaway Law Group, Ottawa.*

*Procureur de l'intervenante Wauzhushk Onigum Nation : David Garth Leitch Professional Corporation, Toronto.*

*Procureur des intervenantes Big Grassy First Nation, Onigaming First Nation, Naoatkamegwanning First Nation et Niisaachewan First Nation : Donald R. Colborne, Victoria.*

*Procureurs des intervenantes Coalition of the Union of British Columbia Indian Chiefs, Penticton Indian Band et Williams Lake First Nation : Mandell Pinder, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante la Fédération des nations autochtones souveraines : Maurice Law, Calgary.*

*Procureurs de l'intervenante la Première Nation Atikameksheng Anishnawbek : Maurice Law, Calgary.*

*Procureurs de l'intervenante Kwantlen First Nation : JFK Law Corporation, Vancouver.*

*Procureur de l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations : Assemblée des Premières Nations, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations Québec-Labrador : Cain Lamarre, Roberval (Qc).*

*Procureurs de l'intervenant Grand Council Treaty #3 : First Peoples Law Corporation, Vancouver.*

*Solicitor for the intervener the Mohawk Council of Kahnawà:ke: Mohawk Council of Kahnawà:ke Legal Services, Mohawk Territory of Kahnawà:ke, Que.*

*Solicitors for the intervener the Elsipogtog First Nation: Semaganis Worme Lombard, Saskatoon.*

*Solicitors for the intervener the Chemawawin Cree Nation: Arvay Finlay, Victoria.*

*Solicitors for the intervener the West Moberly First Nations: Camp Fiorante Matthews Mogerma, Vancouver.*

*Procureur de l'intervenant Mohawk Council of Kahnawà:ke : Mohawk Council of Kahnawà:ke Legal Services, Mohawk Territory of Kahnawà:ke (Qc).*

*Procureurs de l'intervenant la Première Nation d'Elsipogtog : Semaganis Worme Lombard, Saskatoon.*

*Procureurs de l'intervenante Chemawawin Cree Nation : Arvay Finlay, Victoria.*

*Procureurs de l'intervenante West Moberly First Nations : Camp Fiorante Matthews Mogerma, Vancouver.*

**City of Corner Brook** *Appellant*

v.

**Mary Bailey** *Respondent*

**INDEXED AS: CORNER BROOK (CITY) v. BAILEY**

**2021 SCC 29**

File No.: 39122.

2021: March 23; 2021: July 23.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
NEWFOUNDLAND AND LABRADOR

*Contracts — Interpretation — Releases — Scope of release — City employee struck by car — Driver suing city — Driver and city entering into release agreement to settle action — Driver subsequently bringing third party claim against city in separate action by employee against her — City applying for summary trial on basis that third party claim barred by release agreement — Application judge staying claim — Court of Appeal reinstating claim — Whether special interpretive rule applies to releases — Whether application judge made reviewable error in interpretation of release.*

While driving her husband’s car, B struck a City employee who was performing road work. The employee sued B for injuries he sustained in the accident. In a separate action, B and her husband sued the City for property damage to the car and physical injury suffered by B. B and her husband settled with the City, and released the City from liability relating to the accident and discontinued their action. Years later, B brought a third party claim against the City for contribution or indemnity in the action brought against her by the employee. The City brought a summary trial application, on the basis that the release barred the third party claim. B’s position was that it did

**Ville de Corner Brook** *Appelante*

c.

**Mary Bailey** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : CORNER BROOK (VILLE) c.  
BAILEY**

**2021 CSC 29**

N° du greffe : 39122.

2021 : 23 mars; 2021 : 23 juillet.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE TERRE-  
NEUVE-ET-LABRADOR

*Contrats — Interprétation — Décharges de responsabilité — Portée d’une décharge de responsabilité — Employé de la ville heurté par un véhicule — Poursuites intentées contre la ville par la conductrice du véhicule — Accord de décharge de responsabilité conclu par la conductrice et la ville pour régler l’action à l’amiable — Demande de mise en cause présentée subséquemment contre la ville par la conductrice dans une action distincte intentée contre elle par l’employé — Requête en procès sommaire présentée par la ville pour cause d’irrecevabilité de la demande de mise en cause en raison de l’accord de décharge de responsabilité — Suspension de la demande de mise en cause ordonnée par le juge de la requête — Rétablissement de la demande par la Cour d’appel — Existe-t-il une règle spéciale d’interprétation applicable aux décharges de responsabilité? — Le juge de la requête a-t-il commis une erreur révisable dans son interprétation de la décharge de responsabilité?*

Alors qu’elle conduisait le véhicule de son époux, B a heurté un employé de la Ville qui effectuait des travaux de voirie. L’employé a intenté une action contre B en vue d’obtenir réparation pour les blessures qu’il a subies lors de l’accident. Dans une action distincte, B et son époux ont poursuivi la Ville en justice en vue d’être indemnisés des dommages matériels causés au véhicule et des préjudices physiques subis par B. B et son époux ont réglé à l’amiable avec la Ville, et ils ont déchargé cette dernière de sa responsabilité à l’égard de l’accident et se sont désistés de leur action. Des années plus tard, dans le cadre de l’action intentée contre elle par l’employé, B a introduit contre la

not, because the third party claim was not specifically contemplated by the parties when they signed the release. The application judge concluded that the release barred B's third party claim against the City and stayed the claim. The Court of Appeal unanimously allowed the appeal and reinstated the third party notice.

*Held:* The appeal should be allowed and the order of the application judge reinstated.

There is no special rule of contractual interpretation that applies only to releases. A release is a contract, and the general principles of contractual interpretation apply. The rule set out in *London and South Western Railway v. Blackmore* (1870), L.R. 4 H.L. 610 (“the Blackmore Rule”), which stated that the general words in a release are limited always to that thing or those things which were specially in the contemplation of the parties at the time the release was given, has been overtaken by the general principles of contract law set out in *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633. Courts are directed to read the contract as a whole, giving the words used their ordinary and grammatical meaning consistent with the surrounding circumstances known to the parties at the time of formation of the contract.

The Blackmore Rule and the jurisprudence pursuant to it should no longer be referred to, as the function that it had served has been subsumed entirely by the approach set out in *Sattva*. Historically, the Blackmore Rule allowed courts to consider factual context when that was not the general rule, but this has been overtaken by a general rule that factual context is considered in interpreting contracts. Further, the Blackmore Rule has been interpreted narrowly. First, the Blackmore Rule does not allow courts to consider the subjective intentions of the parties. This is consistent with the current approach to contractual interpretation in *Sattva* which clarified that the relevant surrounding circumstances consist only of objective evidence of the background facts at the time of the execution of the contract, that is, knowledge that was or reasonably ought to have been within the knowledge of both parties at the time of contracting. Second, the Blackmore Rule does not preclude parties from releasing unknown claims. A release

Ville une demande de mise en cause pour contribution ou indemnité. La Ville a présenté une requête en procès sommaire, au motif que la décharge de responsabilité rendait irrecevable la demande de mise en cause. B prétendait que non, étant donné que la procédure de mise en cause n'avait pas été expressément envisagée par les parties lorsqu'ils ont signé la décharge de responsabilité. Le juge de la requête a conclu que la décharge de responsabilité rendait irrecevable la demande de B sollicitant la mise en cause de la Ville, et il a ordonné la suspension de cette demande. La Cour d'appel a accueilli l'appel à l'unanimité et a rétabli l'avis de mise en cause.

*Arrêt :* L'appel est accueilli et l'ordonnance du juge de la requête est rétablie.

Il n'existe aucune règle spéciale d'interprétation des contrats qui s'applique uniquement aux décharges de responsabilité. Une décharge de responsabilité est un contrat, et les principes généraux d'interprétation des contrats s'appliquent. La règle formulée dans l'arrêt *London and South Western Railway c. Blackmore* (1870), L.R. 4 H.L. 610 (« la règle de l'arrêt Blackmore »), qui précisait que les termes généraux utilisés dans une décharge sont toujours limités à la chose ou aux choses qu'envisageaient de façon précise les parties au moment où la décharge a été accordée, a été supplantée par les principes généraux du droit des contrats énoncés dans *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633. Les tribunaux sont invités à interpréter le contrat dans son ensemble, en donnant aux mots y figurant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec les circonstances dont les parties avaient connaissance au moment de la conclusion du contrat.

La règle de l'arrêt Blackmore et la jurisprudence en découlant ne devraient plus désormais être invoquées, car le rôle qu'elles jouaient est maintenant partie intégrante de l'approche énoncée dans l'arrêt *Sattva*. Auparavant, la règle de l'arrêt Blackmore permettait aux tribunaux de considérer le contexte factuel, à une époque où le faire n'était pas la règle générale, mais cette approche a été supplantée par une approche où la prise en compte du contexte factuel dans l'interprétation des contrats est devenue la règle générale. De plus, la règle de l'arrêt Blackmore a été interprétée de façon restrictive. Premièrement, la règle de l'arrêt Blackmore n'autorise pas la prise en compte de l'intention subjective des parties. Cela est compatible avec la méthode actuelle d'interprétation des contrats dans l'affaire *Sattva*, qui a précisé en quoi consistent des circonstances pertinentes, affirmant qu'il doit s'agir d'une preuve objective du contexte factuel au moment de la signature du contrat, c'est-à-dire, les renseignements qui

can cover an unknown claim with sufficient language, and does not necessarily need to particularize with precision the exact claims that fall within its scope. Accordingly, the Blackmore Rule no longer adds to or deviates from the general principles of interpretation that apply to all contracts.

Any judicial tendency to interpret releases narrowly is not a function of any special rule, but rather a function of releases themselves. Releases may tend to lead to dissonance between the words of the agreement on their face and what the parties seem to have objectively intended based on the surrounding circumstances, with greater regularity than other types of contracts. In resolving this tension, courts can be persuaded to interpret releases narrowly more so than other types of contracts, not because there is any special rule of interpretation that applies to releases, but simply because the broad wording of releases can conflict with the circumstances, especially for claims not in contemplation at the time of the release. The broader the wording of the release, the more likely this is to be so. The drafter of a release might consider wording that makes clear whether the release will cover unknown claims and whether the claims must be related to a particular area or subject matter. Also, releases that are narrowed to a particular timeframe or subject matter are less likely to give rise to tension between the words and what the surrounding circumstances indicate the parties objectively intended. Distinctions can be drawn between claims based on facts known to both parties and claims based on facts that were not known to both parties. Such distinctions may be relevant when interpreting a release and assessing whether the claim at issue is the kind of claim the parties mutually intended to release. The ultimate question is whether the claim is of the type of claim to which the release is directed. This will depend on the wording and surrounding circumstances of the release in each case.

appartenaient ou auraient raisonnablement dû appartenir aux connaissances des deux parties au moment de conclure le contrat. Deuxièmement, la règle de l'arrêt Blackmore n'empêche pas les parties de renoncer à faire valoir des réclamations inconnues. Une décharge de responsabilité peut, moyennant l'emploi d'un langage suffisant à cette fin, viser une réclamation inconnue, et il n'est pas nécessaire qu'elle particularise avec précision les réclamations qui relèvent de son champ d'application. Par conséquent, la règle de l'arrêt Blackmore n'apporte désormais plus rien aux principes généraux d'interprétation applicables à tous les contrats, et elle n'y déroge pas non plus.

Toute tendance judiciaire à interpréter étroitement les décharges de responsabilité est fonction non pas de quelque règle spéciale, mais plutôt des décharges elles-mêmes. Les décharges de responsabilité tendent peut-être à créer, plus régulièrement que d'autres types de contrats, une dissonance entre les mots mêmes de l'accord et ce qui semble avoir été l'intention objective des parties eu égard aux circonstances. Il est possible que les tribunaux appelés à résoudre une telle tension se laissent convaincre d'interpréter étroitement les décharges de responsabilité, davantage que d'autres types de contrats, non pas parce qu'il existe quelque règle spéciale d'interprétation applicable aux décharges de responsabilité, mais simplement parce que le large libellé des décharges peut entrer en conflit avec les circonstances, particulièrement pour ce qui est des réclamations qui n'ont pas été envisagées au moment de la signature de la décharge. Plus le libellé de la décharge est général, plus il y a de risque que cela se produise. Le rédacteur d'une décharge de responsabilité pourrait envisager un libellé indiquant clairement si la décharge englobera les réclamations inconnues et si les réclamations doivent se rapporter à un objet ou domaine particulier. En outre, les décharges de responsabilité dont la portée est limitée par la mention d'une période ou d'un objet particuliers sont moins susceptibles d'être source de tensions entre les mots employés et l'intention objective des parties que révèlent les circonstances. Il est possible d'établir des distinctions entre les réclamations fondées sur des faits connus des deux parties et celles fondées sur des faits qui n'étaient pas connus des deux parties. De telles distinctions peuvent s'avérer utiles lorsqu'un tribunal est appelé à interpréter une décharge de responsabilité et à déterminer si la réclamation en litige fait partie du type de réclamations que les parties entendaient réciproquement écarter par la décharge. La question ultime est celle de savoir si la réclamation est du type de celles que vise la décharge de responsabilité. La réponse à cette question dépend dans chaque cas du libellé et des circonstances de la décharge.



With respect to the standard of review, *Sattva* explained that contractual interpretation is a fact specific exercise, and should be treated as a mixed question of fact and law for the purpose of appellate review, unless there is an “extricable question of law”. Extricable questions of law in the context of contractual interpretation include the application of an incorrect principle, the failure to consider a required element of a legal test, or the failure to consider a relevant factor. The circumstances in which a question of law can be extracted will be uncommon. Whether something was or should have been within the common knowledge of the parties at the time the contract was entered into is a question of fact.

In the instant case, the application judge made no extricable errors of law warranting appellate intervention. There is no reviewable error in the application judge’s conclusion that the release includes B’s third party claim and his order should be reinstated. The claim comes within the plain meaning of the words of the release, the surrounding circumstances confirm that the parties had objective knowledge of all the facts underlying B’s third party claim when they executed the release, and the parties limited the scope of the release to claims arising out of a particular event. Whether one approaches the matter on the basis of the Blackmore Rule or not, the result is the same, and the application judge’s reliance on the Blackmore Rule is of no moment.

