



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 1, 2014 Vol. 2

1^{er} cahier, 2014 Vol. 2

Cited as [2014] 2 S.C.R. 3-322

Renvoi [2014] 2 R.C.S. 3-322

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

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

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêviste en chef
J. DAVID POWER

Senior Counsel / Avocate-conseil
JULIE TERRIEN

Legal Counsel / Conseillers juridiques

CLAIRE ZOË BIDER-HALL
JANICE CHENEY
CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
GENEVIÈVE DOMEY
LEE ANN GORMAN

AMÉLIE LAVICTOIRE
KAREN LEVASSEUR
JOANNE NORMAN
LORRAINE PILETTE
RÉMI SAMSON

IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
RENÉE THÉRIAULT
RENÉE MARIA TREMBLAY

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

Jurilinguists / Jurilinguistes

DAVID AUBRY
STEPHEN BALOGH

JULIE BOULANGER
MARIE RODRIGUE

MARIE-LUC SIMONEAU
CLAIRE VALLÉE

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

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET
MONIQUE DELORME

NANCY MCCAUGHAN
PAULINE MCTAVISH

ANNE-MARIE NOËL
LÉANDRE PELLETIER-PÉPIN

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

Administrative Assistants / Adjointes administratifs
SÉBASTIEN GAGNÉ MANON PLOUFFE

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

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

CONTENTS

Canada (Citizenship and Immigration) v.

Harkat 33

Constitutional law — Charter of Rights — Right to life, liberty and security of person — Certificate issued against foreign national stating that he is inadmissible to Canada on national security grounds for allegedly engaging in terrorism — Named person challenging constitutionality of security certificate scheme on grounds that it prevents full disclosure and personal participation in hearings — Whether scheme under which security certificate issued deprives named person of right to life, liberty and security of person in accordance with principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 77(2), 83(1)(c), (d), (e), (h), (i), 85.4(2), 85.5(b).

Immigration — Inadmissibility and removal — National security — Certificate issued against foreign national stating that he is inadmissible to Canada on national security grounds for allegedly engaging in terrorism — Judge reviewing reasonableness of certificate finding sufficient evidence to demonstrate that certificate was reasonable and upholding certificate — Whether designated judge erred in concluding that certificate was reasonable.

Evidence — Privilege — Informer privilege — Information used against named person obtained by CSIS from human sources — Whether CSIS human sources are covered by class privilege — Whether CSIS human sources can be cross-examined.

Constitutional law — Charter of Rights — Procedural fairness — Duty to disclose — Remedy — Summaries of intercepted conversations tendered as evidence against named person — Source materials for summaries destroyed in accordance with internal policy of CSIS — Whether destruction of source materials breached named person's right to procedural fairness — Whether designated judge erred in refusing to exclude summaries of intercepted conversations — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 24(1).

Stay of proceedings — Duties of candour and utmost good faith — Fairness of process — Ex parte proceedings — Review of reasonableness of security certificate — Whether ministers made reasonable efforts to obtain information sought by special advocates — Whether ministers breached duties of candour and utmost good faith — Whether proceedings against named person were fair — Whether named person entitled to stay of proceedings.

SOMMAIRE

Canada (Citoyenneté et Immigration) c.

Harkat 33

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Certificat délivré contre un étranger atteste que cette personne est interdite de territoire au Canada pour raison de sécurité nationale parce qu'elle se serait livrée à des activités terroristes — Constitutionnalité du régime des certificats de sécurité contestée par la personne visée au motif qu'il empêche la divulgation complète et sa participation personnelle aux audiences — Le régime en vertu duquel sont délivrés les certificats de sécurité prive-t-il la personne visée de son droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne d'une manière conforme aux principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 77(2), 83(1)(c), (d), (e), (h), (i), 85.4(2), 85.5b).

Immigration — Interdiction de territoire et renvoi — Sécurité nationale — Certificat délivré contre un étranger atteste que cette personne est interdite de territoire au Canada pour raison de sécurité nationale parce qu'elle se serait livrée à des activités terroristes — Juge chargé de se prononcer sur le caractère raisonnable du certificat d'avis qu'il y a une preuve suffisante pour l'établir et confirme la validité du certificat en question — Le juge désigné a-t-il commis une erreur en concluant au caractère raisonnable du certificat?

Preuve — Privilège — Privilège relatif aux indicateurs — Renseignements utilisés contre la personne visée obtenus par le SCRS de sources humaines — Les sources humaines du SCRS sont-elles protégées par un privilège générique? — Les sources humaines du SCRS peuvent-elles être contre-interrogées?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Équité procédurale — Obligation de divulgation — Réparation — Résumés de conversations interceptées produits en preuve contre la personne visée — Documents à l'origine des résumés détruits conformément à une politique interne du SCRS — La destruction des documents à l'origine des résumés a-t-elle porté atteinte au droit à l'équité procédurale de la personne visée? — Le juge désigné a-t-il commis une erreur en refusant d'exclure les résumés des conversations interceptées? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 24(1).

Arrêt des procédures — Obligations de franchise et de bonne foi la plus absolue — Équité du processus — Procédures ex parte — Examen du caractère raisonnable du certificat de sécurité — Les ministres ont-ils fourni

CONTENTS (Continued)

Canadian Artists' Representation v. National Gallery of Canada 197

Culture and entertainment law — Status of the artist — Copyright — Collective bargaining — Duty to bargain in good faith — Whether artists' associations are precluded from bargaining minimum fees for use of existing artistic works in agreements negotiated under Status of the Artist Act — Whether allowing scale agreements imposing minimum fees for provision of copyrights for existing works conflicts with Copyright Act — Whether Tribunal's finding that National Gallery of Canada failed to bargain in good faith was reasonable — Standard of review — Status of the Artist Act, S.C. 1992, c. 33 — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42.

Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General) 135

Administrative law — Transportation law — Boards and tribunals — Judicial review — Standard of review — Governor in Council rescinding decision of Canadian Transportation Agency — Whether Governor in Council empowered to vary or rescind decision of Agency — Whether applicable standard of review is correctness or reasonableness — Canadian Transportation Act, S.C. 1996, c. 10, ss. 40, 41, 120.1.

John Doe v. Ontario (Finance) 3

Access to information — Exemptions — Advice or recommendations of public servant — Government institution applying exemption for advice or recommendations at s. 13(1) of Freedom of Information and Protection of Privacy Act and denying access to information request — Information and Privacy Commissioner ordering disclosure — Whether Commissioner's disclosure order reasonable — Whether s. 13(1) exemption for advice or recommendations applies to policy options that do not suggest course of action — Whether s. 13(1) exemption applies to information that is not communicated — Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.O. 1990, c. F.31, s. 13(1).

McCormick v. Fasken Martineau DuMoulin LLP 108

Human rights — Discrimination — Employment — Age — Law firm partnership agreement containing provision relating to retirement at age 65 — Equity partner filing complaint with Human Rights Tribunal arguing provision constituting age discrimination in employment — Whether equity partner engaged in "employment relationship" for purposes of Human Rights Code —

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

des efforts raisonnables pour obtenir les renseignements demandés par les avocats spéciaux? — Les ministres ont-ils manqué à leurs obligations de franchise et de bonne foi la plus absolue? — Les procédures contre la personne visée étaient-elles équitables? — La personne visée a-t-elle droit à l'arrêt des procédures?

Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général) 135

Droit administratif — Droit des transports — Organismes et tribunaux administratifs — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Gouverneur en conseil annulant une décision de l'Office des transports du Canada — Le gouverneur en conseil est-il habilité à modifier ou à annuler une décision de l'Office? — La norme de contrôle applicable est-elle celle de la décision correcte ou celle de la décision raisonnable? — Loi sur les transports au Canada, L.C. 1996, ch. 10, art. 40, 41, 120.1.

Front des artistes canadiens c. Musée des beaux-arts du Canada 197

Droit de la culture et du divertissement — Statut de l'artiste — Droit d'auteur — Négociation collective — Obligation de négocier de bonne foi — Les associations d'artistes sont-elles empêchées de négocier des tarifs minimums pour l'utilisation d'œuvres artistiques existantes dans des accords négociés en vertu de la Loi sur le statut de l'artiste? — Le fait de permettre l'inclusion, dans des accords-cadres, de tarifs minimums pour l'octroi des droits d'auteur sur des œuvres existantes entre-t-il en conflit avec la Loi sur le droit d'auteur? — La conclusion du Tribunal selon laquelle le Musée des beaux-arts du Canada n'avait pas négocié de bonne foi était-elle raisonnable? — Norme de contrôle — Loi sur le statut de l'artiste, L.C. 1992, ch. 33 — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42.

McCormick c. Fasken Martineau DuMoulin S.E.N.C.R.L./s.r.l. 108

Droits de la personne — Discrimination — Emploi — Âge — Contrat de société d'un cabinet d'avocats comportant une disposition relative au départ à la retraite à l'âge de 65 ans — Dépôt par un associé participant d'une plainte auprès du Tribunal des droits de la personne au motif que cette disposition constituerait de la discrimination en matière d'emploi fondée sur l'âge — L'associé participant était-il dans une « relation d'emploi » visée par le code des droits de la personne? — La plainte relève-t-elle de la compétence du Tribunal des droits de la personne? — Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, ch. 210, art. 1, 13, 27.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Whether complaint comes within jurisdiction of Human Rights Tribunal — Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, c. 210, ss. 1, 13, 27.

R. v. Anderson 167

Constitutional law — Charter of Rights — Right to life, liberty and security of the person — Criminal law — Sentencing — Aboriginal offenders — Mandatory minimum sentence — Accused convicted of impaired driving for fifth time — Crown prosecutor seeking mandatory minimum sentence — Whether s. 7 of the Charter requires the Crown to consider Aboriginal status of accused when seeking minimum sentence for impaired driving — Whether consideration of Aboriginal status is a principle of fundamental justice — Whether decision to seek mandatory minimum sentence is a matter of core prosecutorial discretion — Standard of review for Crown decision making — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 253(1)(b), 255(1)(a)(iii), 727(1).

R. v. Spencer 212

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Privacy — Police having information that IP address used to access or download child pornography — Police asking Internet service provider to voluntarily provide name and address of subscriber assigned to IP address — Police using information to obtain search warrant for accused's residence — Whether police conducted unconstitutional search by obtaining subscriber information matching IP address — Whether evidence obtained as a result should be excluded — Whether fault element of making child pornography available requires proof of positive facilitation — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 163.1(3), (4), 487.014(1) — Personal Information Protection and Electronic Documents Act, S.C. 2000, c. 5, s. 7(3)(c.1)(ii) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

Stubicar v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) 104

Courts — Supreme Court of Canada — Application for leave to appeal — Reconsideration — Whether decision of Registrar refusing motion for reconsideration for filing subject to review by judge — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/2002-156, rr. 8(2), 73, 78.

Tsilhqot'in Nation v. British Columbia 257

Aboriginal law — Aboriginal title — Land claims — Elements of test for establishing Aboriginal title to land —

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique 257

Droit des Autochtones — Titre ancestral — Revendications territoriales — Éléments du critère permettant d'établir l'existence du titre ancestral sur un territoire — Droits et restrictions rattachés au titre ancestral — Obligations de la Couronne avant et après la reconnaissance du titre ancestral — Province accordant un permis commercial de coupe de bois dans un secteur qu'une Première Nation semi-nomade considère être son territoire ancestral — Première Nation revendiquant le titre ancestral sur des terres — Le critère permettant d'établir l'existence du titre ancestral exige-t-il la preuve d'une occupation régulière et exclusive ou la preuve d'une occupation intensive d'un site spécifique? — Le juge de première instance a-t-il conclu par erreur à l'existence du titre ancestral? — La Couronne a-t-elle manqué à ses obligations procédurales de consulter et d'accommoder les Autochtones avant de délivrer les permis de coupe de bois? — Les atteintes portées par la Couronne aux intérêts des Autochtones sont-elles justifiées par le cadre d'analyse relatif à l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982? — Forest Act, R.S.B.C. 1995, ch. 157 — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.

Droit des Autochtones — Titre ancestral — Revendications territoriales — Lois provinciales d'application générale — Contraintes constitutionnelles sur la réglementation, par la province, du territoire visé par le titre ancestral — Partage des compétences — Doctrine de l'exclusivité des compétences — Atteinte et cadre d'analyse de la justification relatif à l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 — Province accordant un permis commercial de coupe de bois dans un secteur qu'une Première Nation semi-nomade considère être son territoire ancestral — Première Nation revendiquant le titre ancestral sur le territoire — Les lois provinciales d'application générale s'appliquent-elles au territoire visé par le titre ancestral? — La Forest Act s'applique-t-elle à première vue au territoire visé par le titre ancestral? — La Constitution a-t-elle pour effet d'écarter l'application de la Forest Act? — La doctrine de l'exclusivité des compétences devrait-elle s'appliquer à des terres grevées du titre ancestral? — Forest Act, R.S.B.C. 1995, ch. 157 — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.