### Cases Cited

**Applied:** *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633; **considered:** *London and South Western Railway Co. v. Blackmore* (1870), L.R. 4 H.L. 610; *Bank of Credit and Commerce International S.A. v. Ali*, [2001] UKHL 8, [2002] 1 A.C. 251; *Biancaniello v. DMCT LLP*, 2017 ONCA 386, 138 O.R. (3d) 210; *Bank of British Columbia Pension Plan, Re*, 2000 BCCA 291, 137 B.C.A.C. 37; **referred to:** *Ledcor Construction Ltd. v. Northbridge Indemnity Insurance Co.*, 2016 SCC 37, [2016] 2 S.C.R. 23; *Grant v. John Grant & Sons Pty. Ltd.* (1954), 91 C.L.R. 112; *Lyall v. Edwards* (1861), 6 H. & N. 337, 158 E.R. 139; *White v. Central Trust Co.* (1984), 54 N.B.R. (2d) 293; *Hill v. Nova Scotia (Attorney General)*, [1997] 1 S.C.R. 69; *Strata Plan BCS 327, Owners v. IPEX Inc.*, 2014 BCCA 237, 358 B.C.A.C. 124; *Privest Properties Ltd. v. Foundation Co. of Canada* (1997), 36 B.C.L.R. (3d) 155; *King v.*

Relativement à la norme de contrôle, il a été expliqué dans l’arrêt *Sattva* que l’interprétation des contrats est une opération tribulaire des faits propres à chaque espèce, et qu’elle doit être considérée comme une question mixte de fait et de droit aux fins de contrôle en appel, sauf s’il existe une « question de droit isolable ». Les exemples suivants constituent des questions de droit isolables dans le contexte de l’interprétation des contrats : appliquer le mauvais principe ou négliger un élément essentiel d’un critère juridique ou un facteur pertinent. Les circonstances dans lesquelles une question de droit peut être isolable seront des circonstances peu communes. La question de savoir si une chose relevait ou aurait dû relever du champ d’application des connaissances communes des parties au moment de la signature du contrat est une question de fait.

En l’espèce, le juge de la requête n’a commis aucune erreur de droit isolable justifiant une intervention en appel. La conclusion du juge de la requête selon laquelle la décharge de responsabilité englobe la demande de mise en cause présentée par B n’est entachée d’aucune erreur révisable et son ordonnance doit être rétablie. Cette demande est visée par le sens ordinaire des mots utilisés dans la décharge de responsabilité, les circonstances confirment que les parties avaient une connaissance objective de tous les faits sous-jacents à la demande de mise en cause présentée par B lorsqu’elles ont signé la décharge, et les parties ont limité la portée de la décharge aux réclamations découlant d’un événement particulier. Qu’on aborde ou non la question suivant la règle de l’arrêt Blackmore, le résultat est le même, et le fait que le juge de la requête se soit fondé sur cette règle n’a aucune importance.

### Jurisprudence

**Arrêt appliqué :** *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633; **arrêts examinés :** *London and South Western Railway Co. c. Blackmore* (1870), L.R. 4 H.L. 610; *Bank of Credit and Commerce International S.A. c. Ali*, [2001] UKHL 8, [2002] 1 A.C. 251; *Biancaniello c. DMCT LLP*, 2017 ONCA 386, 138 O.R. (3d) 210; *Bank of British Columbia Pension Plan, Re*, 2000 BCCA 291, 137 B.C.A.C. 37; **arrêts mentionnés :** *Ledcor Construction Ltd. c. Société d’assurance d’indemnisation Northbridge*, 2016 CSC 37, [2016] 2 R.C.S. 23; *Grant c. John Grant & Sons Pty. Ltd.* (1954), 91 C.L.R. 112; *Lyall c. Edwards* (1861), 6 H. & N. 337, 158 E.R. 139; *White c. Central Trust Co.* (1984), 54 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 293; *Hill c. Nouvelle-Écosse (Procureur général)*, [1997] 1 R.C.S. 69; *Strata Plan BCS 327, Owners c. IPEX Inc.*, 2014 BCCA 237, 358 B.C.A.C. 124; *Privest Properties Ltd. c. Foundation Co. of Canada* (1997), 36 B.C.L.R.

*Operating Engineers Training Institute of Manitoba Inc.*, 2011 MBCA 80, 270 Man. R. (2d) 63; *Owners, Strata Plan LMS 3905 v. Crystal Square Parking Corp.*, 2020 SCC 29, [2020] 3 S.C.R. 247; *Resolute FP Canada Inc. v. Ontario (Attorney General)*, 2019 SCC 60, [2019] 4 S.C.R. 394; *Chartbrook Ltd. v. Persimmon Homes Ltd.*, [2009] UKHL 38, [2009] 1 A.C. 1101.

### Statutes and Regulations Cited

*Rules of the Supreme Court, 1986*, S.N.L. 1986, c. 42, Sch. D, r. 17A.

### Authors Cited

Cass, Fred D. *The Law of Releases in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2006.

*Chitty on Contracts*, vol. I, *General Principles*, 33rd ed., by H. G. Beale et al. London: Sweet & Maxwell, 2018.

Hall, Geoff R. *Canadian Contractual Interpretation Law*, 4th ed. Toronto: LexisNexis, 2020.

Lewison, Kim. *The Interpretation of Contracts*, 7th ed. London: Sweet and Maxwell, 2020.

McCamus, John D. *The Law of Contracts*, 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2020.

*Pollock's Principles of Contract*, 13th ed. by Percy H. Winfield. London: Stevens & Sons, 1950.

Swan, Angela, Jakub Adamski, and Annie Y. Na. *Canadian Contract Law*, 4th ed. Toronto: LexisNexis, 2018.

Whayman, Derek. "The modern rule of releases" (2021), *L.S.* 1 (online: <https://www.cambridge.org/core/journals/legal-studies/article/modern-rule-of-releases/66ABE6D1C013343E28A248356C12CCF2>; archived version: [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC29\\_1\\_eng.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC29_1_eng.pdf)).

APPEAL from a judgment of the Newfoundland and Labrador Court of Appeal (Green, O'Brien and Butler JJ.A.), 2020 NLCA 3, 443 D.L.R. (4th) 633, 48 C.P.C. (8th) 215, 58 M.V.R. (7th) 186, [2020] N.J. No. 23 (QL), 2020 CarswellNfld 23 (WL Can.), setting aside a decision of Murphy J., 2018 NLSC 177, 37 C.P.C. (8th) 40, [2018] N.J. No. 266 (QL), 2018 CarswellNfld 328 (WL Can.). Appeal allowed.

*Erin E. Best and Giles W. Ayers*, for the appellant.

*J. Alexander Templeton*, for the respondent.

(3d) 155; *King c. Operating Engineers Training Institute of Manitoba Inc.*, 2011 MBCA 80, 270 Man. R. (2d) 63; *Owners, Strata Plan LMS 3905 c. Crystal Square Parking Corp.*, 2020 CSC SCC 29, [2020] 3 R.C.S. 247; *Produits forestiers Résolu c. Ontario (Procureur général)*, 2019 CSC 60, [2019] 4 R.C.S. 394; *Chartbrook Ltd. c. Persimmon Homes Ltd.*, [2009] UKHL 38, [2009] 1 A.C. 1101.

### Lois et règlements cités

*Rules of the Supreme Court, 1986*, S.N.L. 1986, c. 42, Sch. D, règle 17A.

### Doctrine et autres documents cités

Cass, Fred D. *The Law of Releases in Canada*, Aurora (Ont.), Canada Law Book, 2006.

*Chitty on Contracts*, vol. I, *General Principles*, 33rd ed., by H. G. Beale et al., London, Sweet & Maxwell, 2018.

Hall, Geoff R. *Canadian Contractual Interpretation Law*, 4th ed., Toronto, LexisNexis, 2020.

Lewison, Kim. *The Interpretation of Contracts*, 7th ed., London, Sweet & Maxwell, 2020.

McCamus, John D. *The Law of Contracts*, 3rd ed., Toronto, Irwin Law, 2020.

*Pollock's Principles of Contract*, 13th ed. by Percy H. Winfield, London, Stevens & Sons, 1950.

Swan, Angela, Jakub Adamski, and Annie Y. Na. *Canadian Contract Law*, 4th ed., Toronto, LexisNexis, 2018.

Whayman, Derek. « The modern rule of releases » (2021), *L.S.* 1 (en ligne : <https://www.cambridge.org/core/journals/legal-studies/article/modern-rule-of-releases/66ABE6D1C013343E28A248356C12CCF2>; version archivée : [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC29\\_1\\_eng.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC29_1_eng.pdf)).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador (les juges Green, O'Brien et Butler), 2020 NLCA 3, 443 D.L.R. (4th) 633, 48 C.P.C. (8th) 215, 58 M.V.R. (7th) 186, [2020] N.J. No. 23 (QL), 2020 CarswellNfld 23 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Murphy, 2018 NLSC 177, 37 C.P.C. (8th) 40, [2018] N.J. No. 266 (QL), 2018 CarswellNfld 328 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

*Erin E. Best et Giles W. Ayers*, pour l'appelante.

*J. Alexander Templeton*, pour l'intimée.

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu  
par

ROWE J. —

LE JUGE ROWE —

### I. Introduction

### I. Introduction

[1] This appeal is about the proper approach to interpreting the scope of a release, whether there is any special interpretive rule that applies specifically to releases, and if not, how the general principles of contractual interpretation this Court set out in *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633, apply to the release at issue here.

[1] Le présent pourvoi porte sur l'approche qu'il convient d'appliquer pour interpréter la portée d'une décharge de responsabilité, c'est-à-dire décider s'il existe une règle spéciale d'interprétation spécifiquement applicable à ces documents et, dans la négative, comment les principes généraux d'interprétation des contrats qu'a énoncés notre Cour dans l'arrêt *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633, s'appliquent à la décharge de responsabilité en litige dans la présente affaire.

[2] The respondent Mary Bailey struck David Temple, an employee of the appellant City of Corner Brook, with her husband's car. Mr. Temple sued Mrs. Bailey. In a separate action, Mrs. Bailey sued the City. Mrs. Bailey and the City settled, and Mrs. Bailey released the City from liability relating to the accident and discontinued her action. Years later, Mrs. Bailey brought a third party claim against the City for contribution or indemnity, in the action brought against her by Mr. Temple. The City says the release bars Mrs. Bailey's third party claim. Mrs. Bailey says it does not.

[2] L'intimée, Mary Bailey, a heurté David Temple, un employé de l'appelante, la Ville de Corner Brook, avec le véhicule appartenant à son époux. Monsieur Temple a intenté une action contre M<sup>me</sup> Bailey. Dans une action distincte, cette dernière a poursuivi la Ville en justice. Madame Bailey et la Ville ont conclu un règlement à l'amiable, et M<sup>me</sup> Bailey a déchargé la Ville de sa responsabilité à l'égard de l'accident et elle s'est désistée de son action. Des années plus tard, dans le cadre de l'action intentée contre elle par M. Temple, M<sup>me</sup> Bailey a introduit contre la Ville une demande de mise en cause pour contribution ou indemnité. La Ville plaide que la décharge de responsabilité accordée par M<sup>me</sup> Bailey rend irrecevable la demande de mise en cause présentée par cette dernière. Madame Bailey prétend le contraire.

[3] There is no special interpretive principle that applies to releases. The decisions below refer to the rule from the House of Lords decision in *London and South Western Railway Co. v. Blackmore* (1870), L.R. 4 H.L. 610, in which Lord Westbury stated, at p. 623: "The general words in a release are limited always to that thing or those things which were specially in the contemplation of the parties at the time when the release was given." As I will explain, this "Blackmore Rule" has been overtaken by the general principles of contract law in *Sattva*. The Blackmore Rule has outlived its usefulness and should no longer be referred to. Any judicial tendency to interpret

[3] Il n'existe pas de principe spécial d'interprétation applicable aux décharges de responsabilité. Les décisions des juridictions inférieures font état de la règle énoncée par la Chambre des lords dans l'arrêt *London and South Western Railway Co. c. Blackmore* (1870), L.R. 4 H.L. 610, dans lequel lord Westbury a écrit, à la p. 623 : [TRADUCTION] « Les termes généraux utilisés dans une décharge sont toujours limités à la chose ou aux choses qu'envisageaient de façon précise les parties au moment où la décharge a été accordée ». Comme je l'expliquerai, cette « règle de l'arrêt Blackmore » a été supplantée par les principes généraux du droit des contrats énoncés dans *Sattva*.

releases narrowly is not a function of any special rule, but rather a function of releases themselves.

[4] In the instant case, the application judge interpreted the release broadly to include Mrs. Bailey's third party claim in accordance with *Sattva*, and his reasons should have been reviewed on a palpable and overriding error standard. As the application judge made no reviewable error in his interpretation of the release, I would allow the appeal and reinstate his order.

## II. Facts

[5] On March 3, 2009, Mrs. Bailey struck Mr. Temple while driving a car owned by her husband. Mr. Temple was an employee of the City of Corner Brook, and was performing road work at the time. The Baileys commenced an action against the City for property damage to the car and physical injury suffered by Mrs. Bailey ("Bailey Action").

[6] Meanwhile, Mr. Temple commenced a separate action against Mrs. Bailey seeking compensation for the injuries he sustained in the accident ("Temple Action"). Mrs. Bailey was served with the statement of claim in the Temple Action on March 24, 2011. Once served, Mrs. Bailey brought the statement of claim to her insurance representative.

[7] Subsequently, the Baileys and the City entered into settlement discussions via their counsel. On August 10, 2011, counsel for the Baileys wrote to counsel for the City by email. After discussing Mrs. Bailey's lingering injuries from the accident, the Baileys' counsel stated that he would be prepared to advise his client to accept \$10,000 in full settlement of their claims. On August 12, 2011, counsel for

La règle de l'arrêt *Blackmore* a cessé d'être utile et on ne devrait plus s'y référer. Toute tendance des tribunaux à interpréter étroitement les décharges de responsabilité est fonction non pas de quelque règle spéciale que ce soit, mais plutôt des décharges elles-mêmes.

[4] En l'espèce, le juge de la requête a interprété largement la décharge de responsabilité, conformément à l'arrêt *Sattva*, et estimé qu'elle incluait la demande de mise en cause présentée par M<sup>me</sup> Bailey. Ses motifs auraient dû être contrôlés selon la norme de l'erreur manifeste et déterminante. Comme le juge de la requête n'a pas commis d'erreur révisable dans son interprétation de la décharge de responsabilité, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir son ordonnance.

## II. Faits

[5] Le 3 mars 2009, M. Temple a été heurté par M<sup>me</sup> Bailey alors qu'elle conduisait un véhicule appartenant à son époux. À ce moment-là, M. Temple était un employé de la Ville de Corner Brook et il effectuait des travaux de voirie. Les Bailey ont intenté une action contre la Ville en vue d'être indemnisés des dommages matériels causés au véhicule et des préjudices physiques subis par M<sup>me</sup> Bailey (« l'action des Bailey »).

[6] Dans l'intervalle, M. Temple a intenté une action distincte contre M<sup>me</sup> Bailey en vue d'obtenir réparation pour les blessures qu'il a subies lors de l'accident (« l'action de M. Temple »). Madame Bailey a reçu signification de la déclaration de M. Temple le 24 mars 2011. Après avoir reçu cette signification, M<sup>me</sup> Bailey a transmis la déclaration à son représentant d'assurance.