R. c. Anderson 167

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Droit criminel — Détermination de la peine — Délinquants autochtones — Peine minimale obligatoire — Accusé reconnu coupable une cinquième fois de conduite avec facultés

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Rights and limitations conferred by Aboriginal title — Duties owed by Crown before and after Aboriginal title to land established — Province issuing commercial logging licence in area regarded by semi-nomadic First Nation as traditional territory — First Nation claiming Aboriginal title to land — Whether test for Aboriginal title requiring proof of regular and exclusive occupation or evidence of intensive and site-specific occupation — Whether trial judge erred in finding Aboriginal title established — Whether Crown breached procedural duties to consult and accommodate before issuing logging licences — Whether Crown incursions on Aboriginal interest justified under s. 35 Constitution Act, 1982 framework — Forest Act, R.S.B.C. 1995, c. 157 — Constitution Act, 1982, s. 35.

Aboriginal law — Aboriginal title — Land claims — Provincial laws of general application — Constitutional constraints on provincial regulation of Aboriginal title land — Division of powers — Doctrine of interjurisdictional immunity — Infringement and justification framework under s. 35 Constitution Act, 1982 — Province issuing commercial logging licence in area regarded by semi-nomadic First Nation as traditional territory — First Nation claiming Aboriginal title to land — Whether provincial laws of general application apply to Aboriginal title land — Whether Forest Act on its face applies to Aboriginal title land — Whether application of Forest Act ousted by operation of Constitution — Whether doctrine of interjurisdictional immunity should be applied to lands held under Aboriginal title — Forest Act, R.S.B.C. 1995, c. 157 — Constitution Act, 1982, s. 35.

SOMMAIRE (Suite)

affaiblies — Demande d'une peine minimale obligatoire par le procureur du ministère public — Lorsque le ministère public demande une peine minimale obligatoire pour conduite avec facultés affaiblies, l'art. 7 de la Charte exige-t-il qu'il prenne en considération le statut d'Autochtone d'un accusé? — La prise en considération du statut d'Autochtone est-elle un principe de justice fondamentale? — La décision de demander une peine minimale obligatoire relève-t-elle du pouvoir discrétionnaire essentiel en matière de poursuites? — Norme de contrôle applicable aux décisions du ministère public — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 253(1)b), 255(1)a)(iii), 727(1).

R. c. Spencer 212

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Protection des renseignements personnels — Police détenant des renseignements selon lesquels une adresse IP a été utilisée pour avoir accès à de la pornographie juvénile ou pour la télécharger — Demande de la police au fournisseur de services Internet de lui fournir volontairement le nom et l'adresse de l'abonnée à qui appartient l'adresse IP — Utilisation de ces renseignements par la police pour obtenir un mandat lui permettant de perquisitionner dans la résidence de l'accusé — La police a-t-elle effectué une fouille ou une perquisition inconstitutionnelle lorsqu'elle a obtenu les renseignements relatifs à l'abonnée à qui appartenait l'adresse IP? — La preuve ainsi obtenue devrait-elle être écartée? — L'élément de faute de l'infraction qui consiste à rendre accessible la pornographie juvénile exige-t-il la preuve d'un appui délibéré? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 163.1(3), 163.1(4), 487.014(1) — Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques, L.C. 2000, ch. 5, art. 7(3)c.1)(ii) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

Stubicar c. Canada (Sécurité publique et Protection civile) 104

Tribunaux — Cour suprême du Canada — Demande d'autorisation d'appel — Réexamen — Une décision du registraire refusant pour dépôt une requête en réexamen est-elle susceptible de révision par un juge de la Cour? — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/2002-156, règles 8(2), 73, 78.

Untel c. Ontario (Finances) 3

Accès à l'information — Exceptions — Conseils ou recommandations d'un fonctionnaire — Sur le fondement de l'exception à la communication prévue à l'égard des

Suite à la page suivante

SOMMAIRE (Fin)

conseils ou des recommandations à l'art. 13(1) de la Loi sur l'accès à l'information, refus d'une institution gouvernementale de communiquer des documents — Ordonnance de la Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de communiquer les documents — L'ordonnance était-elle raisonnable? — L'exception prévue à l'art. 13(1) à l'égard des conseils ou des recommandations vaut-elle pour le choix de politiques qui ne recommande aucune mesure? — Vaut-elle pour l'information qui n'est pas transmise? — Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée, L.R.O. 1990, ch. F.31, art. 13(1).

**Canada
Supreme Court
Reports**

Volume 2, 2014

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

2^e volume, 2014

John Doe, Requester *Appellant*

v.

**Minister of Finance for the
Province of Ontario** *Respondent*

- and -

**Information and Privacy
Commissioner of Ontario
(Diane Smith, Adjudicator)** *Appellant*

v.

**Minister of Finance for the
Province of Ontario** *Respondent*

and

**Attorney General of Canada,
Attorney General of British Columbia,
Information and Privacy Commissioner
of Alberta, Freedom of Information and
Protection of Privacy Commissioner
[Review Officer] for Nova Scotia,
Information and Privacy Commissioner
of Prince Edward Island,
British Columbia Freedom of
Information and Privacy Association,
Information and Privacy Commissioner
of British Columbia and Canadian Civil
Liberties Association** *Interveners*

**INDEXED AS: JOHN DOE v. ONTARIO (FINANCE)
2014 SCC 36**

File No.: 34828.

2013: November 6; 2014: May 9.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Rothstein,
Cromwell, Karakatsanis and Wagner JJ.

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

M. Untel, requérant *Appellant*

c.

**Ministre des Finances de la
province de l'Ontario** *Intimé*

- et -

**Commissaire à l'information et à la
protection de la vie privée de l'Ontario
(Diane Smith, arbitre)** *Appelante*

c.

**Ministre des Finances de la
province de l'Ontario** *Intimé*

et

**Procureur général du Canada,
procureur général de la Colombie-Britannique,
Information and Privacy Commissioner
of Alberta, Freedom of Information and
Protection of Privacy Commissioner
[Review Officer] for Nova Scotia,
Information and Privacy Commissioner
of Prince Edward Island,
British Columbia Freedom of
Information and Privacy Association,
Information and Privacy Commissioner of
British Columbia et Association canadienne
des libertés civiles** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : UNTEL c. ONTARIO (FINANCES)
2014 CSC 36**

N° du greffe : 34828.

2013 : 6 novembre; 2014 : 9 mai.

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

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

Access to information — Exemptions — Advice or recommendations of public servant — Government institution applying exemption for advice or recommendations at s. 13(1) of Freedom of Information and Protection of Privacy Act and denying access to information request — Information and Privacy Commissioner ordering disclosure — Whether s. 13(1) exemption for advice or recommendations applies to policy options that do not suggest course of action — Whether s. 13(1) exemption applies to information that is not communicated — Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.O. 1990, c. F.31, s. 13(1).

After the Ministry of Finance amended a provision of the *Corporations Tax Act*, R.S.O. 1990, c. C.40, John Doe made an access to information request for its records about the issue of retroactivity and the effective date of the amendments. The Ministry determined that disclosure of the records would reveal advice or recommendations of a public servant and denied John Doe access to them under s. 13(1) of the *Freedom of Information and Protection of Privacy Act* (“FIPPA”). An Adjudicator in the Office of the Information and Privacy Commissioner of Ontario (“IPC”), however, ordered their disclosure and denied the Ministry’s application for reconsideration. While the Superior Court later dismissed the Ministry’s subsequent application for judicial review, the Court of Appeal found the disclosure order was unreasonable, allowed the appeal and remitted the matter to the IPC.

Held: The appeal should be dismissed.

The records in this case present the opinions of public servants on the advantages and the disadvantages of alternative effective dates of legislative amendments. The records served the Ministry in making a decision between the dates. These policy options, whether communicated or not to anyone, constitute “advice” within the meaning of s. 13(1), and thus qualify for exemption from disclosure.

The Adjudicator’s disclosure order was based on the fact that most of the records’ contents did not reveal a suggested course of action. However, this definition only applies to “recommendations”. In exempting “advice or recommendations” from disclosure, the legislative intention must be that advice has a broader meaning than recommendations. Otherwise, it would be redundant. By

Accès à l’information — Exceptions — Conseils ou recommandations d’un fonctionnaire — Sur le fondement de l’exception à la communication prévue à l’égard des conseils ou des recommandations à l’art. 13(1) de la Loi sur l’accès à l’information, refus d’une institution gouvernementale de communiquer des documents — Ordonnance de la Commissaire à l’information et à la protection de la vie privée de communiquer les documents — L’ordonnance était-elle raisonnable? — L’exception prévue à l’art. 13(1) à l’égard des conseils ou des recommandations vaut-elle pour le choix de politiques qui ne recommande aucune mesure? — Vaut-elle pour l’information qui n’est pas transmise? — Loi sur l’accès à l’information et la protection de la vie privée, L.R.O. 1990, ch. F.31, art. 13(1).

Après que le ministère des Finances eut modifié une disposition de la *Loi sur l’imposition des sociétés*, L.R.O. 1990, ch. C.40, M. Untel a présenté une demande d’accès à l’information afin d’obtenir des documents du ministère portant sur la rétroactivité et la date d’entrée en vigueur des modifications. Le ministère a déterminé que les documents demandés renfermaient des conseils ou des recommandations d’un fonctionnaire, de sorte qu’il a refusé leur communication à M. Untel par application du par. 13(1) de la *Loi sur l’accès à l’information et la protection de la vie privée* (« LAIPVP »). Une arbitre du bureau de la Commissaire à l’information et à la protection de la vie privée de l’Ontario (« Commissaire ») a cependant ordonné au ministère de communiquer les documents et rejeté sa demande de réexamen. La Cour supérieure a par la suite rejeté la demande de contrôle judiciaire du ministère, mais la Cour d’appel a jugé l’ordonnance de communication déraisonnable, a accueilli l’appel et renvoyé le dossier à la Commissaire.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

En l’espèce, les documents font état du point de vue de fonctionnaires sur les avantages et les inconvénients de différentes dates d’entrée en vigueur possibles de modifications législatives. Ils ont servi au ministère dans le choix de l’une ou l’autre des dates. Qu’il ait été transmis ou non à quiconque, ce choix de politiques constitue des « conseils » au sens du par. 13(1) et peut donc faire l’objet de l’exception à la communication.

L’arbitre a ordonné la communication des documents au motif que la teneur de la plupart d’entre eux ne révélait aucune mesure préconisée. Or, cette caractéristique ne vaut que pour les « recommandations ». Par sa décision de soustraire à la communication les « conseils ou les recommandations », le législateur a dû vouloir que les conseils aient un sens plus général que les

leaving no room for advice to have a distinct meaning from recommendations, the Adjudicator's decision was unreasonable.

Interpreting s. 13(1) in its entire context and according to its grammatical and ordinary sense, harmoniously with the scheme and object of the *FIPPA* and the intention of the legislature reveals that "advice" includes policy options. One cannot infer that policy options are excluded simply because the Ontario legislature did not amend the section when other provinces subsequently chose to draft their access to information legislation to include policy options. Nor can one assume that the Williams Commission Report accurately reflects the legislative intent as to the scope of "advice" in s. 13(1), given the substantive and contextual differences, as well as intervening events, between that report and the *FIPPA*. Indeed, had the legislature intended to exclude policy options from the s. 13(1) exemption, it could have included them in the s. 13(2) exceptions.

Interpreting "advice" as including opinions of a public servant as to the range of alternative policy options accords with the balance struck by the legislature between the goal of preserving an effective and neutral public service capable of producing full, free and frank advice and the goal of providing a meaningful right of access.

The nature of the deliberative process is to draft and redraft advice or recommendations until the writer is sufficiently satisfied that he is prepared to communicate the results to someone else. All of those drafts inform the end result even if the content of any one draft is not included in the final version. Protection from disclosure would be illusory if only a communicated document was protected and not prior drafts.

Further, in order to achieve the goal of providing for full, free and frank advice, the applicability of s. 13(1) must be ascertainable at the time the public servant prepares the advice. At that time, there will not have been communication. Accordingly, evidence of actual communication cannot be a requirement for the invocation of s. 13(1), nor can evidence of an intention to communicate as that intention is inherent to the job.

recommandations. Sinon, il y aurait redondance. Parce qu'elle ne permet pas de distinguer les conseils des recommandations, la décision de l'arbitre est déraisonnable.

Il appert des termes employés au par. 13(1), considérés dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'économie et l'objet de la *LAIPVP* et l'intention du législateur, que les « conseils » englobent le choix de politiques. On ne peut inférer le contraire du seul fait que le législateur ontarien n'a pas modifié la disposition lorsque d'autres ressorts ont subséquemment rédigé leurs dispositions en matière d'accès à l'information de manière que les « conseils » englobent le choix de politiques. On ne saurait non plus présumer que le rapport de la commission Williams permet de bien cerner l'intention du législateur quant à la portée du mot « conseils » employé au par. 13(1), étant donné les différences de nature substantielle et contextuelle entre le rapport et la *LAIPVP*, ainsi que les événements survenus entre la publication du premier et l'adoption de la seconde. En effet, si le législateur avait voulu que l'exception prévue au par. 13(1) ne s'applique pas au choix de politiques, il aurait pu mentionner celui-ci parmi les exceptions du par. 13(2).