[7] Subséquemment, par l'entremise de leurs avocats, les Bailey et la Ville ont entamé des pourparlers en vue de conclure un règlement à l'amiable. Le 10 août 2011, l'avocat des Bailey a écrit un courriel à l'avocat de la Ville. Après avoir discuté des préjudices persistants découlant des blessures subies par M<sup>me</sup> Bailey lors de l'accident, l'avocat des Bailey a déclaré qu'il était disposé à conseiller à ses clients

the City replied. He rejected the \$10,000 settlement offer, noting that his client “feels strongly on liability”, but explained that his client was “aware that all litigation carries risks and costs” and was therefore prepared to make an offer of \$7,500 to resolve the matter, contingent on discontinuance and execution of a full and final release to the City’s satisfaction. On August 16, 2011, counsel for the Baileys said that his clients accept. The Baileys signed the release on August 26, 2011. The relevant excerpt of the release reads as follows:

... the [Baileys], on behalf of themselves and their heirs, dependents, executors, administrators, successors, assigns, and legal and personal representatives, hereby release and forever discharge the [City, its] servants, agents, officers, directors, managers, employees, their associated, affiliated and subsidiary legal entities and their legal successors and assigns, both jointly and severally, from all actions, suits, causes of action, debts, dues, accounts, benefits, bonds, covenants, contracts, costs, claims and demands whatsoever, including all claims for compensation, loss of use, loss of time, loss of wages, expenses, disability, past, present or future, and any aggravation, foreseen or unforeseen, as well as for injuries presently undisclosed and all demands and claims of any kind or nature whatsoever arising out of or relating to the accident which occurred on or about March 3, 2009, and without limiting the generality of the foregoing from all claims raised or which could have been raised in the [Bailey Action] . . . . [Emphasis added.]

[8] Later, on March 16, 2016, Mrs. Bailey commenced a third party claim against the City in the Temple Action, claiming contribution or indemnity from the City in the event she is found liable to Mr. Temple in his claim against her.

d’accepter la somme de 10 000 \$ à titre de règlement complet de leurs réclamations. L’avocat de la Ville a répondu le 12 août 2011. Il a rejeté l’offre de règlement à l’amiable de 10 000 \$, soulignant que sa cliente [TRADUCTION] « a une opinion bien arrêtée au sujet de la responsabilité », mais il a expliqué que sa cliente était « consciente que tout litige entraîne des risques et des coûts », et qu’elle était en conséquence prête à présenter une offre de 7 500 \$ pour régler l’affaire, à condition qu’il y ait désistement de l’action et signature d’une décharge de responsabilité complète et définitive qui satisfasse la Ville. Le 16 août 2011, l’avocat des Bailey a déclaré que ses clients acceptaient cette offre. Les Bailey ont signé la décharge le 26 août 2011. Voici l’extrait pertinent de ce document :

[TRADUCTION] . . . les [Bailey], pour leur propre compte et pour le compte de leurs héritiers, personnes à charge, exécuteurs testamentaires, administrateurs, successeurs, cessionnaires et représentants légaux et personnels, libèrent et à jamais déchargent [la Ville, ses] préposés, mandataires, agents, fonctionnaires, gestionnaires, employés, leurs entités juridiques associées et affiliées, leurs filiales et leurs successeurs légaux et ayants droit, tant conjointement que solidairement, relativement à quelque action, poursuite, cause d’action, créance, cotisation, compte, prestation, obligation, engagement, contrat, frais, réclamation et demande de quelque nature que ce soit, y compris toute demande d’indemnisation pour perte d’usage, perte de temps ou perte de salaire, pour remboursement de dépenses, pour cause d’invalidité, passée, présente ou future, et pour toute aggravation, prévue ou imprévue, ainsi que pour tout préjudice actuellement non découvert et à toute demande et réclamation de quelque nature que ce soit découlant de l’accident survenu le ou vers le 3 mars 2009 ou s’y rapportant, et, sans limiter la portée générale de ce qui précède, à toute réclamation soulevée ou qui aurait pu l’être dans [l’action des Bailey] . . . [Je souligne.]

[8] Ultérieurement, le 16 mars 2016, M<sup>me</sup> Bailey a déposé, dans le cadre de l’action de M. Temple la visant, une demande sollicitant la mise en cause de la Ville en vue d’obtenir une contribution ou une indemnité de la part de cette dernière au cas où elle serait jugée responsable envers M. Temple dans l’action intentée contre elle par celui-ci.

[9] The City brought a summary trial application pursuant to Rule 17A of the *Rules of the Supreme Court, 1986*, S.N.L. 1986, c. 42, Sch. D. The City's position was that the release barred the third party claim. Mrs. Bailey's position was that it did not, because the third party claim was not specifically contemplated by the City and the Baileys when they signed the release.

### III. Decisions Below

#### A. *Supreme Court of Newfoundland and Labrador, 2018 NLSC 177, 37 C.P.C. (8th) 40*

[10] Justice George L. Murphy concluded that the release barred Mrs. Bailey's third party claim against the City and stayed the claim. He began by acknowledging that whether Mrs. Bailey's third party claim against the City was barred depended on the interpretative approach applied to releases: the Blackmore Rule. He explained that in interpreting a release, the goal is to ascertain the intention of the parties. The court must first look to the words of the release. It may also look to the context in which the release was signed to interpret those words. The review must be carried out from an objective perspective.

[11] The application judge concluded that based on the words of the release alone, it covers Mrs. Bailey's third party claim. However, this did not end his analysis, because the Blackmore Rule required him to consider what was in the contemplation of the parties at the time the release was signed and the specific context in which it was signed. The application judge noted that Mrs. Bailey had already been served with the Temple Action when she signed the release, and that the statement of claim in the Bailey Action demonstrated that she was aware of the facts underlying the third party claim when she signed the release. He then reviewed the correspondence between counsel leading up to the release, and concluded that

[9] La Ville a présenté une requête en procès sommaire en vertu de la règle 17A des *Rules of the Supreme Court, 1986*, S.N.L. 1986, c. 42, Sch. D. La Ville soutenait que la décharge de responsabilité rendait irrecevable la demande de mise en cause. Madame Bailey prétendait que non, étant donné que la procédure de mise en cause n'avait pas été expressément envisagée par la Ville et par les Bailey lorsqu'ils ont signé la décharge de responsabilité.

### III. Décisions des juridictions inférieures

#### A. *Cour suprême de Terre-Neuve-et-Labrador, 2018 NLSC 177, 37 C.P.C. (8th) 40*

[10] Le juge George L. Murphy a conclu que la décharge de responsabilité rendait irrecevable la demande de M<sup>me</sup> Bailey sollicitant la mise en cause de la Ville, et il a ordonné la suspension de cette demande. Il a tout d'abord reconnu que la réponse à la question de savoir si la demande de M<sup>me</sup> Bailey sollicitant la mise en cause de la Ville était irrecevable dépendait de la méthode d'interprétation appliquée à l'égard des décharges de responsabilité : la règle de l'arrêt Blackmore. Il a expliqué que, dans l'interprétation d'une décharge de responsabilité, l'objectif consiste à dégager l'intention des parties. Le tribunal doit d'abord examiner le libellé de la décharge. Il peut également examiner le contexte dans lequel la décharge de responsabilité a été signée afin d'interpréter son libellé. Cet examen doit s'effectuer d'un point de vue objectif.

[11] Le juge de la requête a conclu qu'au regard seulement du libellé de la décharge de responsabilité, celle-ci vise la demande de mise en cause présentée par M<sup>me</sup> Bailey. Toutefois, il a poursuivi son analyse, parce que la règle de l'arrêt Blackmore l'obligeait à se demander ce qu'envisageaient les parties au moment où la décharge a été signée et à considérer le contexte particulier dans lequel elle l'a été. Il a fait observer que M<sup>me</sup> Bailey avait déjà reçu signification de l'action de M. Temple lorsqu'elle a signé la décharge, et que la déclaration déposée dans le cadre de l'action des Bailey démontrait que M<sup>me</sup> Bailey était au courant des faits à l'origine de la mise en cause lorsqu'elle a signé la décharge. Le juge

the parties contemplated any and all types of claims relating to the accident.

B. *Court of Appeal of Newfoundland and Labrador, 2020 NLCA 3, 443 D.L.R. (4th) 633*

[12] The Court of Appeal unanimously allowed the appeal. The Court of Appeal concluded that the Blackmore Rule has, over time, been subsumed into the principles of contractual interpretation affirmed by this Court in *Sattva* and *Ledcor Construction Ltd. v. Northbridge Indemnity Insurance Co.*, 2016 SCC 37, [2016] 2 S.C.R. 23. Rather, it is a particular application of the general approach to contractual interpretation. Whether one approaches the appeal based on the Blackmore Rule or not, the result in this case would be the same.

[13] The Court of Appeal concluded that the application judge made three extricable errors of law, in holding that: (1) what was in the contemplation of the City was determinative of mutual intent, (2) it was not necessary to determine what was “specially” in the contemplation of the parties, and (3) it was sufficient that the broad general wording of the release covered the third party claim when the surrounding circumstances suggested otherwise. The Court of Appeal concluded that these errors had a material effect on the result, entitling the Court of Appeal to review the decision below on a correctness standard. It reasoned that the broad phrases in the release should be considered against the more specific references to the Bailey Action, and that the pre-contract exchange of correspondence made no reference to the Temple Action or any future third party action. The Court of Appeal concluded that the words, the context, and the exchange of correspondence were all consistent with the release being interpreted as a release only of the Baileys’ claims in the Bailey Action. The Court of Appeal reinstated the third party notice.

de la requête a ensuite examiné la correspondance qu’ont échangée les avocats jusqu’à la signature de la décharge de responsabilité, et il a conclu que les parties avaient envisagé tout type de réclamations se rapportant à l’accident.

B. *Cour d’appel de Terre-Neuve-et-Labrador, 2020 NLCA 3, 443 D.L.R. (4th) 633*

[12] La Cour d’appel a accueilli l’appel à l’unanimité. Elle a conclu que la règle de l’arrêt Blackmore a, au fil du temps, été intégrée aux principes d’interprétation des contrats confirmés par notre Cour dans les arrêts *Sattva* et *Ledcor Construction Ltd. c. Société d’assurance d’indemnisation Northbridge*, 2016 CSC 37, [2016] 2 R.C.S. 23. Cette règle constitue plutôt une application particulière de la méthode générale d’interprétation des contrats. Que l’on examine l’appel sur la base de la règle de l’arrêt Blackmore ou non, le résultat serait le même en l’espèce.

[13] La Cour d’appel a statué que le juge de la requête a commis trois erreurs de droit isolables lorsqu’il a conclu : (1) que ce que la Ville envisageait était déterminant relativement à l’intention réciproque des parties; (2) qu’il n’était pas nécessaire de déterminer ce que les parties envisageaient « de façon précise »; (3) qu’il était suffisant que le libellé large et général de la décharge de responsabilité englobe la demande de mise en cause, alors que le contexte suggérait différemment. La Cour d’appel a conclu que ces erreurs avaient eu sur le résultat une incidence importante qui l’autorisait à contrôler la décision de la juridiction inférieure selon la norme de la décision correcte. Suivant le raisonnement de la Cour d’appel, les formules générales figurant dans la décharge devaient être examinées en regard des mentions expresses de l’action des Bailey, et il n’y avait dans la correspondance échangée avant la signature du contrat aucune mention de l’action de M. Temple ou de quelque future demande de mise en cause. La Cour d’appel a statué que les termes employés, le contexte et la correspondance échangée étaient tous des éléments compatibles avec la conclusion que la décharge de responsabilité devait être interprétée comme ne valant que pour les réclamations formulées par les Bailey dans leur action. La Cour d’appel a rétabli l’avis de mise en cause.

#### IV. Submissions of the Parties

[14] The City argues that the Blackmore Rule is no longer applicable and that the release should be interpreted in accordance with the normal rules of contractual interpretation. It submits that the words of the agreement plainly describe its subject matter as all claims arising from the accident, and that there is nothing in the factual matrix that could narrow this subject matter without departing from the words of the agreement.

[15] Mrs. Bailey agrees the Blackmore Rule has been subsumed into the general principles of contractual interpretation articulated in *Sattva*, and submits that whether the release is interpreted using the Blackmore Rule or not, the result is the same. The release foreclosed the Baileys' right to make any claim for injuries suffered by them arising from the accident, but the release was not intended to allocate to the Baileys the City's responsibility for Mr. Temple's injuries.

#### V. Issues

- (a) What is the law governing the interpretation of releases?
- (b) What is the standard of review?
- (c) Did the application judge make a reviewable error in his interpretation of the release?

#### VI. Analysis

##### A. *The Law Governing the Interpretation of Releases*

[16] In order properly to consider the issues in this case, I will begin the analysis that follows with an outline of the guiding rule for the interpretation of contracts as set out by this Court in *Sattva*.

[17] *Sattva* marked a significant change in the jurisprudence. Traditionally, the interpretation of

#### IV. Arguments des parties

[14] La Ville plaide que la règle de l'arrêt Blackmore ne s'applique plus et que la décharge de responsabilité doit être interprétée conformément aux règles habituelles d'interprétation des contrats. Elle soutient que les termes de l'accord décrivent clairement son objet, à savoir toutes les réclamations découlant de l'accident, et qu'il n'y a rien dans le contexte factuel qui permettrait de restreindre cet objet sans s'écarter des termes de l'accord.

[15] Madame Bailey est d'accord pour dire que la règle de l'arrêt Blackmore a été intégrée aux principes généraux d'interprétation des contrats formulés dans l'arrêt *Sattva*, et elle fait valoir que, peu importe que la décharge de responsabilité soit interprétée ou non suivant la règle de l'arrêt Blackmore, le résultat est le même. La décharge de responsabilité empêchait les Bailey de présenter toute réclamation pour les préjudices qu'ils avaient subis par suite de l'accident, mais elle ne visait pas à leur attribuer la responsabilité de la Ville à l'égard des préjudices subis par M. Temple.

#### V. Questions en litige

- a) Quel est le droit régissant l'interprétation des décharges de responsabilité?
- b) Quelle est la norme de contrôle applicable?
- c) Le juge de la requête a-t-il commis une erreur révisable dans son interprétation de la décharge de responsabilité?

#### VI. Analyse

##### A. *Le droit régissant l'interprétation des décharges de responsabilité*

[16] Afin d'examiner comme il se doit les questions en litige en l'espèce, je commencerai l'analyse qui suit en exposant la règle qui guide l'interprétation des contrats telle qu'elle a été énoncée par notre Cour dans l'affaire *Sattva*.

[17] L'arrêt *Sattva* a marqué un changement important dans la jurisprudence. Traditionnellement,



contracts was a matter of law, not mixed fact and law. This was because interpretation was seen primarily as an exercise in giving meaning to words. Circumstances were generally relevant to interpretation only where there was an ambiguity.

[18] The Blackmore Rule was formulated in the traditional period to which I have just referred. In that view, courts were reluctant to have regard to the facts surrounding the formation of a contract, as an aid to its interpretation. The words of a contract were given their “black letter” meaning. This was problematic from the view of releases; the Blackmore Rule addressed this problem.

[19] But 150 years after the *Blackmore* decision, things have changed. The facts surrounding the formation of a contract are relevant to its interpretation. The jurisprudential concerns that gave rise to the rule in *Blackmore* no longer exist. It is no longer needed. It has outlived its usefulness and should no longer be referred to.

(1) The Blackmore Rule Has Been Overtaken by *Sattva*

[20] This Court set out the current approach to contractual interpretation in *Sattva*. *Sattva* directs courts to “read the contract as a whole, giving the words used their ordinary and grammatical meaning, consistent with the surrounding circumstances known to the parties at the time of formation of the contract”: para. 47. This Court explained that “[t]he meaning of words is often derived from a number of contextual factors, including the purpose of the agreement and the nature of the relationship created by the agreement”, but that the surrounding circumstances “must never be allowed to overwhelm the words of that agreement”: paras. 48 and 57. “While the surrounding circumstances are relied upon in the interpretive process, courts cannot use them to deviate from the text such that the court effectively creates a

l’interprétation des contrats était considérée comme une question de droit et non comme une question mixte de fait et de droit. C’était le cas parce que l’interprétation était principalement perçue comme une opération visant à attribuer une signification aux mots. Généralement, les circonstances étaient pertinentes aux fins d’interprétation uniquement en cas d’ambiguïté.

[18] La règle de l’arrêt *Blackmore* a été formulée durant la période traditionnelle à laquelle je viens de faire référence. Suivant cette vision des choses, les tribunaux étaient réticents à prendre en compte, en tant qu’outil d’aide à l’interprétation, les faits entourant la formation d’un contrat. Les mots d’un contrat se voyaient attribuer leur sens « littéral ». Cette approche était problématique dans le cas des décharges de responsabilité; la règle de l’arrêt *Blackmore* s’est attaquée à ce problème.

[19] Cependant, 150 ans après l’arrêt *Blackmore*, les choses ont changé. Les faits entourant la formation d’un contrat sont pertinents pour les besoins de l’interprétation de celui-ci. Les préoccupations jurisprudentielles qui étaient à l’origine de la règle énoncée dans *Blackmore* n’existent plus. Cette règle n’est plus nécessaire. Elle a cessé d’être utile et on ne devrait plus s’y référer.

(1) La règle de l’arrêt *Blackmore* a été supplantée par l’arrêt *Sattva*

[20] Notre Cour a exposé la méthode actuelle d’interprétation des contrats dans l’affaire *Sattva*. Cet arrêt invite les tribunaux à « interpréter le contrat dans son ensemble, en donnant aux mots y figurant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec les circonstances dont les parties avaient connaissance au moment de la conclusion du contrat » : par. 47. La Cour a expliqué que « [l]e sens des mots est souvent déterminé par un certain nombre de facteurs contextuels, y compris l’objet de l’entente et la nature des rapports créés par celle-ci », mais que les circonstances « ne doivent jamais [. . .] supplanter [les termes d’un contrat] » : par. 48 et 57. « Les circonstances sous-tendent l’interprétation du contrat, mais le tribunal ne saurait fonder sur elles une lecture du texte qui s’écarte de ce dernier au point de créer

new agreement”: para. 57. This Court also clarified that the relevant surrounding circumstances “consist only of objective evidence of the background facts at the time of the execution of the contract. . . , that is, knowledge that was or reasonably ought to have been within the knowledge of both parties at or before the date of contracting”: para. 58.

[21] A release is a contract, and these general principles of contractual interpretation apply: G. R. Hall, *Canadian Contractual Interpretation Law* (4th ed. 2020), at p. 286; F. D. Cass, *The Law of Releases in Canada* (2006), at p. 71. However, in the 1870 House of Lords *Blackmore* decision, Lord Westbury set out a particular approach to the interpretation of releases, at pp. 623-24:

The general words in a release are limited always to that thing or those things which were specially in the contemplation of the parties at the time when the release was given. But a dispute that had not emerged, or a question which had not at all arisen, cannot be considered as bound and concluded by the anticipatory words of a general release.

[22] The appellant refers to this as the “Blackmore Rule”. In *Canadian Contractual Interpretation Law*, Hall describes it as a “special rule which is superadded onto the regular ones”: p. 286. This rule has deep roots, as reviewed by Lord Bingham in *Bank of Credit and Commerce International S.A. v. Ali*, [2001] UKHL 8, [2002] 1 A.C. 251, at paras. 9-16, and the High Court of Australia in *Grant v. John Grant & Sons Pty. Ltd.* (1954), 91 C.L.R. 112; see also D. Whayman, “The modern rule of releases” (2021), *L.S.* 1 (online), at pp. 5-11; P. H. Winfield, *Pollock’s Principles of Contract* (13th ed. 1950), at pp. 412-13; *Chitty on Contracts*, vol. I, *General Principles* (33rd ed. 2018), at pp. 1642-44. It is not necessary to repeat the history of the Blackmore Rule here. Suffice it to say that “[i]t is a principle long sanctioned in Courts of equity, that a release cannot apply, or be intended to apply to circumstances of which a party had no knowledge at the time he

dans les faits une nouvelle entente » : par. 57. Notre Cour a également précisé en quoi consistent des circonstances pertinentes, affirmant qu’« [i]l doit s’agir d’une preuve objective du contexte factuel au moment de la signature du contrat [. . .], c’est-à-dire, les renseignements qui appartenaient ou auraient raisonnablement dû appartenir aux connaissances des deux parties à la date de signature ou avant celle-ci » : par. 58.

[21] Une décharge de responsabilité est un contrat, et les principes généraux d’interprétation des contrats s’appliquent : G. R. Hall, *Canadian Contractual Interpretation Law* (4<sup>e</sup> éd. 2020), p. 286; F. D. Cass, *The Law of Releases in Canada* (2006), p. 71. Toutefois, en 1870, dans l’arrêt *Blackmore* de la Chambre des lords, lord Westbury a proposé une méthode particulière d’interprétation des décharges de responsabilité, aux p. 623-624 :

[TRADUCTION] Les termes généraux utilisés dans une décharge sont toujours limités à la chose ou aux choses qu’envisageaient de façon précise les parties au moment où la décharge a été accordée. Cependant, un litige qui ne s’est pas développé ou une question qui ne s’est pas soulevée du tout ne sauraient être considérés comme étant visés et réglés par les termes anticipateurs d’une décharge générale de responsabilité.

[22] L’appelante se réfère à ces propos comme étant la « règle de l’arrêt Blackmore ». Dans son ouvrage *Canadian Contractual Interpretation Law*, Hall la décrit comme une [TRADUCTION] « règle spéciale qui s’ajoute aux règles habituelles » : p. 286. Cette règle a des racines profondes, qui ont été examinées par lord Bingham dans l’arrêt *Bank of Credit and Commerce International S.A. c. Ali*, [2001] UKHL 8, [2002] 1 A.C. 251, par. 9-16, et la Haute Cour d’Australie dans l’arrêt *Grant c. John Grant & Sons Pty. Ltd.* (1954), 91 C.L.R. 112; voir aussi D. Whayman, « The modern rule of releases » (2021), *L.S.* 1 (en ligne), p. 5-11; P. H. Winfield, *Pollock’s Principles of Contract* (13<sup>e</sup> éd. 1950), p. 412-413; *Chitty on Contracts*, vol. I, *General Principles* (33<sup>e</sup> éd. 2018), p. 1642-1644. Il n’est pas nécessaire de refaire ici l’historique de la règle de l’arrêt Blackmore. Qu’il suffise de rappeler que [TRADUCTION] « [s]uivant un principe reconnu depuis longtemps par les tribunaux

executed it, and that if it is so general in its terms as to include matters never contemplated, the party will be entitled to relief”: *Lyall v. Edwards* (1861), 6 H. & N. 337, 158 E.R. 139, at p. 143, per Pollock C.B.

[23] Lord Hoffmann observed in *Ali* that judges in the 18th and 19th centuries were “less sensitive to context” and “were reluctant to admit what was called ‘extrinsic evidence’, that is to say, evidence of background which would put the language into context”: para. 54; see also Cass, at pp. 74 and 87; *Chitty on Contracts*, at pp. 1041-43. While the Blackmore Rule would no doubt have had utility within that “black letter” framework, this is no longer the case. In *Sattva*, this Court directed judges to look to the surrounding circumstances known to the parties at the time of contract in interpreting the meaning of the words of a contract: para. 47. The Blackmore Rule, which allowed courts to consider factual context when that was not the general rule, has been overtaken by a general rule that factual context is considered in interpreting contracts.

[24] The Blackmore Rule was adopted in Canada, but as I will explain, it was interpreted narrowly. It no longer adds anything new to the regular repertoire of contractual interpretation principles in the wake of *Sattva*. There are two ways in which the Blackmore Rule was narrowly interpreted.

[25] First, the Blackmore Rule does not allow consideration of the subjective intention of the parties. While it is not immediately obvious what “specially in the contemplation of the parties” means, La Forest J.A. (as he then was) held in *White v. Central Trust Co.* (1984), 54 N.B.R. (2d) 293 (C.A.), that this does not refer to the subjective intention of the parties, but merely permits courts to look to the surrounding circumstances to give meaning to the words the parties

d’equity, une décharge ne saurait s’appliquer — ou être censée s’appliquer — à des circonstances dont une partie n’avait aucune connaissance au moment où elle a signé la décharge, et que si celle-ci est formulée en des termes si généraux qu’elle vise des questions qui n’ont jamais été envisagées, cette partie aura droit à réparation » : *Lyall c. Edwards* (1861), 6 H. & N. 337, 158 E.R. 139, p. 143, le baron en chef Pollock.

[23] Dans l’arrêt *Ali*, lord Hoffmann a fait observer qu’aux XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècles, les juges étaient [TRADUCTION] « moins sensibles au contexte » et qu’ils « étaient réticents à admettre ce qu’on appelait de la “preuve extrinsèque”, c’est-à-dire des éléments de preuve qui auraient contextualisé le libellé » : par. 54; voir aussi Cass, p. 74 et 87; *Chitty on Contracts*, p. 1041-1043. Même si la règle de l’arrêt Blackmore était indubitablement utile dans ce cadre d’analyse « littérale », ce n’est plus le cas. Dans l’arrêt *Sattva*, notre Cour a prescrit aux juges de tenir compte des circonstances dont les parties avaient connaissance au moment de la conclusion du contrat pour interpréter le libellé de celui-ci : par. 47. La règle de l’arrêt Blackmore, qui permettait aux tribunaux de considérer le contexte factuel, à une époque où le faire n’était pas la règle générale, a été supplantée par une approche où la prise en compte du contexte factuel dans l’interprétation des contrats est devenue la règle générale.

[24] La règle de l’arrêt Blackmore a été adoptée au Canada, mais, comme je l’expliquerai, elle a été interprétée de façon restrictive. Elle n’ajoute désormais plus rien à la panoplie habituelle des principes d’interprétation des contrats depuis l’arrêt *Sattva*. La règle de l’arrêt Blackmore a été interprétée de façon restrictive de deux façons.

[25] Premièrement, la règle de l’arrêt Blackmore n’autorise pas la prise en compte de l’intention subjective des parties. Bien que la signification des mots « les choses qu’envisageaient de façon précise les parties » ne soit pas d’entrée de jeu évidente, le juge La Forest (plus tard juge de notre Cour) a conclu, dans l’arrêt *White c. Central Trust Co.* (1984), 54 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 293 (C.A.), que ces mots ne visent pas l’intention subjective des parties, mais autorisent

used. He stated that “[b]y referring to what was in the contemplation of the parties, Lord Westbury was, of course, not opening the door to adducing evidence of what was actually going on in their minds, still less to making inferences about it”: para. 33. It is well-established that the Blackmore Rule does not allow courts to consider the subjective intentions of the parties: see *Hill v. Nova Scotia (Attorney General)*, [1997] 1 S.C.R. 69, at paras. 18-22; *Strata Plan BCS 327, Owners v. IPEX Inc.*, 2014 BCCA 237, 358 B.C.A.C. 124, at paras. 22-23; *Biancaniello v. DMCT LLP*, 2017 ONCA 386, 138 O.R. (3d) 210, at para. 28; Hall, at pp. 291-92; C.A. reasons, at paras. 22 and 66.

[26] Second, the Blackmore Rule does not preclude parties from releasing unknown claims. It is not immediately obvious what “a question which had not at all arisen, cannot be considered as bound and concluded by the anticipatory words of a general release” means. However, this too has been interpreted narrowly in a way that is consistent with ordinary contract law principles. In *Biancaniello*, the Court of Appeal for Ontario applied the Blackmore Rule and held that where sufficiently clear wording is used, releases can include claims unknown to the parties: para. 42, point 2. In reaching this conclusion, the court relied heavily on the House of Lords decision in *Ali*. In that case, Lord Bingham reviewed the jurisprudence from English and Australian courts, and concluded that “[a] party may . . . agree to release claims or rights of which he is unaware and of which he could not be aware, even claims which could not on the facts known to the parties have been imagined, if appropriate language is used to make plain that that is his intention”: para. 9. Lord Nicholls agreed, and wrote, at para. 27:

simplement les tribunaux à considérer les circonstances afin d’attribuer une signification aux mots employés par les parties. Il a déclaré qu’« [e]n mentionnant ce qu’envisageaient les parties, Lord Westbury ne voulait pas, bien entendu, permettre qu’une preuve, portant sur ce qui se passait réellement dans l’esprit des parties, soit apportée et, encore moins, qu’on en tire quelque inférence » : par. 33. Il est bien établi que la règle de l’arrêt Blackmore ne permet pas aux tribunaux de prendre en considération l’intention subjective des parties : voir *Hill c. Nouvelle-Écosse (Procureur général)*, [1997] 1 R.C.S. 69, par. 18-22; *Strata Plan BCS 327, Owners c. IPEX Inc.*, 2014 BCCA 237, 358 B.C.A.C. 124, par. 22-23; *Biancaniello c. DMCT LLP*, 2017 ONCA 386, 138 O.R. (3d) 210, par. 28; Hall, p. 291-292; motifs de la C.A., par. 22 et 66.