L'interprétation selon laquelle le mot « conseils » s'entend notamment du point de vue d'un fonctionnaire sur les différentes politiques possibles est conforme à l'équilibre établi par le législateur entre l'objectif d'une fonction publique efficace et neutre, apte à donner des conseils de manière complète, ouverte et franche, et l'objectif de conférer un véritable droit d'accès à l'information.

La nature du processus délibératif suppose la rédaction et la reformulation de conseils ou de recommandations jusqu'à ce que l'auteur s'estime suffisamment prêt à transmettre le résultat de son travail à une autre personne. Toutes les ébauches antérieures contribuent au résultat final, même si la teneur de l'une ou l'autre ne figure pas dans la version définitive. La protection serait illusoire si seul le document transmis était soustrait à la communication, pas ses ébauches.

Qui plus est, pour respecter l'objectif de la formulation complète, ouverte et franche de conseils, l'applicabilité du par. 13(1) doit être susceptible de détermination au moment où le fonctionnaire prépare les conseils. À ce stade, il n'y aura pas eu transmission à quiconque. Par conséquent, la preuve de la transmission ne saurait constituer un préalable à l'application du par. 13(1), non plus que l'intention de transmettre les conseils puisqu'elle est inhérente à la fonction.

Cases Cited

Approved: 3430901 *Canada Inc. v. Canada (Minister of Industry)*, 2001 FCA 254, [2002] 1 F.C. 421; *Canadian Council of Christian Charities v. Canada (Minister of Finance)*, [1999] 4 F.C. 245; **referred to:** *Ontario (Minister of Transportation) v. Cropley* (2005), 202 O.A.C. 379; *Ontario (Minister of Northern Development and Mines) v. Information and Privacy Commissioner* (2005), 203 O.A.C. 30; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers' Association*, 2010 SCC 23, [2010] 1 S.C.R. 815; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69; *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2.

Statutes and Regulations Cited

Access to Information Act, R.S.C. 1985, c. A-1, ss. 2, 21(1)(a), (b).
Corporations Tax Act, R.S.O. 1990, c. C.40.
Freedom of Information Act, 5 U.S.C. § 552 (1970).
Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.O. 1990, c. F.31, ss. 1, 10(2), 12, 13, 15(a), 18(1)(d), 23.

Authors Cited

Ontario. Commission on Freedom of Information and Individual Privacy. *Public Government for Private People: The Report of the Commission on Freedom of Information and Individual Privacy*. Toronto: The Commission, 1980.
 Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Rosenberg and Feldman JJ.A. and Swinton J. (*ad hoc*)), 2012 ONCA 125, 109 O.R. (3d) 757, 289 O.A.C. 61, 347 D.L.R. (4th) 740, [2012] O.J. No. 815 (QL), 2012 CarswellOnt 2498, setting aside a decision of Aston, Linhares de Sousa and Lederer JJ., 2011 ONSC 2030, [2011] O.J. No. 1464 (QL), 2011 CarswellOnt 2204, affirming a decision of the Information and Privacy

Jurisprudence

Arrêts approuvés : 3430901 *Canada Inc. c. Canada (Ministre de l'Industrie)*, 2001 CAF 254, [2002] 1 C.F. 421; *Conseil canadien des œuvres de charité chrétiennes c. Canada (Ministre des Finances)*, [1999] 4 C.F. 245; **arrêts mentionnés :** *Ontario (Minister of Transportation) c. Cropley* (2005), 202 O.A.C. 379; *Ontario (Minister of Northern Development and Mines) c. Information and Privacy Commissioner* (2005), 203 O.A.C. 30; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association*, 2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69; *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2.

Lois et règlements cités

Freedom of Information Act, 5 U.S.C. § 552 (1970).
Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. 1985, ch. A-1, art. 2, 21(1)(a), (b).
Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée, L.R.O. 1990, ch. F.31, art. 1, 10(2), 12, 13, 15a), 18(1)d), 23.
Loi sur l'imposition des sociétés, L.R.O. 1990, ch. C.40.

Doctrine et autres documents cités

Ontario. Commission on Freedom of Information and Individual Privacy. *Public Government for Private People : The Report of the Commission on Freedom of Information and Individual Privacy*. Toronto : The Commission, 1980.
 Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Rosenberg et Feldman, et la juge Swinton (*ad hoc*)), 2012 ONCA 125, 109 O.R. (3d) 767, 289 O.A.C. 61, 347 D.L.R. (4th) 740, [2012] O.J. No. 815 (QL), 2012 CarswellOnt 2498, qui a annulé une décision des juges Aston, Linhares de Sousa et Lederer, 2011 ONSC 2030, [2011] O.J. No. 1464 (QL), 2011 CarswellOnt 2204, qui a confirmé une décision de la Commissaire à

Commissioner, Order PO-2872, 2010 CanLII 7691. Appeal dismissed.

Alex D. Cameron, Alan M. Schwartz, Q.C., and Kevin H. Yip, for the appellant John Doe.

William S. Challis, for the appellant the Information and Privacy Commissioner of Ontario.

Sara Blake, Malliha Wilson and Kisha Chatterjee, for the respondent.

Sharlene M. Telles-Langdon, for the intervener the Attorney General of Canada.

Richard M. Butler and John Tuck, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Jillian Harker, for the interveners the Information and Privacy Commissioner of Alberta, the Freedom of Information and Protection of Privacy Commissioner [Review Officer] for Nova Scotia and the Information and Privacy Commissioner of Prince Edward Island.

Brent B. Olthuis and Andrea A. Glen, for the intervener the British Columbia Freedom of Information and Privacy Association.

Nitya Iyer, for the intervener the Information and Privacy Commissioner of British Columbia.

Ryder Gilliland and Nickolas Tzoulas, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

The judgment of the Court was delivered by

ROTHSTEIN J. —

I. Introduction

[1] Access to information legislation serves an important public interest: accountability of

l'information et à la protection de la vie privée, ordonnance PO-2872, 2010 CanLII 7691. Pourvoi rejeté.

Alex D. Cameron, Alan M. Schwartz, c.r., et Kevin H. Yip, pour l'appelant M. Untel.

William S. Challis, pour l'appelante la Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario.

Sara Blake, Malliha Wilson et Kisha Chatterjee, pour l'intimé.

Sharlene M. Telles-Langdon, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Richard M. Butler et John Tuck, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Jillian Harker, pour les intervenants Information and Privacy Commissioner of Alberta, Freedom of Information and Protection of Privacy Commissioner [Review Officer] for Nova Scotia et Information and Privacy Commissioner of Prince Edward Island.

Brent B. Olthuis et Andrea A. Glen, pour l'intervenante British Columbia Freedom of Information and Privacy Association.

Nitya Iyer, pour l'intervenant Information and Privacy Commissioner of British Columbia.

Ryder Gilliland et Nickolas Tzoulas, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ROTHSTEIN —

I. Introduction

[1] Les lois sur l'accès à l'information servent un intérêt public important, à savoir faire en sorte que

government to the citizenry. An open and democratic society requires public access to government information to enable public debate on the conduct of government institutions.

[2] However, as with all rights recognized in law, the right of access to information is not unbounded. All Canadian access to information statutes balance access to government information with the protection of other interests that would be adversely affected by otherwise unbridled disclosure of such information.

[3] The present appeal centers on a limitation of the right of access to government information in Ontario. Section 13(1) of the 1988 *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.O. 1990, c. F.31 (“Act” or “FIPPA”), provides that a head of a government institution “may refuse to disclose a record where the disclosure would reveal advice or recommendations of a public servant”. The Court is now called upon to determine whether a record containing policy options falls within the terms “advice” or “recommendations” in s. 13(1) and qualifies for exemption from disclosure. An Adjudicator in the Office of the Information and Privacy Commissioner of Ontario (“IPC”) ordered disclosure of the government records at issue in this appeal. The Adjudicator found that they did not qualify as advice or recommendations under s. 13(1). In my respectful opinion, the Adjudicator’s decision was unreasonable and cannot stand.

II. Factual Background

[4] John Doe is a lawyer practising in the area of tax law. He made an access to information request after the Ministry of Finance (“Ministry”) amended a provision of the *Ontario Corporations Tax Act*, R.S.O. 1990, c. C.40, to eliminate the loophole created by Ontario’s legislation for tax haven corporations. The legislation was partially retroactive. On behalf of certain taxpayers concerned

l’État rend des comptes aux citoyens. Une société ouverte et démocratique commande l’accès des citoyens aux documents de l’État afin de permettre le débat public sur la conduite des institutions gouvernementales.

[2] Toutefois, comme tous les droits reconnus, le droit d’accès à l’information n’est pas illimité. Toutes les lois canadiennes sur l’accès à l’information établissent un équilibre entre l’accès aux documents de l’État et la protection d’autres droits auxquels la communication inconditionnelle de ces documents risquerait de porter atteinte.

[3] Le présent pourvoi porte sur une restriction apportée au droit d’accès aux documents de l’État en Ontario. Suivant le par. 13(1) de la *Loi sur l’accès à l’information et la protection de la vie privée* de 1988, L.R.O. 1990, ch. F.31 (« Loi » ou « LAIPVP »), la personne responsable d’une institution gouvernementale « peut refuser de divulguer un document qui aurait pour effet de révéler les conseils ou les recommandations émanant d’un fonctionnaire ». La Cour est aujourd’hui appelée à décider si le document qui relate un choix de politiques équivaut à des « conseils » ou à des « recommandations » au sens du par. 13(1) et peut faire l’objet d’un refus de communication. Une arbitre du bureau de la Commissaire à l’information et à la protection de la vie privée de l’Ontario (« Commissaire ») a ordonné la communication des documents de l’État visés par le pourvoi. Elle a conclu que ces documents ne constituent ni des conseils, ni des recommandations au sens du par. 13(1). J’estime en toute déférence que sa décision n’est pas raisonnable et doit être annulée.

II. Contexte factuel

[4] M. Untel est avocat et exerce en droit fiscal. Il a présenté une demande d’accès à l’information après que le ministère des Finances (« ministère ») eut modifié une disposition de la *Loi sur l’imposition des sociétés* de l’Ontario, L.R.O. 1990, ch. C.40, afin d’éliminer l’échappatoire créée par la loi ontarienne pour les sociétés établies dans des paradis fiscaux. Les nouvelles dispositions avaient un

about the impact of such retroactivity on their tax liability, Mr. Doe requested

[all] records or parts of records in the Ministry of Finance and the Ministry of Revenue which consider the issue of retroactivity and the effective date of the amendments to subsections 2(1) and (2) of the *Corporations Tax Act*, which was effective May 11, 2005, including all records which provide the reasons for not deciding to make subsections 2(1) and (2) retroactive.

(Commissioner's decision, Order PO-2872, 2010 CanLII 7691 ("IPC Order"), at p. 1)

[5] The Ministry located six records, five of which are at issue in the present appeal ("Records"). The Records are undated drafts of a policy options paper examining the possible effective dates of the amendments. Records I through IV are entitled "Draft Option Paper: Tax Haven Corporations — Timing of Implementation" and set out options regarding when the amendments could take effect. All the Records except Record IV include express statements regarding which options are not recommended. Record V, entitled "Note on Tax Avoidance Strategy", lists three options and contains a statement from which the author's recommended option can be easily inferred (Court of Appeal decision, 2012 ONCA 125, 109 O.R. (3d) 757, at paras. 4-5; IPC Order, at p. 5).

[6] According to the Ministry, the Records were versions of a paper that formed part of the briefings of the Minister, Deputy Minister, Assistant Deputy Minister of Finance and the Office of Budget and Taxation. One of the options was eventually enacted, resulting in the amendments that imposed partially retroactive tax liability (C.A. decision, at para. 7; IPC Order, at p. 5).

effet partiellement rétroactif. Au nom de certains contribuables inquiets des conséquences de cette rétroactivité sur leur obligation fiscale, M. Untel a demandé l'accès à ce qui suit :

[TRADUCTION] [Tous] les documents ou parties des documents des ministères des Finances et du Revenu portant sur la rétroactivité et sur la date d'entrée en vigueur des modifications apportées aux paragraphes 2(1) et (2) de la *Loi sur l'imposition des sociétés*, qui se sont appliquées dès le 11 mai 2005, y compris tous les documents faisant état de motifs de ne pas rendre rétroactive l'application des paragraphes 2(1) et (2).