[26] Deuxièmement, la règle de l’arrêt Blackmore n’empêche pas les parties de renoncer à faire valoir des réclamations inconnues. La signification des mots [TRADUCTION] « une question qui ne s’est pas soulevée du tout ne saurai[t] être considéré[e] comme étant visé[e] et réglé[e] par les termes anticipateurs d’une décharge générale de responsabilité » n’est pas d’entrée de jeu évidente. Toutefois, ce passage a lui aussi été interprété de façon restrictive, d’une manière compatible avec les principes ordinaires du droit des contrats. Ainsi, dans l’arrêt *Biancaniello*, la Cour d’appel de l’Ontario a appliqué la règle de l’arrêt Blackmore et jugé que, lorsque les termes employés sont suffisamment clairs, la décharge de responsabilité peut englober des réclamations dont les parties ignoraient l’existence : par. 42, point 2. En arrivant à cette conclusion, la Cour d’appel s’est fortement appuyée sur l’arrêt *Ali* de la Chambre des lords. Dans cet arrêt, lord Bingham a analysé la jurisprudence anglaise et australienne et tiré la conclusion suivante : [TRADUCTION] « Une partie peut [. . .] accepter de renoncer à des réclamations ou à des droits dont elle ignore l’existence et dont elle ne pouvait être au courant, même des réclamations qu’il était impossible d’imaginer sur la base des faits qui étaient connus des parties, si des termes appropriés sont utilisés pour indiquer clairement que c’est bien là son intention » : par. 9. Abondant dans le même sens, lord Nicholls a écrit ceci, au par. 27 :

The wording of a general release and the context in which it was given commonly make plain that the parties intended that the release should not be confined to known claims. On the contrary, part of the object was that the release should extend to any claims which might later come to light. The parties wanted to achieve finality. When, therefore, a claim whose existence was not appreciated does come to light, on the face of the general words of the release and consistently with the purpose for which the release was given the release is applicable. The mere fact that the parties were unaware of the particular claim is not a reason for excluding it from the scope of the release. The risk that further claims might later emerge was a risk the person giving the release took upon himself. It was against this very risk that the release was intended to protect the person in whose favour the release was made. [Emphasis added.]

[27] A release can cover an unknown claim with sufficient language, and does not necessarily need to particularize with precision the exact claims that fall within its scope. In entering into a release, the parties bargain for finality, or as Lord Nicholls put it, “to wipe the slate clean”: *Ali*, at para. 23. The releasor takes on the risk of relinquishing the value of the claims he or she might have had, and the releasee pays for the guarantee that no such claims will be brought. The uncertainty or risk that is allocated to the releasor is precisely what the releasee pays for. Of course, difficulty can arise in deciding what wording is sufficient to encompass the unknown claim at issue in a given case. However, it is clear that releases can encompass such claims, and the Blackmore Rule has not been interpreted to hold otherwise.

[28] In light of the narrow manner in which the Blackmore Rule has been interpreted, and in light of *Sattva* which explicitly directs decision-makers to consider the meaning of the words in the surrounding circumstances when interpreting any contract, the

[TRADUCTION] Le libellé d’une décharge générale de responsabilité et le contexte dans lequel elle a été accordée indiquent clairement que les parties entendaient que la décharge ne se limite pas aux réclamations déjà connues. Au contraire, la décharge avait en partie pour objet de s’appliquer aux réclamations qui pourraient se manifester ultérieurement. Les parties entendaient régler leur différend de façon définitive. Par conséquent, lorsqu’une réclamation dont l’existence n’a pas été envisagée surgit effectivement, eu égard au libellé général de la décharge et conformément au but dans lequel celle-ci a été accordée, la décharge s’applique. Le simple fait que les parties ignoraient l’existence d’une réclamation donnée ne constitue pas une raison de l’exclure de la portée de la décharge. Le risque que d’autres réclamations puissent surgir plus tard est un risque que la personne qui accorde la décharge assume. C’est exactement contre ce risque que la décharge est censée protéger la personne en faveur de qui elle a été accordée. [Je souligne.]

[27] Une décharge de responsabilité peut, moyennant l’emploi d’un langage suffisant à cette fin, viser une réclamation inconnue, et il n’est pas nécessaire qu’elle particularise avec précision les réclamations qui relèvent de son champ d’application. Les parties qui signent une décharge de responsabilité contractent afin de régler leur différend de façon définitive ou, pour reprendre la formule employée par lord Nicholls, [TRADUCTION] « pour tourner la page » : *Ali*, par. 23. L’auteur de la décharge assume le risque de renoncer à la valeur des réclamations qu’il aurait pu faire valoir, et le bénéficiaire de la décharge paye pour obtenir la garantie qu’aucune réclamation de ce genre ne sera présentée. L’incertitude ou le risque qui échoit ainsi à l’auteur de la décharge est précisément ce pourquoi le bénéficiaire de la décharge accepte de payer. Bien entendu, il peut s’avérer difficile de décider quel libellé est suffisant pour viser une réclamation inconnue litigieuse dans un cas donné. Toutefois, il est clair qu’une décharge de responsabilité peut viser de telles réclamations, et la règle de l’arrêt Blackmore n’a pas été interprétée comme s’y opposant.

[28] Au vu de la manière restrictive dont a été interprétée la règle de l’arrêt Blackmore, et à la lumière de l’arrêt *Sattva* qui prescrit explicitement aux décideurs appelés à interpréter tout contrat d’examiner les termes de celui-ci en tenant compte des

Blackmore Rule no longer adds to or deviates from the general principles of interpretation that apply to all contracts. I agree with Hall that the Blackmore Rule “is entirely consistent with the law of contractual interpretation generally”: p. 286.

[29] While some Canadian appellate courts have purported to apply the Blackmore Rule, the way in which the Rule is expressed in these cases is no different from ordinary principles of contractual interpretation. For example, the Court of Appeal for British Columbia summarized the interpretive principles that apply to releases in *Bank of British Columbia Pension Plan, Re*, 2000 BCCA 291, 137 B.C.A.C. 37, at para. 17, quoting *Chitty on Contracts*, vol. I, *General Principles* (27th ed. 1994), at pp. 1074-75. Among the principles summarized, the court mentioned that a release “will not be construed as applying to facts of which the party making the release had no knowledge at the time of its execution or to objects which must then have been outside his contemplation”. This resembles the Blackmore Rule, but it is applied in a way that is entirely consistent with the approach set out in *Sattva*. In *Bank of British Columbia*, the court interpreted a release between a bank and a former CEO broadly to include any rights the CEO might have had to a staff pension plan, even though his rights to the staff pension plan were not explicitly mentioned in the release. In other words, the staff pension plan was held to be within the contemplation or mutual intention of the parties, even though that intention was not made explicit in the release.

[30] More recently, in *Biancaniello*, the Court of Appeal for Ontario, drawing on *Ali*, distilled the principles of contractual interpretation that apply to releases, some of which also echo the Blackmore Rule. For example, the Court of Appeal noted that “[g]eneral language in a release will be limited to

circonstances, la règle de l’arrêt Blackmore n’apporte désormais plus rien aux principes généraux d’interprétation applicables à tous les contrats et n’y déroge pas non plus. Je suis d’accord avec Hall pour dire que la règle de l’arrêt Blackmore [TRADUCTION] « est entièrement compatible avec le droit relatif à l’interprétation des contrats en général » : p. 286.

[29] Bien que certaines juridictions d’appel canadiennes aient censément appliqué la règle de l’arrêt Blackmore, la façon dont cette règle est formulée dans ces affaires ne diffère en rien des principes ordinaires d’interprétation des contrats. À titre d’exemple, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a résumé les principes d’interprétation applicables aux décharges de responsabilité dans l’affaire *Bank of British Columbia Pension Plan, Re*, 2000 BCCA 291, 137 B.C.A.C. 37, par. 17, citant *Chitty on Contracts*, vol. I, *General Principles* (27<sup>e</sup> éd. 1994), p. 1074-1075. Parmi les principes résumés, la cour a mentionné qu’une décharge [TRADUCTION] « ne sera pas considérée comme s’appliquant à des faits dont l’auteur de la décharge n’avait pas connaissance au moment de la signature de celle-ci ou à des aspects qu’il ne pouvait sans doute pas envisager à ce moment-là. » Ce principe ressemble à la règle de l’arrêt Blackmore, mais il est appliqué d’une manière tout à fait compatible avec l’approche énoncée dans l’arrêt *Sattva*. Dans l’affaire *Bank of British Columbia*, la cour a interprété largement la décharge de responsabilité intervenue entre une banque et un ancien PDG et considéré qu’elle visait tout droit que pouvait avoir ce dernier suivant le régime de retraite du personnel, même si les droits du PDG à ce régime de retraite n’étaient pas expressément mentionnés dans la décharge. En d’autres termes, il a été jugé que les parties avaient envisagé que le régime de retraite serait visé ou avaient eu réciproquement l’intention qu’il le soit, même si cette intention n’avait pas été exprimée en toutes lettres dans la décharge de responsabilité.

[30] Plus récemment dans l’affaire *Biancaniello*, s’inspirant de l’arrêt *Ali*, la Cour d’appel de l’Ontario a résumé les principes d’interprétation des contrats applicables aux décharges de responsabilité, certains faisant aussi écho à la règle de l’arrêt Blackmore. Par exemple, la cour a souligné que [TRADUCTION]

the thing or things that were specially in the contemplation of the parties when the release was given”: para. 42, point 3. However, as in *Bank of British Columbia*, the Court of Appeal for Ontario interpreted the release at issue in *Biancaniello* broadly. The release was between an accounting firm and its client, signed in the context of a dispute over fees, but the Court of Appeal interpreted it to include subsequently discovered negligence on the part of the firm. In other words, negligence that was unknown to the parties at the time of contract was held to be within their contemplation or mutual intention given that the claim fell within the “subject matter” covered by the release: para. 49. The way the Blackmore Rule is formulated and applied in both these cases reveals no inconsistency with the general principles of contractual interpretation.

[31] It is true that the application of the Blackmore Rule can yield a narrow interpretation of releases, because courts can rely on it to hold that a claim that arose after the release was signed was not in the contemplation of the parties and is therefore not covered: see Hall, at pp. 288-89. For example, in *Privest Properties Ltd. v. Foundation Co. of Canada* (1997), 36 B.C.L.R. (3d) 155, the Court of Appeal for British Columbia applied the Blackmore Rule to interpret a release narrowly and hold that it did not apply to all potential future litigation. It stated, at para. 13: “. . . it appears to have been the parties’ intention that by inserting the words ‘from the beginning of the construction to the date of these presents’, claims which later came to their knowledge would be excluded”. Similarly, in *Hill*, this Court relied on the Blackmore Rule in reading a release narrowly and held that “[c]onsidering this release in the context of the expropriations proceedings it becomes clear that an essential and integral element of the consideration was the equitable interest in [the] land”, and the release therefore could not constitute a bar to compensation to the appellants for the taking of

« [l]e langage général utilisé dans une décharge de responsabilité se limite à la chose ou aux choses qu’envisaient de façon précise les parties au moment où la décharge a été accordée » : par. 42, point 3. Cependant, tout comme dans l’affaire *Bank of British Columbia*, la Cour d’appel de l’Ontario a, dans *Biancaniello*, interprété largement la décharge de responsabilité en litige. Cette décharge était intervenue entre un cabinet de comptables et un de ses clients dans le cadre d’un différend portant sur des honoraires, mais la Cour d’appel a considéré que la décharge visait des faits négligents imputables au cabinet découverts subséquemment. En d’autres termes, il a été décidé que les faits négligents inconnus des parties au moment de la conclusion du contrat avaient été envisagés par les parties ou que celles-ci avaient eu réciproquement l’intention qu’ils le soient, parce que la réclamation relevait de « l’objet » visé par la décharge : par. 49. La façon dont la règle de l’arrêt Blackmore est formulée et appliquée dans ces deux affaires ne révèle aucune incompatibilité avec les principes généraux d’interprétation des contrats.

[31] Il est vrai que l’application de la règle de l’arrêt Blackmore peut donner lieu à une interprétation stricte des décharges de responsabilité, étant donné que les tribunaux peuvent se fonder sur cette règle pour conclure qu’une réclamation survenant après la signature de la décharge de responsabilité ne relève pas des choses qu’avaient envisagées les parties et n’est donc pas visée : voir Hall, p. 288-289. Par exemple, dans l’affaire *Privest Properties Ltd. c. Foundation Co. of Canada* (1997), 36 B.C.L.R. (3d) 155, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a appliqué la règle de l’arrêt Blackmore et interprété étroitement une décharge de responsabilité, concluant que celle-ci ne s’appliquait pas à tout litige éventuel. La cour a déclaré qu’il [TRADUCTION] « semble qu’en insérant les mots “à partir du début des travaux de construction jusqu’à la date des présentes”, les parties aient eu l’intention d’exclure les réclamations dont elles apprendraient l’existence ultérieurement » : par. 13. De même, dans l’arrêt *Hill*, notre Cour s’est fondée sur la règle de l’arrêt Blackmore lorsqu’elle a interprété étroitement une décharge de responsabilité et décidé que « [l]’examen de la

their equitable interest in the land: para. 21. However, it seems to me that the same conclusion could have been reached in these cases by simply applying the principles set out in *Sattva*.

[32] Therefore, as the Court of Appeal concluded in the present case, whether one approaches the matter on the basis of the Blackmore Rule or not, the result is the same, and the application judge’s reliance on the Blackmore Rule is of no moment. As I read the application judge’s reasons, his conclusion about what the parties “contemplated” is synonymous with the language from *Sattva* about what the parties mutually, objectively intended: *Sattva*, at para. 57.

[33] The Blackmore Rule and the jurisprudence pursuant to it should no longer be referred to, as the function that it had served has been subsumed entirely by the approach set out in *Sattva*. There is no principled reason to have a special rule applicable only to releases, in light of the contemporary approach to contract interpretation. As Lord Nicholls put it in *Ali*, at para. 26:

. . . there is no room today for the application of any special “rules” of interpretation in the case of general releases. There is no room for any special rules because there is now no occasion for them. A general release is a term in a contract. The meaning to be given to the words used in a contract is the meaning which ought reasonably to be ascribed to those words having due regard to the purpose of the contract and the circumstances in which the contract was made. This general principle is as much applicable to a general release as to any other contractual term. Why ever should it not be?

présente [décharge] dans le contexte de la procédure d’expropriation révèle clairement que l’intérêt foncier en *equity* qui établissait un droit de passage permettant de traverser la route était une partie intégrante et essentielle de la contrepartie accordée », de telle sorte que la décharge ne pouvait pas faire obstacle au paiement aux appelants d’une indemnité pour l’expropriation de leur intérêt en *equity* dans les terres visées : par. 21. Toutefois, il me semble que l’on aurait pu arriver à la même conclusion dans ces affaires tout simplement en appliquant les principes énoncés dans l’arrêt *Sattva*.

[32] Par conséquent, comme a conclu la Cour d’appel dans la présente affaire, qu’on aborde ou non la question suivant la règle de l’arrêt Blackmore, le résultat est le même, et le fait que le juge de la requête se soit fondé sur cette règle n’a aucune importance. Selon la lecture que je fais des motifs du juge de la requête, la conclusion qu’il a tirée au sujet de ce que les parties « envisageaient » équivaut à la formule employée dans l’arrêt *Sattva* au sujet de l’intention réciproque et objective des parties : *Sattva*, par. 57.