(Décision de la Commissaire, ordonnance PO-2872, 2010 CanLII 7691 (« ordonnance de la Commissaire »), p. 1)

[5] Le ministère a trouvé six documents, dont cinq sont visés par le pourvoi (les « documents »). Il s'agit d'ébauches non datées d'un exposé de choix de politiques concernant les dates d'entrée en vigueur possibles des modifications. Les documents I à IV ont pour titre « Draft Option Paper : Tax Haven Corporations — Timing of Implementation » (Ébauche d'exposé sur une option : Sociétés établies dans des paradis fiscaux — Calendrier de mise en œuvre) et exposent les différentes possibilités quant à la date de prise d'effet des modifications. Tous les documents, sauf le document IV, renferment des indications explicites quant aux options qui ne sont pas recommandées. Intitulé « Note on Tax Avoidance Strategy » (Stratégie d'évitement de l'impôt), le document V fait état de trois options et renferme des indications dont on peut facilement inférer l'option que recommande l'auteur (arrêt de la Cour d'appel, 2012 ONCA 125, 109 O.R. (3d) 767, par. 4-5; ordonnance de la Commissaire, p. 5).

[6] Selon le ministère, il s'agissait de versions d'un document utilisé lors de séances d'information du ministre, du sous-ministre et du sous-ministre adjoint, Finances et Bureau du budget et de la fiscalité. L'une des options a finalement été retenue, de sorte que les modifications ont emporté une obligation fiscale partiellement rétroactive (arrêt de la C.A., par. 7; ordonnance de la Commissaire, p. 5).

[7] The Ministry located and denied access to Records I through V on the basis of the s. 13(1) exemption:

13. (1) [Advice to government] A head may refuse to disclose a record where the disclosure would reveal advice or recommendations of a public servant, any other person employed in the service of an institution or a consultant retained by an institution.

Access to Records I through IV was denied also on the basis of the exemption to disclosure under ss. 15(a) (prejudice to intergovernmental relations) and 18(1)(d) (injury to financial interests or management of the economy). These provisions are not at issue in this appeal. Record VI was disclosed in part.

III. Procedural History

A. *Information and Privacy Commissioner of Ontario, Order PO-2872, 2010 CanLII 7691*

[8] IPC Adjudicator Diane Smith ordered disclosure of the requested records. She concluded, based on the decisions of the Ontario Court of Appeal in *Ontario (Minister of Transportation) v. Cropley* (2005), 202 O.A.C. 379 (“MOT”), at para. 29, and *Ontario (Minister of Northern Development and Mines) v. Information and Privacy Commissioner* (2005), 203 O.A.C. 30, at para. 8, that to qualify for the advice or recommendations exemption under s. 13(1), “the information in the record must suggest a course of action that will ultimately be accepted or rejected by the person being advised” (p. 4). Further, she found that there was no “clear” evidence that the information in the Records was communicated to any other person. The Ministry’s search revealed no final version, suggesting to her that the information was never used in its deliberative or decision-making process (p. 8).

[7] Le ministère a mis la main sur les documents I à V, mais il a refusé leur communication en invoquant l’exception prévue au par. 13(1) :

13. (1) [Conseils au gouvernement] La personne responsable peut refuser de divulguer un document qui aurait pour effet de révéler les conseils ou les recommandations émanant d’un fonctionnaire, d’une personne employée par une institution ou d’un expert-conseil dont les services ont été retenus par cette institution.

L’accès aux documents I à IV a été également refusé sur le fondement des exceptions à la communication prévues aux al. 15a) (effet de nuire à la poursuite des rapports intergouvernementaux) et 18(1)d) (effet de nuire aux intérêts financiers ou à la gestion de l’économie). Ces dispositions ne sont pas en cause dans le présent pourvoi. Le document VI a été communiqué en partie.

III. Historique des procédures

A. *Commissaire à l’information et à la protection de la vie privée de l’Ontario, ordonnance PO-2872, 2010 CanLII 7691*

[8] L’arbitre Diane Smith du bureau de la Commissaire a ordonné la communication des documents demandés. S’appuyant sur les arrêts *Ontario (Minister of Transportation) c. Cropley* (2005), 202 O.A.C. 379 (« MOT »), par. 29, et *Ontario (Minister of Northern Development and Mines) c. Information and Privacy Commissioner* (2005), 203 O.A.C. 30, par. 8, elle conclut que pour faire l’objet de l’exception prévue au par. 13(1) relativement aux conseils ou aux recommandations, [TRADUCTION] « l’information contenue dans le document doit correspondre à une mesure qui sera finalement acceptée ou rejetée par la personne conseillée » (p. 4). De plus, l’arbitre estime qu’aucun élément de preuve n’établit « clairement » que l’information contenue dans les documents a été transmise à une autre personne. La recherche effectuée par le ministère n’a permis de découvrir aucune version définitive, ce qui donne à penser que l’information n’a jamais servi dans le cadre de ses délibérations ou de son processus décisionnel (p. 8).

[9] For these two reasons, the s. 13(1) exemption was found not to apply. Even if the information in the Records had been communicated to a person being advised, the Adjudicator found that only the portions indicating which option was not preferred would be exempted from disclosure. The remaining information had to be disclosed as it did not reveal a preferred course of action either expressly or by inference (p. 9).

B. *Information and Privacy Commissioner of Ontario, Reconsideration Order PO-2899-R, 2010 CanLII 38808*

[10] The Ministry applied for reconsideration of the IPC Order on the basis that it was unable to make full representations at the initial proceeding. Adjudicator Smith denied this application. She found no fundamental defect in the adjudication process. Moreover, even if she did reconsider her decision in light of additional evidence presented by the Ministry regarding communication of the information in the Records, she stated that she would have reached the same conclusion. The Ministry did not seek judicial review of the Reconsideration Order.

C. *Ontario Superior Court of Justice, 2011 ONSC 2030 (CanLII)*

[11] In brief reasons, the Divisional Court dismissed the Ministry's application for judicial review of the initial IPC Order. The Divisional Court agreed with the Adjudicator that the information contained in the record — not the record itself — must have been communicated at some point to the decision maker. The Adjudicator's conclusion that the Ministry did not demonstrate that the information in the Records was ever communicated, and thus was not part of the deliberative process, was held to be reasonable (paras. 6 and 8). It also held that the Adjudicator's conclusion that the Records contained no recommended course of action was reasonable (para. 7).

[9] Pour ces deux motifs, l'exception prévue au par. 13(1) est jugée inapplicable. Selon l'arbitre, même si l'information contenue dans les documents a été communiquée à la personne conseillée, seules les parties qui précisent les options non privilégiées échappent à la communication. Le reste de l'information doit être communiqué puisqu'il ne révèle ni explicitement ni implicitement une mesure privilégiée (p. 9).

B. *Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario, ordonnance PO-2899-R, 2010 CanLII 38808*

[10] Le ministère a demandé le réexamen de l'ordonnance de la Commissaire au motif qu'il n'avait pu présenter d'observations complètes lors de l'instance initiale. L'arbitre Smith a refusé. Elle n'a relevé aucun vice fondamental dans la procédure d'arbitrage. De plus, même si elle avait réexaminé sa décision au vu des éléments de preuve supplémentaires présentés par le ministère quant à la transmission de l'information contenue dans les documents, elle estime qu'elle serait arrivée à la même conclusion. Le ministère n'a pas demandé le contrôle judiciaire de cette ordonnance.

C. *Cour supérieure de justice de l'Ontario, 2011 ONSC 2030 (CanLII)*

[11] Dans de brefs motifs, la Cour divisionnaire rejette la demande de contrôle judiciaire du ministère visant l'ordonnance initiale de la Commissaire. Elle convient avec l'arbitre que l'information contenue dans le document, et non le document lui-même, doit avoir été transmise à quelque moment au décideur. Elle juge raisonnable la conclusion de l'arbitre selon laquelle le ministère n'a pas démontré que l'information contenue dans les documents a été transmise, de sorte qu'elle n'a pas fait partie du processus délibératif (par. 6 et 8). La Cour divisionnaire conclut aussi au caractère raisonnable de la conclusion de l'arbitre portant que les documents ne recommandent aucune mesure (par. 7).

D. *Ontario Court of Appeal, 2012 ONCA 125, 109 O.R. (3d) 757*

[12] The Court of Appeal found the IPC Order to be unreasonable, allowed the appeal and ordered the matter remitted to the IPC.

[13] In Rosenberg J.A.'s opinion, the Adjudicator made two fundamental errors in her interpretation of s. 13(1): first, that s. 13(1) requires evidence that the information in the Records actually went to the final decision maker, and second, that s. 13(1) only applies to information that recommends a *single* course of action to the decision maker (para. 25).

[14] In his opinion, s. 13(1) does not require the Ministry to prove that the document at issue went to the ultimate decision maker (para. 26). The advice or recommendations contained in draft policy papers will invariably form a part of the deliberative process leading to a final decision, and are thus protected by s. 13(1) (para. 27).

[15] Further, limiting s. 13(1) to situations where only a single course of action is considered would be unreasonable, and would "all but denude s. 13(1) of any real meaning" (para. 29). It therefore applies to advice on a range of different options, even if it does not include a specific recommendation on which option to take. For these reasons, the appeal was allowed.

IV. Issues

[16] There are two issues:

1. Was the interpretation by the IPC of advice and recommendations in s. 13(1) reasonable?
2. Was it reasonable for the IPC to require communication of the Records to qualify for the s. 13(1) exemption?

D. *Cour d'appel de l'Ontario, 2012 ONCA 125, 109 O.R. (3d) 767*

[12] La Cour d'appel estime que l'ordonnance de la Commissaire est déraisonnable, elle accueille l'appel et elle ordonne le renvoi du dossier à la Commissaire.

[13] Selon le juge Rosenberg, l'arbitre commet deux erreurs fondamentales dans son interprétation du par. 13(1) : premièrement, elle conclut que la disposition exige la preuve que l'information contenue dans les documents a effectivement été transmise au décideur ultime et, deuxièmement, que le par. 13(1) ne s'applique qu'à l'information qui recommande une *seule* mesure au décideur (para. 25).

[14] Selon lui, le par. 13(1) n'exige pas du ministre qu'il établisse que le document en cause est parvenu au décideur final (para. 26). Les conseils ou les recommandations contenus dans l'ébauche d'un énoncé de politique font invariablement partie des délibérations préalables à la décision définitive et sont donc protégés au par. 13(1) (para. 27).

[15] Qui plus est, limiter l'application du par. 13(1) aux situations où l'adoption d'une seule mesure est considérée serait déraisonnable et [TRA-DUCTION] « dépouillerait presque entièrement le par. 13(1) de toute signification réelle » (para. 29). La disposition s'applique donc aux conseils qui portent sur différentes options, même si aucune en particulier n'est préconisée. Tels sont les motifs pour lesquels l'appel est accueilli.

IV. Questions en litige

[16] Le pourvoi soulève deux questions :

1. L'interprétation par la Commissaire des termes « conseils » et « recommandations » employés au par. 13(1) est-elle raisonnable?
2. La Commissaire pouvait-elle raisonnablement conclure que les documents devaient avoir été transmis pour faire l'objet de l'exception prévue au par. 13(1)?

V. AnalysisA. *Standard of Review*

[17] The parties agree, and the case law supports, that the applicable standard of review is reasonableness. The IPC is owed deference in interpreting and applying its enabling statute (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; see also *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at paras. 30 and 39; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708, at para. 13; and *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471, at para. 24).

B. *Interpretation of Section 13(1): Advice and Recommendations*

[18] The modern approach to statutory interpretation requires the words of s. 13(1) to be read in their entire context and according to their grammatical and ordinary sense, harmoniously with the scheme and object of the Act and the intention of the legislature (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at p. 1; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21).

[19] The Records in question constitute drafts of policy options for purposes of a decision as to when amendments to Ontario legislation to eliminate a loophole for tax haven corporations should take effect — in particular, to what extent the amendment should have retroactive effect. The question is whether policy options such as these constitute advice or recommendations, and thus qualify for exemption from disclosure under s. 13(1).

(1) Text

[20] “[A]dvice” and “recommendations” are not defined in the Act.

V. AnalyseA. *Norme de contrôle*

[17] Les parties conviennent — et la jurisprudence confirme — que la norme de contrôle applicable est celle de la raisonnable. La Commissaire a droit à la déférence lorsqu’elle interprète et applique sa loi constitutive (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; voir également *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers’ Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, par. 30 et 39; *Newfoundland and Labrador Nurses’ Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708, par. 13; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471, par. 24).

B. *Interprétation du par.13(1) — Conseils et recommandations*

[18] Selon la méthode moderne d’interprétation des lois, il faut considérer les termes employés au par. 13(1) dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’économie de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5^e éd. 2008), p. 1; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21).

[19] Les documents en cause correspondent aux ébauches d’un choix de politiques en vue d’une décision quant au moment de l’entrée en vigueur de modifications apportées à une loi ontarienne afin d’éliminer une échappatoire dont se prévalaient les sociétés établies dans des paradis fiscaux, à savoir dans quelle mesure ces modifications devaient avoir un effet rétroactif. La question est celle de savoir si un tel choix constitue des conseils ou des recommandations et fait ainsi l’objet de l’exception à la communication prévue au par. 13(1).

(1) Texte

[20] Les termes « conseils » et « recommandations » ne sont pas définis dans la Loi.