[33] La règle de l’arrêt Blackmore et la jurisprudence en découlant ne devraient plus désormais être invoquées, car le rôle qu’elles jouaient est maintenant partie intégrante de l’approche énoncée dans l’arrêt *Sattva*. Il n’y a aucune raison logique justifiant l’existence d’une règle spéciale applicable uniquement aux décharges de responsabilité, compte tenu de la démarche contemporaine d’interprétation des contrats. Comme l’a expliqué lord Nicholls dans l’arrêt *Ali*, par. 26 :

[TRADUCTION] . . . il n’y a plus lieu aujourd’hui d’appliquer des « règles » spéciales d’interprétation aux décharges générales de responsabilité. Il n’y a plus lieu d’appliquer de telles règles, puisqu’il n’existe plus maintenant d’occasion l’exigeant. Une décharge générale de responsabilité est une stipulation contractuelle. Le sens à donner aux mots utilisés dans un contrat est celui qui doit raisonnablement leur être attribué eu égard à l’objet du contrat et aux circonstances dans lesquelles celui-ci a été conclu. Ce principe général s’applique tout autant aux décharges générales qu’à toute autre stipulation contractuelle. Pourquoi d’ailleurs devrait-il en être autrement?



[34] This uniform understanding of the principles of contractual interpretation is consistent with this Court’s guidance in *Sattva* that “the interpretation of contracts has evolved towards a practical, common-sense approach not dominated by technical rules of construction”: para. 47. There is no special rule of contractual interpretation that applies only to releases.

(2) Any Judicial Tendency to Interpret Releases Narrowly Is Not a Function of any Special Rule, but Rather a Function of Releases Themselves

[35] Releases tend to have certain features that may give rise to careful interpretations. Contractual interpretation requires courts to give the words of a contract their ordinary and grammatical meaning, in a way that is consistent with the surrounding circumstances known to the parties at the time of contract formation: *Sattva*, at paras. 47-48. Sometimes the ordinary meaning of the words and the surrounding circumstances come into tension, and courts must decide whether to rely on the surrounding circumstances to refine the meaning of the words, or whether doing so would impermissibly overwhelm the words of the agreements, in which case the words must override: para. 57. This tension may more often arise when interpreting releases, for two reasons.

[36] First, as Cass observes, “[a] distinctive feature of releases is that they are often expressed in the broadest possible words”: p. 83 (footnote omitted). A general release, if interpreted literally, could prevent the releasor from suing the releasee for any reason, forever. While such a release may not be enforceable for other reasons (e.g., unconscionability), the circumstances may also often indicate that such extreme consequences are not what the parties objectively intended. As the Court of Appeal for British Columbia put it in *Strata Plan BCS 327*, “[w]hile releases signed in the course of a settlement of a dispute are often worded in a broad and general fashion, appearing to cover the end of the world, they must be considered in the context of the dispute”:

[34] Cette conception uniforme des principes d’interprétation des contrats s’accorde avec l’indication donnée par notre Cour dans l’arrêt *Sattva* suivant laquelle « l’interprétation des contrats a évolué vers une démarche pratique, axée sur le bon sens plutôt que sur des règles de forme en matière d’interprétation » : par. 47. Il n’existe aucune règle spéciale d’interprétation des contrats qui s’applique uniquement aux décharges de responsabilité.

(2) Toute tendance judiciaire à interpréter étroitement les décharges de responsabilité est fonction non pas de quelque règle spéciale, mais plutôt des décharges elles-mêmes

[35] Les décharges de responsabilité tendent à présenter certaines caractéristiques susceptibles de donner lieu à des interprétations prudentes. Le tribunal appelé à interpréter un contrat doit donner aux mots figurant dans celui-ci leur sens ordinaire et grammatical, qui s’harmonise avec les circonstances dont les parties avaient connaissance au moment de la conclusion du contrat : *Sattva*, par. 47-48. Il arrive parfois qu’il y ait tension entre le sens ordinaire des mots et les circonstances, et les tribunaux doivent alors décider s’ils doivent s’appuyer sur les circonstances afin de préciser le sens des mots ou si, ce faisant, celles-ci supplanteraient de façon inacceptable les mots de l’accord, auquel cas ce sont ceux-ci qui doivent l’emporter : par. 57. De telles tensions surviennent le plus souvent dans l’interprétation des décharges de responsabilité, et ce, pour deux raisons.

[36] Premièrement, ainsi que Cass le fait observer, [TRADUCTION] « [u]ne caractéristique distinctive des décharges de responsabilité est qu’elles sont souvent libellées de la façon la plus large possible » : p. 83 (note de bas de page omise). Interprétée littéralement, une décharge générale de responsabilité pourrait empêcher à jamais l’auteur de la décharge de poursuivre le bénéficiaire de celle-ci pour quelque raison que ce soit. Bien qu’une telle décharge de responsabilité puisse ne pas être susceptible d’exécution pour d’autres raisons (p. ex., pour cause d’iniquité), les circonstances peuvent également souvent indiquer que des conséquences aussi extrêmes ne correspondent pas à ce que les parties souhaitaient objectivement. Comme l’a expliqué la Cour d’appel

para. 26. This context can serve as a limiting factor to the breadth of wording found in a release.

[37] Second, parties to a release are often trying to account for risks that at the time of contract are unknown. There is an imprecision inherent in this task; this can give rise to disagreement as to what was intended. As Lord Nicholls wrote in *Ali*, parties settling a dispute want “to wipe the slate clean”, but it is not unusual for a claim to come to light whose existence was not known or suspected by either party. The emergence of such an unsuspected claim gives rise to the question of “whether the context in which the general release was given is apt to cut down the apparently all-embracing scope of the words of the release”: para. 23.

[38] For these reasons, releases may tend to lead to dissonance between the words of the agreement on their face and what the parties seem to have objectively intended based on the surrounding circumstances, with greater regularity than other types of contracts: see Cass, at p. 89. In resolving this tension, courts can be persuaded to interpret releases narrowly more so than other types of contracts, not because there is any special rule of interpretation that applies to releases, but simply because the broad wording of releases can conflict with the circumstances, especially for claims not in contemplation at the time of the release. The broader the wording of the release, the more likely this is to be so.

[39] In *Ali*, the House of Lords unanimously agreed that it is possible for a release to include claims

de la Colombie-Britannique dans l’affaire *Strata Plan BCS 327*, [TRADUCTION] « [b]ien que les décharges de responsabilité signées dans le cadre du règlement à l’amiable d’un différend soient souvent formulées de façon large et générale, et semblent couvrir tous les cas de figure imaginables, elles doivent être examinées dans le contexte du différend en question » : par. 26. Ce contexte peut constituer un facteur limitant la portée du libellé de la décharge de responsabilité.

[37] Deuxièmement, les parties à une décharge de responsabilité s’efforcent souvent de parer aux risques qui sont inconnus au moment de la conclusion du contrat. Une telle opération est intrinsèquement imprécise; cette situation peut être à l’origine de désaccords quant à ce qu’entendaient les parties. Comme a écrit lord Nicholls dans l’arrêt *Ali*, les parties qui règlent un litige à l’amiable veulent « tourner la page », mais il n’est pas rare que survienne ultérieurement une réclamation dont l’existence n’était pas connue ou soupçonnée par l’une ou l’autre des parties. La survenance d’une telle réclamation imprévue soulève la question de savoir si « le contexte dans lequel la décharge générale de responsabilité a été accordée est susceptible de restreindre la portée apparemment englobante de son libellé » : par. 23.

[38] Pour ces raisons, les décharges de responsabilité tendent peut-être à créer, plus régulièrement que d’autres types de contrats, une dissonance entre les mots mêmes de l’accord et ce qui semble avoir été l’intention objective des parties eu égard aux circonstances : voir Cass, p. 89. Il est possible que les tribunaux appelés à résoudre une telle tension se laissent convaincre d’interpréter étroitement les décharges de responsabilité, davantage que d’autres types de contrats, non pas parce qu’il existe quelque règle spéciale d’interprétation applicable aux décharges de responsabilité, mais simplement parce que le large libellé des décharges peut entrer en conflit avec les circonstances, particulièrement pour ce qui est des réclamations qui n’ont pas été envisagées au moment de la signature de la décharge. Plus le libellé de la décharge est général, plus il y a de risque que cela se produise.

[39] Dans l’arrêt *Ali*, la Chambre des lords a jugé à l’unanimité qu’il était possible qu’une décharge

of which the parties were not aware at the time they signed the release. However, Lord Bingham, referencing the line of authority that includes the Blackmore Rule, stated that “in the absence of clear language, the court will be very slow to infer that a party intended to surrender rights and claims of which he was unaware and could not have been aware”: para. 10. He explained that the authorities provide “not a rule of law but a cautionary principle which should inform the approach of the court”: para. 17.

[40] Similarly, Lord Nicholls warned that while a release can include unknown claims, this approach “should not be pressed too far” as “the circumstances in which the release was given may suggest, and frequently they do suggest, that . . . the parties are reasonably to be taken to have intended . . . that the release should apply only to claims, known or unknown, relating to a particular subject matter”: para. 28. Lord Nicholls gave the example of a mutual general release on a settlement of final partnership accounts, and explained that depending on the circumstances, such a release may be properly confined to claims arising out of the partnership, and could not be taken to preclude a claim that later came to light that tree roots from one partner’s property had damaged the foundations of a neighbouring partner’s house.

[41] While the House of Lords was unanimous that it is possible to release unknown claims, they did not make clear what language would be sufficient. As Lord Hoffmann pointed out in dissent, the answer is not to encourage “grosser excesses of verbiage”: para. 38. Cass agrees, and writes, at p. 99: “One hopes that it is not to be expected that the release will catalogue with specificity all possible claims . . . .” Cass suggests that the drafter of a release might consider wording that makes clear whether the release will cover unknown claims and whether the claims must be related to a particular area or subject

de responsabilité englobe des réclamations dont les parties ignoraient l’existence au moment où elles ont signé cette décharge. Toutefois, se référant à la jurisprudence dans laquelle les tribunaux ont tenu compte de la règle de l’arrêt Blackmore, lord Bingham a déclaré que, [TRADUCTION] « en l’absence de libellé clair, le tribunal sera très hésitant à inférer qu’une partie avait l’intention de renoncer à des droits et recours dont elle ignorait l’existence et qu’elle ne pouvait connaître » : par. 10. Il a expliqué que les précédents se veulent « non pas une règle de droit, mais plutôt un principe de précaution qui devrait guider l’approche du tribunal » : par. 17.

[40] De même, lord Nicholls a mis en garde contre le fait que, bien qu’une décharge de responsabilité puisse englober des réclamations inconnues, cette approche [TRADUCTION] « ne devrait pas être poussée trop loin », car « les circonstances dans lesquelles une décharge de responsabilité a été accordée peuvent tendre à indiquer, et fréquemment indiquent effectivement, [. . .] qu’il faut raisonnablement considérer que les parties entendaient que la décharge s’applique uniquement aux réclamations, connues ou inconnues, se rapportant à un objet particulier » : par. 28. Lord Nicholls a donné l’exemple d’une quittance générale mutuelle convenue lors du règlement des comptes définitifs d’une société de personnes et expliqué que, selon les circonstances, une telle quittance peut à juste titre se limiter aux réclamations découlant de la société de personnes, et ne pourrait pas être considérée comme opposable à une réclamation survenant ultérieurement et suivant laquelle les racines d’un arbre situé sur la propriété d’un des associés a endommagé les fondations de la maison voisine appartenant à un autre associé.

[41] Bien que la Chambre des lords ait jugé à l’unanimité qu’il était possible d’accorder une décharge de responsabilité à l’égard de réclamations inconnues, elle n’a pas clairement indiqué quel libellé serait suffisant à cette fin. Comme l’a souligné lord Hoffmann dans ses motifs dissidents, la solution n’est pas d’encourager [TRADUCTION] « des excès de verbiage » : par. 38. Cass abonde dans le même sens et écrit, à la p. 99, qu’il [TRADUCTION] « est à espérer que personne ne s’attend à ce qu’une décharge de responsabilité catalogue avec précision toutes les réclamations possibles . . . » Cass suggère au rédacteur

matter. This is a sensible approach. I would add that releases that are narrowed to a particular time frame or subject matter are less likely to give rise to tension between the words and what the surrounding circumstances indicate the parties objectively intended.

[42] *Biancaniello*, discussed above, provides an example. In that case, the Court of Appeal for Ontario applied the principles from *Ali* to interpret a release broadly to include unknown claims. At issue was a release between an accounting firm and its client signed in the context of a fee dispute. The release barred “any and all claims arising from any and all services” provided by the firm to its client through to a certain date, and “without limiting the generality of the foregoing” any and all claims, counterclaims or defences that could have been pleaded in the fee dispute action: para. 6 (emphasis deleted). Feldman J.A., writing for the court, interpreted the release broadly to include claims arising from the firm’s subsequently discovered negligence. She noted that the release was limited to claims that existed up to a certain date, and to claims arising from the services provided by the accountants to their client. There was no need to further specify the types of claims that were included. She explained, at para. 49: “There is no need, for example, to say ‘including tort claims, negligence claims, breach of contract claims, cost claims’, etc. They are all included unless specifically excluded. The same analysis applies to unknown claims. . . . Had it said ‘including known and unknown claims’, that would just have been another way of saying that the release includes all claims.”

d’une décharge de responsabilité d’envisager un libellé indiquant clairement si la décharge englobera les réclamations inconnues et si les réclamations doivent se rapporter à un objet ou domaine particulier. Une telle approche est judicieuse. J’ajouterais que les décharges de responsabilité dont la portée est limitée par la mention d’une période ou d’un objet particuliers sont moins susceptibles d’être source de tensions entre les mots employés et l’intention objective des parties que révèlent les circonstances.

[42] L’arrêt *Biancaniello*, examiné précédemment, en est un exemple. Dans cette affaire, la Cour d’appel de l’Ontario a appliqué les principes dégagés dans l’arrêt *Ali* et interprété largement une décharge de responsabilité, concluant qu’elle englobait des réclamations inconnues. Le litige portait sur une décharge de responsabilité signée par un cabinet d’experts-comptables et un client dans le cadre d’un différend relatif aux honoraires. La décharge excluait [TRADUCTION] « toute réclamation découlant de quelque service que ce soit » fourni par le cabinet au client jusqu’à une certaine date et, « sans limiter la portée générale de ce qui précède », toute réclamation, demande reconventionnelle ou défense qui aurait pu être plaidée dans l’action en contestation des honoraires : par. 6 (caractère gras omis). La juge d’appel Feldman, qui a rédigé l’opinion de la cour, a interprété largement la décharge de responsabilité et conclu qu’elle englobait les réclamations découlant de faits négligents imputables au cabinet découverts subséquentement. Elle a fait observer que la décharge de responsabilité se limitait aux réclamations existantes jusqu’à une certaine date, ainsi qu’aux réclamations découlant des services fournis par les experts-comptables à leur client. Il n’était pas nécessaire de préciser davantage le type de réclamations qui étaient incluses. La juge a expliqué, au par. 49, qu’il « n’est pas nécessaire, par exemple, de préciser “y compris les réclamations pour cause de responsabilité délictuelle, de négligence, de violation de contrat, pour frais”, etc. Toutes ces réclamations sont incluses, à moins d’être expressément exclues. La même analyse s’applique à l’égard des réclamations inconnues. [ . . . ] Si la décharge avait comporté la mention ‘y compris les réclamations connues ou inconnues’, cela n’aurait été qu’une autre façon de dire que la décharge de responsabilité vise toute réclamation. »

[43] Distinctions can be drawn between claims based on facts known to both parties (as in this case) and claims based on facts that were not known to both parties (as in *Biancaniello*). Such distinctions may be relevant when interpreting a release and assessing whether the claim at issue is the kind of claim the parties mutually intended to release. The ultimate question is whether the claim is of the type of claim to which the release is directed. This will depend on the wording and surrounding circumstances of the release in each case. Lord Bingham’s cautionary principle from *Ali* should be understood not as a rule of interpretation, but rather an observation as to the issues that releases will tend to give rise to given their subject matter. Any judicial tendency to narrow the meaning given to broad wording is not the function of any special rule, but rather a function of the context in which releases are given. Thus, the ordinary rules for contract interpretation set out in *Sattva* apply to releases as they do to other contracts.

#### B. *Standard of Review*

[44] In *Sattva*, this Court also explained that contractual interpretation is a fact specific exercise, and should be treated as a mixed question of fact and law for the purpose of appellate review, unless there is an “extricable question of law”. The exception is standard form contracts, which is not relevant here: see *Ledcor Construction*. Extricable questions of law in the context of contractual interpretation include “the application of an incorrect principle, the failure to consider a required element of a legal test, or the failure to consider a relevant factor”: *Sattva*, at para. 53, quoting *King v. Operating Engineers Training Institute of Manitoba Inc.*, 2011 MBCA 80, 270 Man. R. (2d) 63, at para. 21. The circumstances in which a question of law can be extracted will be uncommon. Whether something was or should have been within the common knowledge of the parties at

[43] Il est possible d’établir des distinctions entre les réclamations fondées sur des faits connus des deux parties (comme c’est le cas en l’espèce) et celles fondées sur des faits qui n’étaient pas connus des deux parties (comme c’était le cas dans l’affaire *Biancaniello*). De telles distinctions peuvent s’avérer utiles lorsqu’un tribunal est appelé à interpréter une décharge de responsabilité et à déterminer si la réclamation en litige fait partie du type de réclamations que les parties entendaient réciproquement écarter par la décharge. La question ultime est celle de savoir si la réclamation est du type de celles que vise la décharge de responsabilité. La réponse à cette question dépend dans chaque cas du libellé et des circonstances de la décharge. Le principe de précaution formulé par lord Bingham dans l’arrêt *Ali* ne doit pas être considéré comme une règle d’interprétation, mais plutôt comme une observation sur les questions que les décharges de responsabilité sont susceptibles de soulever compte tenu de leur objet. Toute tendance des tribunaux à interpréter étroitement le libellé général d’une décharge de responsabilité est fonction non pas de quelque règle spéciale, mais plutôt du contexte dans lequel la décharge est accordée. Par conséquent, les règles habituelles d’interprétation des contrats énoncées dans l’arrêt *Sattva* s’appliquent aux décharges de responsabilité comme à tout autre contrat.

#### B. *Norme de contrôle*

[44] Dans l’arrêt *Sattva*, notre Cour a également expliqué que l’interprétation des contrats est une opération tribunaire des faits propres à chaque espèce, et qu’elle doit être considérée comme une question mixte de fait et de droit aux fins de contrôle en appel, sauf s’il existe une « . . . question de droit isolable . . . » Les seuls contrats qui font exception sont les contrats d’adhésion, exception qui n’est pas pertinente en l’espèce : voir *Ledcor Construction*. Parmi les questions de droit isolables dans le contexte de l’interprétation des contrats, mentionnons ce qui suit : [TRADUCTION] « . . . appliquer le mauvais principe ou négliger un élément essentiel d’un critère juridique ou un facteur pertinent » : *Sattva*, par. 53, citant *King c. Operating Engineers Training Institute of Manitoba Inc.*, 2011 MBCA 80, 270 Man. R. (2d) 63, par. 21. Les circonstances dans lesquelles

the time the contract was entered into is a question of fact: *Sattva*, at paras. 49-55 and 58.

[45] In the present case, the Court of Appeal held that the application judge made three errors on extricable questions of law, at paras. 50-52:

Firstly, what was in the contemplation of the City in drafting the Release is not determinative of mutual intent.

Secondly, it was in fact necessary to determine what was “specifically” contemplated by both parties.

Thirdly, it was not sufficient that the broad general wording of the Release potentially covered a subsequent third party action for contribution if the surrounding circumstances suggested otherwise.

[46] I disagree that any of these constitutes an error warranting appellate intervention. While this first point may describe an error as to an extricable question of law, it is not an error that the application judge made. The application judge did consider what was objectively contemplated or intended by the City, but it is clear that he did not consider this to be determinative of mutual intent. The application judge explicitly considers what was in the contemplation of both parties beginning at para. 29. He explains that the Baileys could have negotiated the terms of the release, but that they chose not to, and he concludes that “what was in the contemplation of the parties was that Mrs. Bailey could no longer bring any claim or demand whatsoever against the City relating to the Accident”: para. 43; see also paras. 41-42 and 44. With respect, the Court of Appeal mischaracterized what the application judge did.

une question de droit peut être isolable seront des circonstances peu communes. La question de savoir si une chose relevait ou aurait dû relever du champ d’application des connaissances communes des parties au moment de la signature du contrat est une question de fait : *Sattva*, par. 49-55 et 58.

[45] Dans le cas qui nous occupe, la Cour d’appel a statué, aux par. 50-52 de ses motifs, que le juge de la requête a commis trois erreurs portant sur des questions de droit isolables :

[TRADUCTION] Premièrement, ce qu’envisageait la Ville lorsqu’elle a rédigé la décharge de responsabilité n’était pas déterminant relativement à l’intention réciproque des parties.

Deuxièmement, il était effectivement nécessaire de déterminer ce que les parties envisageaient « de façon précise ».

Troisièmement, il n’était pas suffisant que le libellé large et général de la décharge de responsabilité puisse englober une demande subséquente de mise en cause pour contribution, si les circonstances suggéraient différemment.

[46] Je ne suis pas d’accord pour dire que l’une ou l’autre de ces conclusions constitue une erreur justifiant une intervention en appel. Bien que le premier point décrive possiblement une erreur portant sur une question de droit isolable, il ne s’agit pas d’une erreur qu’a commise le juge de la requête. Ce dernier s’est effectivement demandé ce que la Ville envisageait ou entendait objectivement, mais il est évident qu’il n’a pas estimé que ce facteur était déterminant relativement à l’intention réciproque des parties. Le juge de la requête a explicitement examiné, à partir du par. 29 de ses motifs, ce que les deux parties envisageaient. Il a expliqué que les Bailey auraient pu négocier les modalités de la décharge de responsabilité, mais qu’ils ont choisi de ne pas le faire, et il a conclu que [TRADUCTION] « ce que les parties envisageaient, c’était que M<sup>me</sup> Bailey ne pourrait plus présenter quelque réclamation ou demande que ce soit contre la Ville relativement à l’Accident » : par. 43; voir aussi par. 41-42 et 44. Avec égards pour l’opinion contraire, la Cour d’appel a mal qualifié ce qu’a fait le juge de la requête.

[47] The second and third points are not extricable questions of law. This Court held in *Sattva* that whether something was or reasonably should have been within the common knowledge of both parties at the time a contract was entered into is a question of fact. The Court of Appeal treated the question of how the surrounding circumstances inform the words of a contract as an “extricable question of law”. This undermines the deferential approach to appellate review of contractual interpretation urged by this Court in *Sattva*. The Court of Appeal simply disagreed with the application judge’s interpretation of the surrounding circumstances, characterized it as a question of law, and then substituted its own factual conclusions. This does not accord with *Sattva*.

[48] The application judge considered the surrounding circumstances, and he made a finding about what was in the contemplation or mutual intention of both parties: paras. 23 and 43. The application judge went on to conclude that it was not “necessary that the parties be specifically contemplating a particular type of claim. Instead . . . it is sufficient [that] the parties were contemplating any and all types of claims relating to a particular event such as the Accident”: para. 44. That is to say, he determined that the parties were specifically contemplating any and all claims relating to the accident, including Mrs. Bailey’s third party claim. Even though they may not have explicitly turned their minds to the possibility of a third party claim in particular, it was their objective, mutual intent to cover such a claim within the scope of the release. This holding is a fact-specific application of the principles of contractual interpretation, and it was owed deference.

[49] Although it is not one of the three extricable errors of law identified by the Court of Appeal, I also point out that the Court of Appeal criticizes the application judge for failing to consider “the Baileys’ continuing knowledge of the Temple action and whether it could realistically be said to continue

[47] Les deuxième et troisième points mentionnés ne sont pas des questions de droit isolables. Dans l’arrêt *Sattva*, la Cour a statué que la question de savoir si une chose était ou aurait raisonnablement dû être connue des deux parties au moment de la conclusion du contrat est une question de fait. La Cour d’appel a considéré que la question de savoir comment les circonstances éclairent le libellé du contrat constitue une « question de droit isolable ». Cette approche sape l’attitude déférentielle qu’a préconisée notre Cour dans *Sattva* et dont les juridictions d’appel doivent faire montre en matière d’interprétation contractuelle. La Cour d’appel était tout simplement en désaccord avec l’interprétation des circonstances par le juge de la requête, elle a considéré qu’il s’agissait d’une question de droit, puis elle a substitué ses propres conclusions de fait à celles du premier juge. Cette façon de faire n’est pas conforme à l’arrêt *Sattva*.

[48] Le juge de la requête a examiné les circonstances et a tiré une conclusion relativement à ce que les parties envisageaient ou à leur intention réciproque : par. 23 et 43. Il a ensuite conclu qu’il n’était pas [TRADUCTION] « nécessaire que les parties envisagent de façon précise un type particulier de réclamations. Il suffit plutôt [que] ce que les parties envisageaient était tout type de réclamations se rapportant à un événement particulier tel l’Accident » : par. 44. C’est-à-dire, il a estimé que les parties envisageaient de façon précise toute réclamation se rapportant à l’accident, y compris la demande de mise en cause présentée par M<sup>me</sup> Bailey. Même si les parties n’ont pas fait état explicitement de la possibilité particulière d’une demande de mise en cause, leur intention réciproque et objective était qu’une telle demande soit comprise dans le champ d’application de la décharge de responsabilité. Cette conclusion constitue une application, basée sur les faits, des principes d’interprétation contractuelle, et elle commandait la déférence.

[49] Quoique cet élément ne fasse pas partie des trois erreurs de droit isolables relevées par la Cour d’appel, je souligne également que cette dernière reproche au juge de la requête de ne pas avoir considéré le fait que [TRADUCTION] « les Bailey avaient toujours été au courant de l’action de M. Temple, et

to have been in their contemplation when the Release was signed” given that they had delivered the statement of claim in the Temple Action to their insurers: para. 39. But this is not an error either. Mrs. Bailey’s subjective knowledge of the Temple Action, or lack thereof, is irrelevant under an objective theory of contract law, because unless that knowledge was communicated to the City, it is not a “surrounding circumstance” within the “common knowledge” of the parties: *Sattva*, at para. 58. What is privately in the mind of one party could not affect how that party’s conduct would appear to a reasonable observer in the position of the other: see *Owners, Strata Plan LMS 3905 v. Crystal Square Parking Corp.*, 2020 SCC 29, [2020] 3 S.C.R. 247, at para. 33. I make no comment on the possibility that the law may provide a remedy for the sharp practice of a releasee who intentionally does not disclose the existence of a claim to the releasor, as noted by Lord Nicholls in *Ali*, at paras. 32-33, and by Lord Hoffmann, at paras. 67-71. However, the fact that Mrs. Bailey, the releasor, may have had private knowledge of a claim is irrelevant in interpreting the release to determine whether or not she accidentally released that claim. As Lord Hoffmann observed in *Ali*, at para. 49: “It would be contrary to basic principles of construction for the meaning of a document to be affected by facts which were known to one party but not reasonably available to the other.”

[50] The application judge did not rely on Mrs. Bailey’s subjective knowledge of the Temple Action in assessing the parties’ mutual intent. He did find it “noteworthy” that Mrs. Bailey was aware or ought to have been aware of the Temple Action when she signed the release, having already been served with the statement of claim, but this observation did not form part of his analysis of “what was in the contemplation of the parties”: para. 29. While not a

de ne pas s’être demandé s’il n’était pas réaliste de penser qu’ils l’avaient toujours à l’esprit lors de la signature de la décharge de responsabilité », étant donné qu’ils avaient remis à leur assureur la déclaration qui leur avait été signifiée dans le cadre de l’action de M. Temple : par. 39. Mais cela ne constitue pas non plus une erreur. La connaissance subjective par M<sup>me</sup> Bailey de l’action de M. Temple, ou son absence de connaissance de cette action, n’est pas pertinente suivant la théorie objective du droit des contrats, car à moins que ce fait connu ait été communiqué à la Ville, il ne s’agit pas d’une « circonstance » qui relevait des « connaissances communes » des parties : *Sattva*, par. 58. Ce que pense intimement une partie ne peut avoir d’incidence sur la façon dont sa conduite serait perçue par une personne raisonnable placée dans la même situation que l’autre partie : voir *Owners, Strata Plan LMS 3905 c. Crystal Square Parking Corp.*, 2020 CSC 29, [2020] 3 R.C.S. 247, par. 33. Je ne fais aucun commentaire relativement à la possibilité que le droit puisse donner ouverture à réparation en cas de pratique peu scrupuleuse du bénéficiaire d’une décharge qui omettrait intentionnellement de révéler l’existence d’une réclamation à l’auteur de la décharge, comme l’ont signalé, dans l’arrêt *Ali*, lord Nicholls aux par. 32-33, et lord Hoffmann aux par. 67-71. Toutefois, le fait que M<sup>me</sup> Bailey, l’auteure de la décharge, ait pu avoir personnellement connaissance d’une réclamation n’est pas pertinent dans le cadre de l’interprétation du document afin de décider si elle a ou non renoncé par inadvertance à cette réclamation. Comme lord Hoffmann l’a fait observer dans l’arrêt *Ali*, par. 49 : [TRADUCTION] « Il serait contraire aux principes fondamentaux d’interprétation que des faits dont une partie avait connaissance, mais que l’autre partie ne pouvait raisonnablement connaître, influent sur le sens d’un document. »

[50] Le juge de la requête ne s’est pas fondé sur la connaissance subjective qu’avait M<sup>me</sup> Bailey de l’action de M. Temple afin de dégager l’intention réciproque des parties. Il a effectivement statué que le fait que M<sup>me</sup> Bailey connaissait ou aurait dû connaître l’existence de l’action de M. Temple lorsqu’elle a signé la décharge de responsabilité était [TRADUCTION] « digne de mention », puisqu’elle avait déjà reçu signification de la déclaration, mais cette observation



model of clarity, he therefore avoided falling into the same error as the Court of Appeal.