[21] In *MOT*, the Court of Appeal was confronted with the same issue as is now before this Court. In that case, it canvassed various dictionary definitions of the terms “advice” and “recommendations”. As it noted, the term “advice” could be defined as a “recommendation regarding a decision, as well as simply information or intelligence” (para. 24). However, it concluded that interpreting the term “advice” as information or intelligence would be so broad as to be inconsistent with the purpose of the *FIPPA*. Nonetheless, it did recognize that room should be left for the terms “advice” and “recommendations” to have distinct meanings (para. 29).

[22] The Court of Appeal also found that “[a]dvice’ may be construed more broadly than ‘recommendation’” (para. 29). However, it distinguished these terms by finding that “‘recommendation’ may be understood to ‘relate to a suggested course of action’ more explicitly and pointedly than ‘advice’”, while “[a]dvice’ . . . encompass[es] material that permits the drawing of inferences with respect to a suggested course of action, but which does not itself make a specific recommendation” (*ibid.*). In oral argument in this Court, the Information and Privacy Commissioner of British Columbia and the Canadian Civil Liberties Association made a similar distinction: that while “recommendation” is an express suggestion, “advice” is simply an implied recommendation (transcript, at pp. 52 and 57).

[23] In this case, the IPC Adjudicator applied *MOT*. She found that to qualify as “advice” and “recommendations” under s. 13(1), “the information in the record must suggest a course of action that will ultimately be accepted or rejected by the person being advised” (p. 4). I accept that material that relates to a suggested course of action that will ultimately be accepted or rejected by the person being advised falls into the category of “recommendations” in s. 13(1).

[21] Dans l’arrêt *MOT*, la Cour d’appel se prononce sur la même question que celle dont notre Cour est aujourd’hui saisie. Elle examine diverses définitions lexicographiques des termes « conseils » et « recommandations ». Selon elle, les « conseils » peuvent être définis comme des [TRADUCTION] « recommandations en vue d’une décision, ainsi que de simples renseignements » (par. 24). Elle estime toutefois que voir dans les « conseils » des renseignements en général conférerait un sens si large à ce terme que l’objet de la *LAIPVP* en serait contre-carré. Elle reconnaît néanmoins qu’on doit pouvoir attribuer aux termes « conseils » et « recommandations » des sens différents (par. 29).

[22] La Cour d’appel conclut en outre que [TRADUCTION] « le terme “conseils” peut être interprété d’une manière plus large que le terme “recommandations” » (par. 29). Elle établit cependant une distinction entre eux en concluant que « les “recommandations” peuvent être assimilées à ce qui “touche à une mesure préconisée” de manière plus explicite et précise par rapport aux “conseils” », alors que le terme « “conseils” [. . .] comprend tout élément qui permet de tirer des inférences quant à une mesure recommandée, mais qui ne constitue pas en soi une recommandation précise » (*ibid.*). Lors de leurs plaidoiries devant notre Cour, la Commissaire à l’information et à la protection de la vie privée de la Colombie-Britannique et l’Association canadienne des libertés civiles ont établi une distinction semblable, à savoir que la « recommandation » constituerait une proposition expresse, alors que le « conseil » équivaldrait simplement à une recommandation implicite (transcription, p. 52 et 57).

[23] En l’espèce, l’arbitre du bureau de la Commissaire a appliqué l’arrêt *MOT*. Selon elle, pour constituer des « conseils » et des « recommandations » au sens du par. 13(1), [TRADUCTION] « l’information contenue dans le document doit proposer une mesure qui sera finalement acceptée ou rejetée par la personne conseillée » (p. 4). Je conviens que l’élément qui touche une mesure préconisée qui sera en fin de compte acceptée ou rejetée par la personne conseillée entre dans la catégorie des « recommandations » au sens du par. 13(1).

[24] However, it appears to me that the approach taken in *MOT* and by the Adjudicator left no room for “advice” to have a distinct meaning from “recommendation”. A recommendation, whether express or inferable, is still a recommendation. “[A]dvice” must have a distinct meaning. I agree with Evans J.A. in *3430901 Canada Inc. v. Canada (Minister of Industry)*, 2001 FCA 254, [2002] 1 F.C. 421 (“*Telezone*”), that in exempting “advice or recommendations” from disclosure, the legislative intention must be that the term “advice” has a broader meaning than the term “recommendations” (para. 50 (emphasis deleted)). Otherwise, it would be redundant. By leaving no room for “advice” to have a distinct meaning from “recommendation”, the Adjudicator’s decision was unreasonable.

(2) Context

[25] The question remains: should the term “advice” in s. 13(1) be construed as including or excluding a record containing policy options prepared by a public servant, any other person employed in the service of an institution or a consultant retained by an institution? Answering this question requires that policy options be defined before turning to the context of s. 13(1) and the *FIPPA*, followed by their legislative history and purpose.

[26] Policy options are lists of alternative courses of action to be accepted or rejected in relation to a decision that is to be made. They would include matters such as the public servant’s identification and consideration of alternative decisions that could be made. In other words, they constitute an evaluative analysis as opposed to objective information.

[27] Records containing policy options can take many forms. They might include the full range of policy options for a given decision, comprising all conceivable alternatives, or may only list a subset of alternatives that in the public servant’s opinion are most worthy of consideration. They can also include the advantages and disadvantages of each

[24] Or, il me semble que l’approche adoptée dans l’arrêt *MOT* et par l’arbitre ne permet pas d’attribuer des sens différents aux termes « conseils » et « recommandations ». Une recommandation, qu’elle soit explicite ou inférée, demeure une recommandation. Le « conseil » doit avoir un sens différent. Je conviens avec le juge Evans que, dans l’affaire *3430901 Canada Inc. c. Canada (Ministre de l’Industrie)*, 2001 CAF 254, [2002] 1 C.F. 421 (« *Telezone* »), par sa décision de soustraire « avis [le terme employé dans le contexte fédéral] ou recommandations » à la communication, le législateur a dû vouloir que le terme « avis » ait un sens plus général que le terme « recommandations » (par. 50 (soulignement supprimé)). Sinon, il y aurait redondance. Parce qu’elle ne permet pas de distinguer les « conseils » des « recommandations », la décision de l’arbitre est déraisonnable.

(2) Contexte

[25] La question demeure : le terme « conseils » figurant au par. 13(1) doit-il être interprété de manière à inclure ou à exclure un document qui relate un choix de politiques établi par un fonctionnaire, une personne employée par une institution ou un expert-conseil dont une institution retient les services? Pour trancher, il faut définir le terme « choix de politiques » avant d’examiner le contexte du par. 13(1) et de la *LAIPVP*, ainsi que leur historique législatif et leur objet.

[26] Un choix de politiques consiste dans l’énumération des différentes mesures susceptibles d’être acceptées ou rejetées aux fins d’une décision. Il s’agit, par exemple, pour le fonctionnaire, de recenser et d’examiner les décisions possibles. En d’autres termes, c’est de l’analyse critique, et non de l’information objective.

[27] Le document qui relate un choix de politiques peut revêtir plusieurs formes. Il peut offrir un choix complet de politiques aux fins d’une décision donnée, y compris toutes les avenues concevables, ou faire état seulement des solutions que le fonctionnaire juge les plus valables. Il peut également présenter les avantages et les inconvénients

option, as do the Records here. But the list can also be less fulsome and still constitute policy options. For example, a public servant may prepare a list of all alternatives and await further instructions from the decision maker for which options should be considered in depth. Or, if the advantages and disadvantages of the policy options are either perceived as being obvious or have already been canvassed orally or in a prior draft, the policy options might appear without any additional explanation. As long as a list sets out alternative courses of action relating to a decision to be made, it will constitute policy options.

[28] In *Telezone*, Evans J.A. found that policy options constitute advice under the analogous provision in the federal *Access to Information Act*, R.S.C. 1985, c. A-1 (paras. 61-64).

[29] Some guidance as to whether policy options constitute advice in Ontario under s. 13(1) is provided by ss. 13(2) and (3). (The relevant statutory provisions are set forth in the Appendix.) The opening words of s. 13(2) state: “Despite subsection (1), a head shall not refuse under subsection (1) to disclose a record that contains . . .” followed by a list of 12 types of information. These opening words indicate that the potentially broad scope of the term “advice” under s. 13(1) was in the mind of the legislature and was the reason for s. 13(2). I do not suggest that the opening words of s. 13(2) provide proof that “advice” in s. 13(1) includes all conceivable information not listed in s. 13(2). But they are an indication that the legislature was aware that “advice” was open to being broadly construed.

[30] Greater insight into what the legislature intended with the term “advice” in s. 13(1) is provided by considering the nature of some of the exceptions listed in s. 13(2). The exceptions in s. 13(2) can be divided into two categories: objective

de chacune des politiques, comme c’est le cas des documents visés en l’espèce. Un exposé moins exhaustif peut néanmoins constituer un choix de politiques. Par exemple, un fonctionnaire peut dresser la liste de toutes les solutions possibles, puis attendre que le décideur lui indique quelles solutions justifient un examen approfondi. Ou encore, lorsque les avantages et les inconvénients d’un choix de politiques sont tenus pour évidents ou ont déjà été débattus de vive voix ou examinés dans une version antérieure, le choix de politiques peut se passer d’explications supplémentaires. Dans la mesure où l’énumération fait état de différentes mesures possibles aux fins d’une décision, il s’agit d’un choix de politiques.

[28] Dans l’arrêt *Telezone*, le juge Evans conclut que la formulation d’options de politiques constitue un avis [le terme employé dans le contexte fédéral] au sens de la disposition analogue de la *Loi sur l’accès à l’information*, L.R.C. 1985, ch. A-1 (par. 61-64).

[29] Les paragraphes 13(2) et (3) de la loi ontarienne offrent des pistes quant à savoir si un choix de politiques équivaut à des conseils au sens du par. 13(1). (Les dispositions législatives pertinentes sont reproduites en annexe.) La partie introductive du par. 13(2) dispose que, « [m]algré le paragraphe (1), la personne responsable ne doit pas refuser, en vertu de ce paragraphe, de divulguer un document qui comporte l’un des éléments suivants », à savoir les 12 éléments d’information énumérés ensuite. Elle indique que le législateur a envisagé que le terme « conseils » employé au par. 13(1) puisse avoir une portée générale, d’où le par. 13(2). Je ne dis pas que ce libellé introductif prouve que le terme « conseils » employé au par. 13(1) s’entend de toute information non mentionnée au par. 13(2), mais bien qu’il indique que le législateur était conscient du fait que le terme « conseils » pouvait être interprété largement.

[30] L’examen de la nature des exceptions énumérées au par. 13(2) permet de mieux cerner l’intention du législateur quant au sens qu’il a voulu donner au terme « conseils » employé au par. 13(1). On peut poser deux catégories d’exceptions : celle

information, and specific types of records that could contain advice and recommendations.

[31] The first four paragraphs in s. 13(2) are (a) factual material, (b) a statistical survey, (c) an evaluator's report, and (d) an environmental impact statement. These are examples of what might be considered objective information. In *Telezone*, Evans J.A. distinguished this type of objective information seen in s. 13(2) from a public servant's opinion pertaining to a decision that is to be made, which he concluded would fall within the scope of "advice" in the analogous federal exemption. At paragraph 63, he stated:

. . . a memorandum to the Minister stating that something needs to be decided, identifying the most salient aspects of an application, or presenting a range of policy options on an issue, implicitly contains the writer's view of what the Minister should do, how the Minister should view a matter, or what are the parameters within which a decision should be made. . . . They cannot be characterized as merely informing the Minister of matters that are largely factual in nature.

The fact that the legislature saw fit to include four categories of objective information in s. 13(2) suggests that it was aware that "advice" could otherwise be construed as covering such materials, and should therefore be expressly limited.

[32] The remaining exceptions in s. 13(2), paragraphs (e) to (l), require reports, plans, studies and decisions that fit into very specific and precisely defined categories to be disclosed even if they contain advice or recommendations. For example, (i) final plans to establish or change a program, (j) and (k) reports of committees if the purpose of the committee was to prepare such reports, and (l) reasons supporting a final decision based on an exercise of discretionary power, are some of the

visant les documents qui renferment une information objective et celle visant certains types de documents susceptibles de renfermer des conseils et des recommandations.

[31] Les quatre premiers alinéas du par. 13(2) visent le document qui comporte a) de la documentation portant sur des faits, b) un sondage statistique, c) le rapport d'un estimateur et d) un rapport sur d'éventuelles répercussions sur l'environnement. Ce sont là des exemples de ce qui pourrait constituer des éléments d'information objective. Dans l'arrêt *Telezone*, le juge Evans établit une distinction entre ce genre d'information objective et le point de vue d'un fonctionnaire sur la prise d'une décision, lequel entre selon lui dans la catégorie des « avis » [le terme employé dans le contexte fédéral] qui bénéficient de l'exception analogue prévue par la loi fédérale. Il dit ce qui suit au par. 63 :

. . . une note de service à l'intention du ministre indiquant qu'une décision doit être prise sur une question, précisant les points saillants d'une demande ou présentant une gamme d'options de politique sur une question comporte implicitement le point de vue de l'auteur sur ce que devrait faire le ministre, la manière dont il devrait envisager une question ou les paramètres de la décision à prendre. [. . .] On ne peut pas dire [que ces éléments] servent simplement à informer le ministre de questions qui, par leur nature, sont largement factuelles.