### C. Application

[51] I see no reviewable error in the application judge’s conclusion that the wording of the release encompasses Mrs. Bailey’s third party claim. The release includes “all actions, suits, causes of action . . . foreseen or unforeseen . . . and claims of any kind or nature whatsoever arising out of or relating to the accident which occurred on or about March 3, 2009”. This wording encompasses Mrs. Bailey’s third party claim, arising out of Mr. Temple’s damages from the accident. If this wording is held to be insufficient to include a claim arising out of the accident, it is hard to imagine what wording would be sufficient, aside from listing every type of claim imaginable one by one (third party claims, cross claims, counter claims, subrogated claims, claims in equity and common law, statutory claims, etc.). There is no principled reason to require parties to particularize the scope of the release in this fashion.

[52] The next clause of the release affirms this broad interpretation. The contract does specifically reference “claims raised or which could have been raised in the [Bailey Action]”, but it references these claims in the context of specifying that the *foregoing generality of the release is not limited to them*. This indicates that the “foregoing” is more general than claims that were or could have been raised in the Bailey Action. Otherwise the portion of the release that precedes “without limiting the generality of the foregoing” would be redundant. The application judge makes these points at paras. 21-22. There is no palpable and overriding error in his reading.

n’a pas fait partie de son analyse de « ce qu’envisa-geaient les parties » : par. 29. Bien qu’il n’ait pas fait montre d’une clarté exemplaire, il a de ce fait évité de commettre la même erreur que la Cour d’appel.

### C. Application

[51] Je ne vois aucune erreur révisable dans la conclusion du juge de la requête suivant laquelle le libellé de la décharge de responsabilité englobait la demande de mise en cause présentée par M<sup>me</sup> Bailey. La décharge de responsabilité vise [TRADUCTION] « quelque action, poursuite, cause d’action [. . .] prévue ou imprévue [. . .] et réclamation de quelque nature que ce soit découlant de l’accident survenu le ou vers le 3 mars 2009 ou s’y rapportant ». Ce libellé englobe la demande de mise en cause présentée par M<sup>me</sup> Bailey, qui découle des dommages subis par M. Temple lors de l’accident. Si ce libellé est jugé insuffisant pour inclure une réclamation découlant de l’accident, il est difficile d’imaginer quel libellé serait suffisant, à moins d’énumérer un par un tous les types de réclamations possibles et imaginables (demande de mise en cause, demande reconventionnelle, demande incidente, action par subrogation, réclamation fondée sur l’equity et la common law, demande fondée sur la loi, etc.). Il n’y a aucune raison logique justifiant d’exiger des parties qu’elles particularisent de cette façon la portée d’une décharge de responsabilité.

[52] La clause suivante de la décharge de responsabilité confirme cette interprétation large. Le contrat fait expressément mention des [TRADUCTION] « réclamations soulevées ou qui auraient pu être soulevées dans [l’action des Bailey] », mais il en fait mention en précisant que *la portée générale de ce qui précède dans la décharge ne se limite pas à elles*. Cela indique que l’expression « ce qui précède » vise davantage que les réclamations soulevées ou qui auraient pu être soulevées dans l’action des Bailey. Si ce n’était pas le cas, la partie de la décharge qui précède les termes [TRADUCTION] « sans limiter la portée générale de ce qui précède » serait redondante. Le juge de la requête a exposé ces points aux par. 21-22 de ses motifs. Son interprétation n’est entachée d’aucune erreur manifeste et déterminante.

[53] There is also no palpable and overriding error in the application judge’s finding that the surrounding circumstances are consistent with this reading. Both the City and the Baileys were aware that Mrs. Bailey had struck a City employee with her car, and both were aware that the other knew. This is obvious from the pleadings exchanged by the City and the Baileys in the Bailey Action. Both the City and Mrs. Bailey therefore knew, or ought to have known on an objective basis, that the City employee who had been hit may have an outstanding claim against Mrs. Bailey, or the City, or both, and that such a claim could put the City and Mrs. Bailey in an adverse position to one another, where it would be to both of their advantages to blame the damage on the other. This aspect of the factual matrix weighs in favour of interpreting the words of the release as including Mrs. Bailey’s third party claim in the Temple Action. The application judge explains this at paras. 27-28 of his reasons.

[54] The application judge concluded that “it is sufficient [that] the parties were contemplating any and all types of claims relating to a particular event such as the Accident”. In other words, because the parties narrowed the subject matter of the release to claims arising out of a particular event, the application judge found no tension between the words and the surrounding circumstances. As in *Biancaniello*, the release was circumscribed, and nothing in the surrounding circumstances indicated to the application judge that the words of the release should be interpreted to depart from what on a plain reading they would mean.

[55] In its own interpretation of the release, the Court of Appeal observed that the quantum of “only \$7,500” was “not inconsistent” with the conclusion that the parties intended to release only the Baileys’ claims: paras. 63-64. This may be true, but the settlement quantum of \$7,500 is also not inconsistent with the application judge’s interpretation, and in any case, there is no evidence in the record of the City’s

[53] La conclusion du juge de la requête selon laquelle les circonstances sont compatibles avec cette interprétation n’est pas non plus entachée de quelque erreur manifeste et déterminante. Tant la Ville que les Bailey étaient au courant que M<sup>me</sup> Bailey avait heurté un employé de la Ville avec sa voiture, et chaque partie savait que l’autre était au courant. Cela ressort clairement des actes de procédure échangés par la Ville et les Bailey dans l’action des Bailey. Par conséquent, tant la Ville que M<sup>me</sup> Bailey savaient — ou auraient objectivement dû savoir — que l’employé de la Ville qui avait été heurté pouvait avoir une réclamation à faire valoir contre M<sup>me</sup> Bailey, contre la Ville ou contre les deux, et qu’une telle réclamation pouvait mettre la Ville et M<sup>me</sup> Bailey dans une situation antagoniste l’une par rapport à l’autre, de sorte qu’il serait avantageux pour chacune de jeter le blâme sur l’autre. Cet aspect du contexte factuel milite en faveur d’une interprétation du libellé de la décharge de responsabilité ayant pour effet d’inclure la demande de mise en cause présentée par M<sup>me</sup> Bailey dans l’action de M. Temple. Le juge de la requête explique ce point aux par. 27-28 de ses motifs.

[54] Le juge de la requête a conclu qu’« [i]l suffit [que] ce que les parties envisageaient était tout type de réclamations se rapportant à un événement particulier tel l’Accident ». En d’autres mots, comme les parties ont restreint l’objet de la décharge de responsabilité aux réclamations découlant d’un événement particulier, le juge de la requête n’a constaté l’existence d’aucune tension entre le libellé du contrat et les circonstances. Tout comme dans l’arrêt *Biancaniello*, la portée de la décharge de responsabilité était circonscrite et rien dans les circonstances n’indiquait au juge de la requête que les mots utilisés dans la décharge devaient être interprétés d’une manière s’écartant de leur sens ordinaire.

[55] Dans sa propre interprétation de la décharge, la Cour d’appel a fait observer que le montant du règlement à l’amiable, [TRADUCTION] « seulement 7 500 \$ », n’était « pas incompatible » avec la conclusion selon laquelle les parties entendaient que la décharge s’applique uniquement aux réclamations des Bailey : par. 63-64. C’est peut-être vrai, mais ce montant de 7 500 \$ n’est pas non plus incompatible

liability against which to compare the settlement quantum.

[56] I make one final observation. The application judge also considered the pre-contract negotiations in reaching his conclusion that the parties mutually intended to release Mrs. Bailey's claim: paras. 30-38. The Court of Appeal did too, but reached a different conclusion: paras. 67-68. Neither party argued that there was anything wrong with this approach by the courts below. However, there is a longstanding, traditional rule that evidence of negotiations is inadmissible when interpreting a contract: see *Resolute FP Canada Inc. v. Ontario (Attorney General)*, 2019 SCC 60, [2019] 4 S.C.R. 394, at para. 100, per Côté and Brown JJ., in dissent; *Chartbrook Ltd. v. Persimmon Homes Ltd.*, [2009] UKHL 38, [2009] 1 A.C. 1101; Hall, at pp. 423-32; A. Swan, J. Adamski and A. Y. Na, *Canadian Contract Law* (4th ed. 2018), at pp. 745-48; K. Lewison, *The Interpretation of Contracts* (7th ed. 2020), at pp. 117-31; J. D. McCamus, *The Law of Contracts* (3rd ed. 2020), at pp. 809-13. Justices Côté and Brown observed in *Resolute* that this rule "sits uneasily" next to the approach from *Sattva* that directs courts to consider the surrounding circumstances in interpreting a contract: para. 100. Hall and the authors of *Canadian Contract Law* both emphasize the difficulty in drawing a principled distinction between the circumstances surrounding contract formation and negotiations.

[57] I leave for another day the question of whether, and if so, in what circumstances, negotiations will be admissible in interpreting a contract. That issue needs to await a case where it has been fully argued and is necessary in order to decide the appeal. In this case, the application judge did not consider the negotiations to be determinative in interpreting the contract one way or the other: see paras. 37-38 and 41.

avec l'interprétation du juge de la requête, et, quoi qu'il en soit, il n'y a au dossier aucun élément de preuve de la responsabilité de la Ville au regard duquel on peut apprécier ce montant.

[56] Je tiens à faire une dernière observation. Le juge de la requête a également pris en considération les négociations précontractuelles lorsqu'il a conclu que les parties entendaient réciproquement régler par la décharge la réclamation de M<sup>me</sup> Bailey : par. 30-38. La Cour d'appel en a elle aussi tenu compte, mais elle a tiré une conclusion différente : par. 67-68. Ni l'une ni l'autre des parties n'a soutenu qu'il y avait quoi que ce soit d'erroné dans cette approche des juridictions inférieures. Toutefois, il existe une règle traditionnelle de longue date suivant laquelle la preuve relative aux négociations d'un contrat est inadmissible dans l'interprétation de celui-ci : voir *Produits forestiers Résolu c. Ontario (Procureur général)*, 2019 CSC 60, [2019] 4 R.C.S. 394, par. 100, les juges Côté et Brown, dissidents; *Chartbrook Ltd. c. Persimmon Homes Ltd.*, [2009] UKHL 38, [2009] 1 A.C. 1101; Hall, p. 423-432; A. Swan, J. Adamski et A. Y. Na, *Canadian Contract Law* (4<sup>e</sup> éd. 2018), p. 745-748; K. Lewison, *The Interpretation of Contracts* (7<sup>e</sup> éd. 2020), p. 117-131; J. D. McCamus, *The Law of Contracts* (3<sup>e</sup> éd. 2020), p. 809-813. Dans l'arrêt *Resolute*, les juges Côté et Brown ont fait observer que cette règle « s'accorde mal » avec la directive donnée par notre Cour dans l'arrêt *Sattva* intimant aux tribunaux de tenir compte des circonstances entourant la conclusion d'un contrat dans l'interprétation de celui-ci : par. 100. Tant Hall que les auteurs de l'ouvrage *Canadian Contract Law* soulignent la difficulté d'établir une distinction fondée sur des principes entre les circonstances entourant la formation d'un contrat et les négociations.

[57] Je reporte à une autre occasion l'examen de la question de savoir si — et dans l'affirmative, dans quelles circonstances — la prise en compte des négociations est permise lors de l'interprétation d'un contrat. L'examen de cette question devra attendre que se présente une affaire dans laquelle la question aura été pleinement débattue et il est nécessaire d'y répondre pour trancher l'appel. En l'espèce, le juge de la requête n'a pas considéré que les négociations étaient déterminantes dans un sens ou dans l'autre dans l'interprétation du contrat : voir les par. 37-38 et 41.

[58] To conclude, there is no reviewable error in the application judge's conclusion that the release includes Mrs. Bailey's third party claim. The claim comes within the plain meaning of the words of the release, the surrounding circumstances confirm that the parties had objective knowledge of all the facts underlying Mrs. Bailey's third party claim when they executed the release, and like *Biancaniello*, the parties limited the scope of the release to claims arising out of a particular event.

#### VII. Disposition

[59] The appeal is allowed, the Court of Appeal's order is set aside and the order of the application judge is reinstated. The appellant will have its costs throughout.

*Appeal allowed with costs throughout.*

*Solicitors for the appellant: Stewart McKelvey, St. John's.*

*Solicitors for the respondent: McInnes Cooper, St. John's.*

[58] En définitive, la conclusion du juge de la requête selon laquelle la décharge de responsabilité englobe la demande de mise en cause présentée par M<sup>me</sup> Bailey n'est entachée d'aucune erreur révisable. Cette demande est visée par le sens ordinaire des mots utilisés dans la décharge de responsabilité, les circonstances confirment que les parties avaient une connaissance objective de tous les faits sous-jacents à la demande de mise en cause présentée par M<sup>me</sup> Bailey lorsqu'elles ont signé la décharge, et, tout comme dans l'arrêt *Biancaniello*, les parties ont limité la portée de la décharge aux réclamations découlant d'un événement particulier.

#### VII. Dispositif

[59] Le pourvoi est accueilli, l'ordonnance de la Cour d'appel est annulée et l'ordonnance du juge de la requête est rétablie. L'appelante a droit à ses dépens devant toutes les cours.

*Pourvoi accueilli avec dépens devant toutes les cours.*

*Procureurs de l'appelante : Stewart McKelvey, St. John's.*

*Procureurs de l'intimée : McInnes Cooper, St. John's.*



ISSN 0045-4230

*If undelivered, return to:*  
Library  
Supreme Court of Canada  
Ottawa, Ontario  
Canada K1A 0J1

*En cas de non-livraison, retourner à :*  
Bibliothèque  
Cour suprême du Canada  
Ottawa (Ontario)  
Canada K1A 0J1

---

Available from:  
Library  
Supreme Court of Canada  
Ottawa, Ontario – Canada K1A 0J1  
scr-rs@scc-csc.ca

En vente auprès de :  
Bibliothèque  
Cour suprême du Canada  
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0J1  
scr-rs@scc-csc.ca