Le fait que le législateur a jugé bon d'énumérer quatre types d'information objective au par. 13(2) donne à penser qu'il était conscient de la possibilité que, sinon, le terme « conseils » puisse être interprété de façon à englober ces éléments, de sorte que la portée de ce terme devait être expressément restreinte.

[32] Les autres exceptions prévues aux al. 13(2)e) à l) visent des rapports, des plans, des études et des décisions qui relèvent de catégories bien définies et qui doivent être communiqués même s'ils renferment des conseils ou des recommandations. Il s'agit, par exemple, i) de plans définitifs en vue de la modification d'un programme existant ou de l'établissement d'un nouveau programme, j) et k) des rapports de comités mis sur pied pour établir de tels rapports et l) des motifs à l'appui d'une décision

records that must be disclosed. Such records will not always contain advice or recommendations, but when they do, s. 13(2) ensures that they are not protected from disclosure by s. 13(1).

[33] The implication of these precisely defined exceptions to the s. 13(1) exemption is that the legislature had regard for the circumstances under which advice or recommendations might be included in such records but should nevertheless be disclosed. It is telling that the legislature, having turned its mind in s. 13(2) to the specific types of records that should be disclosed even though they might contain “advice or recommendations”, did not include policy options as a discrete category.

[34] Section 13(3) provides that despite s. 13(1), disclosure shall not be refused “where the head [of the institution] has publicly cited the record as the basis for making a decision or formulating a policy”. The necessary implication is that where a record that does contain “the basis for making a decision or formulating a policy” has not been publicly cited, disclosure may be refused under s. 13(1). The basis for making a decision or formulating a policy is the foundation or support for the decision or policy. It is not necessarily an express or implied recommendation but could include policy options. This suggests that “advice” in s. 13(1) would include the public servant’s view of policy options to be considered by the decision maker.

[35] The appellants argue that since the term “policy options” is expressly included in the s. 12(1)(b) exemption for Cabinet records, the absence of that term in s. 13(1) means that policy options, such as the Records at issue here, were not intended to be included in the s. 13(1) exemption. With respect, I cannot agree. The term “advice” is broad enough to include “policy options”. I find it more significant that “policy options” was *not* included in the s. 13(2) exceptions to s. 13(1) than that it *was* included in s. 12(1)(b). Had the legislature wanted to

définitive fondée sur l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire. Ces documents ne renferment pas toujours des conseils ou des recommandations, mais lorsque c’est le cas, le par. 13(2) fait en sorte que le par. 13(1) ne les soustraie pas à la communication.

[33] Il appert des exceptions bien circonscrites du par. 13(1) que le législateur a tenu compte des circonstances dans lesquelles les documents, même s’ils pouvaient comporter des conseils ou des recommandations, devaient néanmoins être communiqués. Il est révélateur que, après s’être penché, au par. 13(2), sur les types de documents qui devaient être communiqués même s’ils renfermaient des « conseils ou [d]es recommandations », le législateur n’a pas fait du choix de politiques une catégorie distincte.

[34] Le paragraphe 13(3) prévoit que, malgré le par. 13(1), la communication d’un document ne doit pas être refusée « si la personne responsable [de l’institution] l’a publiquement cité comme ayant servi de fondement à une décision ou à la formulation d’une politique ». Il s’ensuit nécessairement que la communication d’un document qui a « servi de fondement à une décision ou à la formulation d’une politique », mais qui n’a pas été publiquement cité à ce titre, peut être refusée en application du par. 13(1). Le fondement d’une décision ou de la formulation d’une politique s’entend de ce sur quoi repose ou s’appuie la décision ou la politique. Il ne s’agit pas forcément d’une recommandation expresse ou implicite, mais il peut s’agir d’un choix de politiques. Dès lors, le terme « conseils » employé au par. 13(1) peut englober le point de vue d’un fonctionnaire sur un choix de politiques soumis à l’examen du décideur.

[35] Les appelants font valoir que, le terme « choix de politiques » faisant expressément l’objet de l’exception prévue à l’al. 12(1)b) pour les documents du Conseil exécutif, on peut conclure de son absence au par. 13(1) que le législateur n’a pas voulu que le document qui relate un choix de politiques, tels les documents considérés en l’espèce, fasse l’objet de l’exception prévue au par. 13(1). Je ne peux malheureusement pas faire droit à leur prétention. Le terme « conseils » a une portée assez large pour englober le « choix de politiques ». J’estime

exclude records containing policy options from the s. 13(1) exemption, it could have included them in the s. 13(2) exceptions. Mere use of the term “policy options” in s. 12(1)(b) does not preclude the broader term “advice” in s. 13(1) from including policy options.

(3) Legislative History

[36] The IPC argues that the Williams Commission Report indicates that policy options were not intended to qualify for exclusion from disclosure under s. 13(1) (Ontario, *Public Government for Private People: The Report of the Commission on Freedom of Information and Individual Privacy* (1980) (“Williams Commission Report”). The report was prepared by a commission established in 1977 by the government of Ontario to study and make recommendations concerning access to information and personal privacy in the governmental context (p. 53). Although the report is admissible as legislative history, I would assign it limited weight with respect to defining the scope of s. 13(1) (Sullivan, at pp. 612-14).

[37] This Court has recognized that the *FIPPA* is based on the Williams Commission Report (*Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers' Association*, 2010 SCC 23, [2010] 1 S.C.R. 815 (“*Ontario v. CLA*”), at para. 55). However, the enacted words of s. 13 were not proposed in that report. Nor did the report recommend what was enacted as ss. 13(2) and 23 (*Ontario v. CLA*, at paras. 26-27 and 55; Williams Commission Report, at pp. 289-93). Both of these provisions affect the application of s. 13(1). As discussed above, s. 13(2) provides numerous exceptions to the s. 13(1) exemption. With respect to s. 23, by providing that the s. 13(1) exemption can be overridden “where a compelling public interest in the disclosure of the record clearly outweighs the purpose of the exemption”, s. 23 limits the application of the s. 13(1) exemption in a manner not discussed or otherwise recommended

que l’*omission* du « choix de politiques » parmi les exceptions à l’application du par. 13(1) prévues au par. 13(2) est encore plus significative que sa *mention* à l’al. 12(1)b). Si le législateur avait voulu que l’exception prévue au par. 13(1) ne s’applique pas au document qui relate un choix de politiques, il aurait pu mentionner celui-ci parmi les exceptions énumérées au par. 13(2). L’emploi du terme « choix de politiques » à l’al. 12(1)b) ne saurait à lui seul empêcher le terme général « conseils » employé au par. 13(1) de s’entendre d’un choix de politiques.

(3) Historique législatif

[36] La Commissaire soutient qu’il appert du rapport de la commission Williams que l’exception à la communication prévue au par. 13(1) ne devait pas s’appliquer au choix de politiques (Ontario, *Public Government for Private People : The Report of the Commission on Freedom of Information and Individual Privacy* (1980) (« rapport de la commission Williams »)). Ce rapport a été rédigé par une commission établie en 1977 par le gouvernement de l’Ontario pour se pencher sur l’accès à l’information et la protection de la vie privée au sein de l’État et formuler des recommandations sur le sujet (p. 53). Le rapport est admissible comme preuve de l’historique législatif, mais je lui accorde peu de poids aux fins de déterminer la portée du par. 13(1) (Sullivan, p. 612-614).

[37] Dans l’arrêt *Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association*, 2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815 (« *Ontario c. CLA* »), par. 55, notre Cour reconnaît que la *LAIPVP* s’inscrit dans la foulée du rapport de la commission Williams. Or, la commission n’a pas proposé le libellé de l’art. 13 déterminé par le législateur. Elle n’a pas non plus recommandé l’adoption de ce qui correspond au par. 13(2) et à l’art. 23 (*Ontario c. CLA*, par. 26-27 et 55; rapport de la commission Williams, p. 289-293), deux dispositions qui ont une incidence sur l’application du par. 13(1). Rappelons que le par. 13(2) prévoit de nombreuses exceptions à l’application du par. 13(1). Quant à l’art. 23, qui précise que l’exception visée au par. 13(1) ne s’applique pas « si la nécessité manifeste de divulguer le document dans l’intérêt public l’emporte sans conteste sur la fin visée par

by the Williams Commission Report. I would infer that the balance chosen by the legislature between the right of access and the exemption for “advice” was achieved by the inclusion of ss. 13(2) and 23 rather than by some unstated limitation on the term “advice” in s. 13(1).

[38] In addition to the substantive differences between the Act and the Williams Commission Report, the context in which the report was written and intervening events between the issuance of the report and the enactment of the *FIPPA* also cause me to be hesitant to assign it much weight in determining the legislative intent regarding the scope of s. 13(1). The report was submitted in 1980, eight years before enactment of the *FIPPA*. In the early 1980s, an access to information bill had been introduced into the legislature but was never enacted. The *FIPPA* was brought in by a different government some years later.

[39] Further, at the time the report was written, the U.S. federal *Freedom of Information Act*, 5 U.S.C. § 552 (1970), was the main enacted freedom of information statute available for consideration. The Williams Commission Report discusses the American experience at length in its section on the advice or recommendations exemption. It only briefly mentions the Canadian Parliament’s bill that was a precursor to the federal *Access to Information Act*. It is significant that s. 13(1) does not resemble any U.S. provision considered by the Williams Commission Report (pp. 290 and 292-93). Instead, it is substantively similar to the advice or recommendations provision in both the earlier federal bill and the federal Act enacted after the report was published (*Access to Information Act*, s. 21(1)(b)). Accordingly, in my respectful view, the report cannot be assumed to accurately reflect the legislative intent with respect to the scope of “advice” in s. 13(1) of the *FIPPA*.

l’exception », il a pour effet de limiter l’application de l’exception prévue au par. 13(1) d’une manière qui n’a pas fait l’objet d’un examen par la commission, ni n’a par ailleurs été recommandée dans son rapport. J’en infère que l’équilibre voulu par le législateur entre le droit d’accès à l’information et l’exception applicable aux « conseils » a été établi par l’inclusion du par. 13(2) et de l’art. 23, plutôt que par quelque limitation non énoncée de la portée du mot « conseils » employé au par. 13(1).

[38] Outre les différences de nature substantielle entre la Loi et le rapport de la commission Williams, le contexte dans lequel le rapport a été rédigé et les événements survenus entre sa publication et l’adoption de la *LAIPVP* me font également hésiter à lui accorder beaucoup d’importance aux fins de la détermination de l’intention du législateur quant à la portée du par. 13(1). Le rapport a été déposé en 1980, soit huit ans avant l’adoption de la *LAIPVP*. Au début des années 1980, un projet de loi sur l’accès à l’information a été présenté à l’assemblée législative, mais il n’a jamais été adopté. On doit la *LAIPVP* à un autre gouvernement, qui l’a adoptée quelques années plus tard.

[39] De plus, au moment de la rédaction du rapport, la loi fédérale américaine *Freedom of Information Act*, 5 U.S.C. § 552 (1970), était le principal modèle de loi sur l’accès à l’information dont disposait la commission. Dans son rapport, cette dernière examine le régime américain en détail à la rubrique portant sur l’exception relative aux conseils ou aux recommandations. Elle ne fait que brièvement état du projet de loi canadien qui a précédé la *Loi sur l’accès à l’information*. Il est révélateur que le par. 13(1) ne ressemble à aucune disposition de la loi américaine examinée par la commission Williams (p. 290, 292-293). Il s’apparente plutôt en substance à la disposition sur les conseils ou les recommandations du projet de loi fédéral antérieur et de la loi fédérale adoptée après la publication du rapport (*Loi sur l’accès à l’information*, al. 21(1)b)). En toute déférence, j’estime donc qu’on ne saurait présumer que le rapport permet de bien cerner l’intention du législateur quant à la portée du mot « conseils » employé au par. 13(1) de la *LAIPVP*.

[40] It was argued that the access to information statutes of eight other provinces have provisions that are similar to s. 13(1) but that explicitly exempt “policy options” from disclosure (see citations for provincial provisions in John Doe factum, at para. 80). Mr. Doe submits that inclusion of policy options in the legislation of these other provinces indicates that “advice” as used in the Ontario statute must be interpreted to exclude policy options. Although interpretation of a statute may be informed by reference to similar statutes in other jurisdictions, such comparative analysis is not conclusive (Sullivan, at p. 419). This is particularly true here where the inclusion of the term “policy options” in the statutes of the other provinces occurred after the enactment of s. 13(1) of the *FIPPA*. I cannot infer that policy options are excluded from “advice” in s. 13(1) simply because the Ontario legislature did not amend the section in response to how other provinces subsequently chose to draft their access to information legislation.

(4) Purpose

[41] Section 1 sets forth the purpose of the *FIPPA*. Reflecting the public interest in access to information, it establishes a presumption in favour of granting access. Chief Justice McLachlin and Justice Abella explain in *Ontario v. CLA*:

Access to information in the hands of public institutions can increase transparency in government, contribute to an informed public, and enhance an open and democratic society.

. . .

. . . Open government requires that the citizenry be granted access to government records when it is necessary to meaningful public debate on the conduct of government institutions. [Emphasis added; paras. 1 and 37.]

[40] On allègue que les lois sur l'accès à l'information de huit autres provinces comprennent des dispositions semblables au par. 13(1), mais que celles-ci soustraient explicitement à la communication les documents qui font état d'« un choix de politiques » (se reporter au par. 80 du mémoire de M. Untel pour les renvois aux dispositions provinciales). M. Untel fait valoir que la mention des documents contenant un choix de politiques dans les dispositions de ces autres ressorts permet de conclure que le mot « conseils » employé dans la loi ontarienne doit être interprété de façon à exclure de tels documents. Même si, pour interpréter une loi, il peut être utile de consulter les lois apparentées d'autres ressorts, la comparaison n'est pas déterminante (Sullivan, p. 419). La démarche est d'autant moins pertinente que le terme « choix de politiques » a été ajouté aux dispositions des autres provinces après l'adoption du par. 13(1) de la *LAIPVP*. Je ne peux inférer que le choix de politiques échappe à la portée du mot « conseils » employé au par. 13(1) du seul fait que le législateur ontarien n'a pas modifié cette disposition pour s'aligner sur le texte subséquent des dispositions des autres ressorts en matière d'accès à l'information.

(4) Objet

[41] L'article premier de la *LAIPVP* énonce son objet. Conformément à l'intérêt public lié à l'accès à l'information, il établit une présomption en faveur de l'accès à l'information. Dans *Ontario c. CLA*, la juge en chef McLachlin et la juge Abella expliquent :

L'accès à l'information détenue par les institutions publiques peut accroître la transparence du gouvernement, aider le public à se former une opinion éclairée et favoriser une société ouverte et démocratique.

. . .

. . . Pour que le gouvernement œuvre de manière transparente, il faut que l'ensemble des citoyens puisse avoir accès aux documents gouvernementaux lorsque cela est nécessaire pour la tenue d'un débat public significatif sur la conduite d'institutions gouvernementales. [Je souligne; par. 1 et 37.]

However, s. 1 also recognizes that the presumption must be rebuttable in a limited number of specific circumstances according to the mandatory or optional exemptions provided for in the Act.

[42] The scheme of the Act reflects its purpose. The head of the institution that controls or has custody of the requested records, and who has knowledge of their content and the impact of their release, has the primary responsibility for determining whether one of the exemptions applies to the requested records. In the case of a discretionary exemption, he also has the responsibility of determining whether that exemption should be invoked. However, the Act gives the ultimate power over releasing the information to the IPC, subject to judicial review.

[43] The purpose of exempting advice or recommendations within government institutions was addressed in the Williams Commission Report and later jurisprudence. It is to preserve an effective and neutral public service so as to permit public servants to provide full, free and frank advice. The report discussed the concern that failing to exempt such material risks having advice or recommendations that are less candid and complete, and the public service no longer being perceived as neutral. Although the report suggested that some of these concerns were exaggerated, it acknowledged that “it is difficult to weigh accurately the force of these arguments and predict with confidence the precise results of greater openness with respect to the deliberative decision-making processes of government” (pp. 289-90). Although I would not give the report much weight in defining the scope of s. 13(1), I accept that its discussion of the purpose of s. 13(1) is accurate.

[44] In my opinion, Evans J. (as he then was) in *Canadian Council of Christian Charities v. Canada (Minister of Finance)*, [1999] 4 F.C. 245, persuasively explained the rationale for the exemption for advice given by public servants. Although written about the equivalent federal exemption, the purpose

Cependant, l’article premier reconnaît également que la présomption est réfutable dans un certain nombre de cas précis, selon les exceptions obligatoires ou facultatives prévues par la Loi.

[42] L’économie de la Loi reflète son objet. C’est à la personne responsable de l’institution qui a la garde ou le contrôle des documents demandés et qui connaît leur teneur et les répercussions de leur communication qu’il incombe au premier chef de déterminer si l’une ou l’autre des exceptions s’applique. Dans le cas d’une exception discrétionnaire, il lui incombe également de décider s’il convient ou non de l’invoquer pour refuser la communication. Toutefois, la Loi confère à la Commissaire le pouvoir final de communiquer ou non l’information, sous réserve d’un contrôle judiciaire.

[43] L’objet de l’exception visant les conseils ou les recommandations au sein des institutions gouvernementales a été examiné dans le rapport de la commission Williams et dans la jurisprudence ultérieure. L’exception a pour objet de garantir l’efficacité et la neutralité de la fonction publique afin que les fonctionnaires puissent donner des conseils de manière complète, ouverte et franche. Le rapport mentionne le risque que l’omission de soustraire ces éléments à la communication compromette l’exhaustivité des conseils ou des recommandations formulés et la sincérité de leurs auteurs et porte ainsi atteinte à l’image de neutralité de la fonction publique. Même s’il indique que certaines craintes sont exagérées à cet égard, le rapport reconnaît qu’[TRADUCTION] « il est difficile de déterminer avec précision la valeur de ces prétentions et de prévoir avec certitude les résultats précis d’une transparence accrue des processus de délibération et de prise de décision de l’État » (p. 289-290). J’accorde peu d’importance au rapport aux fins de définir la portée du par. 13(1), mais je reconnais la justesse de son analyse de l’objet du par. 13(1).

[44] À mon avis, dans *Conseil canadien des œuvres de charité chrétiennes c. Canada (Ministre des Finances)*, [1999] 4 C.F. 245, le juge Evans (plus tard juge de la Cour d’appel fédérale) explique de façon convaincante la raison d’être de l’exception relative aux conseils des fonctionnaires.

and function of the federal and Ontario advice and recommendations exemptions are the same. I cannot improve upon the language of Evans J. and his explanation and I adopt them as my own:

To permit or to require the disclosure of advice given by officials, either to other officials or to ministers, and the disclosure of confidential deliberations within the public service on policy options, would erode government's ability to formulate and to justify its policies.

It would be an intolerable burden to force ministers and their advisors to disclose to public scrutiny the internal evolution of the policies ultimately adopted. Disclosure of such material would often reveal that the policy-making process included false starts, blind alleys, wrong turns, changes of mind, the solicitation and rejection of advice, and the re-evaluation of priorities and the re-weighing of the relative importance of the relevant factors as a problem is studied more closely. In the hands of journalists or political opponents this is combustible material liable to fuel a fire that could quickly destroy governmental credibility and effectiveness. [paras. 30-31]

[45] Political neutrality, both actual and perceived, is an essential feature of the civil service in Canada (*Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69, at p. 86; *OPSEU v. Ontario (Attorney General)*, [1987] 2 S.C.R. 2, at pp. 44-45). The advice and recommendations provided by a public servant who knows that his work might one day be subject to public scrutiny is less likely to be full, free and frank, and is more likely to suffer from self-censorship. Similarly, a decision maker might hesitate to even request advice or recommendations in writing concerning a controversial matter if he knows the resulting information might be disclosed. Requiring that such advice or recommendations be disclosed risks introducing actual or perceived partisan considerations into public servants' participation in the decision-making process.

Même s'il se prononce sur l'exception prévue par la loi fédérale, l'objet et la fonction des exceptions relatives aux conseils et aux recommandations prévues par la loi fédérale et par la loi ontarienne sont les mêmes. Je ne saurais m'exprimer avec plus d'éloquence, et je fais mienne l'explication du juge Evans :

Autoriser ou exiger la communication [de conseils] donnés par des fonctionnaires, soit à d'autres fonctionnaires, soit à des ministres, et la communication de délibérations confidentielles au sein de la fonction publique concernant [certains choix de] politiques, éroderaient la capacité du gouvernement de formuler et de justifier ses politiques.

Cela constituerait un fardeau intolérable que de forcer les ministres et leurs conseillers à soumettre à l'examen du public l'évolution interne des politiques qui sont finalement adoptées. La communication de ces renseignements révélerait souvent que le processus d'élaboration des politiques s'accompagne de faux départs, d'impasses, de mauvais virages, de changements d'orientation, de demandes [de conseils] ultérieurement rejetés, de réévaluations des priorités et de repondération de l'importance relative des facteurs pertinents au fur et à mesure de l'analyse du problème. Si ce matériau hautement inflammable tombait entre les mains de journalistes ou d'opposants politiques, il pourrait facilement alimenter un brasier capable de détruire rapidement la crédibilité et l'efficacité du gouvernement. [par. 30-31]

[45] La neutralité politique, qu'elle soit réelle ou apparente, est une caractéristique essentielle de la fonction publique au Canada (*Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69, p. 86; *SEFPO c. Ontario (Procureur général)*, [1987] 2 R.C.S. 2, p. 44-45). Le fonctionnaire qui sait que son travail pourrait un jour être soumis à l'examen du public pourrait donner des conseils et faire des recommandations de manière moins complète, ouverte et franche, et serait en même temps davantage susceptible de recourir à l'auto-censure. Aussi, un décideur pourrait même hésiter à demander des conseils ou des recommandations écrits sur un sujet controversé s'il sait que l'information ainsi créée pourrait être divulguée. Exiger la communication de tels conseils ou recommandations risque de faire intervenir des considérations réellement ou apparemment intéressées dans la participation des fonctionnaires au processus décisionnel.

[46] Interpreting “advice” in s. 13(1) as including opinions of a public servant as to the range of alternative policy options accords with the balance struck by the legislature between the goal of preserving an effective public service capable of producing full, free and frank advice and the goal of providing a meaningful right of access.

(5) Application: the Information in the Records Constitutes “Advice”

[47] The policy options in the Records in this case present both an express recommendation against some options and advice regarding all the options. Although only a small section of each Record recommends a preferred course of action for the decision maker to accept or reject, the remaining information in the Records sets forth considerations to take into account by the decision maker in making the decision. The information consists of the opinion of the author of the Record as to advantages and disadvantages of alternative effective dates of the amendments. It was prepared to serve as the basis for making a decision between the presented options. These constitute policy options and are part of the decision-making process. They are “advice” within the meaning of s. 13(1).

C. Advice or Recommendations Do Not Have To Be Communicated

[48] The second issue in the present appeal is whether a record must be communicated in order for s. 13(1) to apply. The IPC Adjudicator answered this question in the affirmative. She found there was “no clear evidence of communication of the information in Records I to V from one person to another” (p. 8). She concluded that it was “not apparent that the information in these five records . . . was communicated to the person being advised and, therefore, used in the Ministry’s deliberative processes” (*ibid.*).

[49] Rosenberg J.A. found that the requirement of the Adjudicator for communication was unreasonable. In his view there was no requirement “that

[46] L’interprétation selon laquelle le mot « conseils » employé au par. 13(1) s’entend notamment du point de vue d’un fonctionnaire sur les différentes politiques possibles est conforme à l’équilibre établi par le législateur entre l’objectif d’une fonction publique efficace, apte à donner des conseils de manière complète, ouverte et franche, et l’objectif de conférer un véritable droit d’accès à l’information.

(5) Application : l’information contenue dans les documents constitue des « conseils »

[47] Le choix de politiques figurant dans les documents visés en l’espèce comporte la recommandation expresse de ne pas retenir certaines solutions et des conseils sur toutes celles envisagées. Bien que seule une petite partie de chacun des documents comporte une recommandation qui privilégie une mesure, que le décideur adoptera ou non, le reste de l’information porte sur les éléments à considérer pour prendre la décision. Cette information comprend le point de vue de l’auteur sur les avantages et les inconvénients des différentes dates d’entrée en vigueur possibles des modifications. Elle a été établie afin de jeter les bases du choix opéré par le décideur. Il s’agit d’un choix de politiques inhérent au processus décisionnel, de « conseils » au sens du par. 13(1).

C. Les conseils ou recommandations n’ont pas à parvenir au destinataire

[48] La seconde question en litige dans le pourvoi est celle de savoir si un document doit avoir été transmis pour que le par. 13(1) s’applique. L’arbitre du bureau de la Commissaire répond par l’affirmative. Elle conclut que [TRADUCTION] « la preuve n’établit pas clairement que l’information contenue dans les documents I à V a été transmise d’une personne à une autre » (p. 8). Selon elle, il n’est « pas évident que l’information contenue dans ces cinq documents [. . .] a été transmise à la personne à qui s’adressaient les conseils et qu’elle a donc servi d’assise à la délibération du ministère » (*ibid.*).

[49] Le juge Rosenberg conclut qu’il était déraisonnable d’exiger que l’information ait été transmise. À son avis, il n’y a nulle exigence que

the information in the records actually went to the final decision-maker” (para. 25). He explained by way of example that it would be “absurd and unreasonable” to protect a record from disclosure because there was evidence it was communicated to the decision maker but to not protect earlier drafts of similar content. Protecting the communicated version would provide an “illusory and meaningless” protection if earlier drafts were not also protected, whether there was evidence they were communicated or not (para. 28). In any event, he found that “[t]he circumstantial evidence in this case [was] overwhelming that all six records were part of the deliberative process that led to a decision by the Minister” (para. 27).

[50] No words in s. 13(1) express a requirement that the advice or recommendations be communicated in order to qualify for exemption from disclosure. A public servant may engage in writing any number of drafts before communicating part or all of their content to another person. The nature of the deliberative process is to draft and redraft advice or recommendations until the writer is sufficiently satisfied that he is prepared to communicate the results to someone else. All the information in those earlier drafts informs the end result even if the content of any one draft is not included in the final version.

[51] Protection from disclosure would indeed be illusory if only a communicated document was protected and not prior drafts. It would also be illusory if drafts were only protected where there is evidence that they led to a final, communicated version. In order to achieve the purpose of the exemption, to provide for the full, free and frank participation of public servants or consultants in the deliberative process, the applicability of s. 13(1) must be ascertainable as of the time the public servant or consultant prepares the advice or recommendations. At that point, there will not have been communication. Accordingly, evidence of actual communication cannot be a requirement for the invocation of s. 13(1). Further, it is implicit in the job of policy development, whether by a public

[TRADUCTION] « l’information des documents a effectivement été remise à la personne ultime » (par. 25). Il explique, à l’aide d’un exemple, qu’il serait « absurde et déraisonnable » de soustraire un document à la communication parce que, selon la preuve, il a été transmis au décideur, et de ne pas protéger une version antérieure au contenu similaire. Il serait « illusoire et dépourvu de sens » de protéger la version transmise si les versions antérieures ne l’étaient pas, peu importe que leur transmission soit établie ou non (par. 28). Quoi qu’il en soit, il statue que, « [e]n l’espèce, une preuve circonstancielle très convaincante établit que les six documents s’inscrivaient dans le processus de délibération qui a mené à la décision du Ministre » (par. 27).

[50] Aucun élément du par. 13(1) n’exige la transmission des conseils ou des recommandations pour que ceux-ci puissent bénéficier de l’exception qui les soustrait à la communication. Un fonctionnaire peut entreprendre la rédaction d’un nombre illimité d’ébauches avant de transmettre leur contenu, en partie ou en totalité, à une autre personne. La nature du processus délibératif suppose la rédaction et la reformulation de conseils ou de recommandations jusqu’à ce que l’auteur s’estime suffisamment prêt à transmettre le résultat de son travail à une autre personne. Toute l’information contenue dans ces ébauches antérieures contribue au résultat final, même si celle que renferme l’une ou l’autre d’entre elles ne figure pas dans la version finale.

[51] La protection serait en effet illusoire si seul le document transmis était soustrait à la communication, pas ses ébauches. Elle serait également illusoire si une ébauche n’était protégée que s’il était démontré qu’elle a mené à la version finale transmise. Pour respecter l’objet de l’exception — faire en sorte que les fonctionnaires ou les experts-conseils participent de manière complète, ouverte et franche au processus délibératif —, l’applicabilité du par. 13(1) doit être susceptible de détermination au moment où ces personnes préparent leurs conseils ou leurs recommandations. À ce stade, il n’y aura pas eu transmission à quiconque. Par conséquent, la preuve de la transmission ne saurait constituer un préalable à l’application du par. 13(1). De plus, la tâche qui consiste à élaborer des politiques,

servant or any other person employed in the service of an institution or a consultant retained by the institution, that there is an intention to communicate any resulting advice or recommendations that may be produced. Accordingly, evidence of an intention to communicate is not required for s. 13(1) to apply as that intention is inherent to the job or retainer.

D. *Exercise of Discretion*

[52] It is important to emphasize that s. 13(1) is a discretionary decision and that heads of institutions must be careful to exercise their discretion lawfully (*Telezone*, at paras. 45, 100, 102, 107-9 and 112-16; *Ontario v. CLA*, at paras. 66, 69 and 71). The Court noted in *Ontario v. CLA*:

The Commissioner may quash the decision not to disclose and return the matter for reconsideration where: the decision was made in bad faith or for an improper purpose; the decision took into account irrelevant considerations; or, the decision failed to take into account relevant considerations. [para. 71]

There is no suggestion here that the exercise of discretion by the head of the institution was questionable.

VI. Conclusion

[53] It was unreasonable for the IPC Order to require disclosure of the Records on the basis that most of their contents did not reveal a suggested course of action. This decision was based on definitions of “advice” and “recommendations” that left no room for the terms to have distinct meanings. It was also unreasonable for the IPC Order to require that there be evidence that information in the Records at issue in this case had been communicated in order to qualify for the s. 13(1) exemption. Policy options prepared in the course of the decision-making process such as those contained in the Records here, whether communicated or not, are within the meaning of “advice or recommendations” in s. 13(1) and qualify for exemption from disclosure.

qu’elle soit confiée à un fonctionnaire ou à une autre personne employée par une institution ou un expert-conseil dont l’institution retient les services, suppose implicitement l’intention de transmettre tous conseils ou recommandations susceptibles d’en résulter. Partant, l’application du par. 13(1) ne requiert pas la preuve de la transmission, celle-ci étant l’objectif inhérent à la fonction ou au mandat.

D. *Exercice du pouvoir discrétionnaire*

[52] Il importe de souligner que la décision visée au par. 13(1) est de nature discrétionnaire et que le responsable de l’institution doit exercer son pouvoir conformément à la loi (*Telezone*, par. 45, 100, 102, 107-109 et 112-116; *Ontario c. CLA*, par. 66, 69 et 71). Comme le signale la Cour dans *Ontario c. CLA* :

La Commissaire peut annuler la décision de ne pas [communiquer] et renvoyer l’affaire pour réexamen lorsque : la décision a été prise de mauvaise foi ou était mal fondée; la décision a pris en compte des considérations non pertinentes; ou la décision a été prise en omettant de tenir compte de facteurs pertinents. [par. 71]

Rien ne laisse croire en l’espèce que l’exercice du pouvoir discrétionnaire de la personne responsable de l’institution était contestable.

VI. Conclusion

[53] Il était déraisonnable que, dans son ordonnance, la Commissaire exige la communication des documents au motif que la teneur de la plupart d’entre eux ne révélait aucune mesure préconisée. La décision reposait sur des définitions des termes « conseils » et « recommandations » qui ne permettaient pas que ceux-ci aient des portées différentes. Il était également déraisonnable d’exiger la preuve que l’information contenue dans les documents en cause ait été transmise pour que ceux-ci puissent bénéficier de l’exception prévue au par. 13(1). Un choix de politiques préparé dans le cadre d’un processus décisionnel comme celui contenu dans les documents en cause, qu’il ait été transmis ou non, répond à la définition des mots « conseils ou [...] recommandations » employés au par. 13(1). Il bénéficie donc de l’exception à la communication.

[54] Under s. 10(2) of the *FIPPA*, “as much of the record as can reasonably be severed without disclosing the information that falls under one of the exemptions” *must* be disclosed. In the IPC Order, the Adjudicator noted that had the Records been communicated, she would have severed the Records and only exempted “information which suggests a course of action that will ultimately be accepted or rejected by the person being advised” (p. 9). However, the Adjudicator was applying an unreasonable definition of “advice”. These reasons have interpreted “advice” as including policy options. Because the Records constitute policy options in their entirety, they are not amenable to being severed. Accordingly, they qualify for exemption from disclosure in their entirety.

[55] The Records contain “recommendations” and “advice” and are eligible for exemption under s. 13(1) of the *FIPPA*. The appeal should be dismissed. No useful purpose would be served by remitting the matter to the IPC for redetermination. As agreed by the parties, no costs are awarded.

APPENDIX

Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.O. 1990, c. F.31

1. [Purposes] The purposes of this Act are,

- (a) to provide a right of access to information under the control of institutions in accordance with the principles that,
 - (i) information should be available to the public,
 - (ii) necessary exemptions from the right of access should be limited and specific, and
 - (iii) decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government; and
- (b) to protect the privacy of individuals with respect to personal information about themselves held

[54] Suivant le par. 10(2) de la *LAIPVP*, « la partie du document qui peut raisonnablement en être extraite sans divulguer [l’information faisant l’objet de l’une des exceptions] » *doit* être communiquée. Dans l’ordonnance de la Commissaire, l’arbitre signale que, si les documents avaient été transmis, elle les aurait caviardés et n’aurait soustrait à la communication que [TRADUCTION] « l’information qui préconise une mesure qui sera finalement acceptée ou rejetée par la personne conseillée » (p. 9). Or, l’arbitre applique une définition déraisonnable du terme « conseils ». Les présents motifs assimilent un choix de politiques à des « conseils ». Les documents constituant dans leur ensemble un choix de politiques, ils ne se prêtent pas au caviardage. Ils sont donc entièrement visés par l’exception à la communication.

[55] Les documents renferment des « recommandations » et des « conseils » et peuvent faire l’objet de l’exception prévue au par. 13(1) de la *LAIPVP*. Le pourvoi doit être rejeté. Il serait inutile de renvoyer l’affaire à la Commissaire pour qu’elle rende une nouvelle décision. Avec l’accord des parties, nuls dépens ne sont adjugés.

ANNEXE

Loi sur l’accès à l’information et la protection de la vie privée, L.R.O. 1990, ch. F.31

1. [Objets] La présente loi a pour objets :

- a) de procurer un droit d’accès à l’information régie par une institution conformément aux principes suivants :
 - (i) l’information doit être accessible au public,
 - (ii) les exceptions au droit d’accès doivent être limitées et précises,
 - (iii) les décisions relatives à la divulgation de l’information ayant trait au gouvernement devraient faire l’objet d’un examen indépendant du gouvernement;
- b) de protéger la vie privée des particuliers que concernent les renseignements personnels détenus

by institutions and to provide individuals with a right of access to that information.

. . .

PART II

FREEDOM OF INFORMATION

ACCESS TO RECORDS

10. . . .

(2) [Severability of record] If an institution receives a request for access to a record that contains information that falls within one of the exemptions under sections 12 to 22 and the head of the institution is not of the opinion that the request is frivolous or vexatious, the head shall disclose as much of the record as can reasonably be severed without disclosing the information that falls under one of the exemptions.

. . .

EXEMPTIONS

12. — (1) [Cabinet records] A head shall refuse to disclose a record where the disclosure would reveal the substance of deliberations of the Executive Council or its committees, including,

. . .

- (b) a record containing policy options or recommendations submitted, or prepared for submission, to the Executive Council or its committees;
- (c) a record that does not contain policy options or recommendations referred to in clause (b) and that does contain background explanations or analyses of problems submitted, or prepared for submission, to the Executive Council or its committees for their consideration in making decisions, before those decisions are made and implemented;

. . .

(2) [Exception] Despite subsection (1), a head shall not refuse under subsection (1) to disclose a record where,

par une institution et accorder à ces particuliers un droit d'accès à ces renseignements.

. . .

PARTIE II

ACCÈS À L'INFORMATION

ACCÈS AUX DOCUMENTS

10. . . .

(2) [Extrait du document] Si une institution reçoit une demande d'accès à un document qui contient des renseignements faisant l'objet d'une exception aux termes des articles 12 à 22 et que la personne responsable de l'institution n'est pas d'avis que la demande est frivole ou vexatoire, elle divulgue la partie du document qui peut raisonnablement en être extraite sans divulguer ces renseignements.

. . .

EXCEPTIONS

12. (1) [Documents du Conseil exécutif] La personne responsable refuse de divulguer un document qui aurait pour effet de révéler l'objet des délibérations du Conseil exécutif ou de ses comités, notamment :

. . .

- b) le document qui relate un choix de politiques ou des recommandations qui ont été ou qui seront présentées au Conseil exécutif ou à ses comités;
- c) le document qui ne relate pas le choix de politiques ou les recommandations visées à l'alinéa b) mais qui contient les données de base ou les études menées sur certaines questions qui ont été ou qui seront présentées au Conseil exécutif ou à ses comités comme guides dans l'élaboration de leurs décisions avant que ces décisions ne soient prises ou mises à effet;

. . .

(2) [Exception] Malgré le paragraphe (1), la personne responsable ne doit pas refuser de divulguer un document en vertu de ce paragraphe si, selon le cas :

- (a) the record is more than twenty years old; or
- (b) the Executive Council for which, or in respect of which, the record has been prepared consents to access being given.

13. — (1) [Advice to government] A head may refuse to disclose a record where the disclosure would reveal advice or recommendations of a public servant, any other person employed in the service of an institution or a consultant retained by an institution.

(2) [Exception] Despite subsection (1), a head shall not refuse under subsection (1) to disclose a record that contains,

- (a) factual material;
- (b) a statistical survey;
- (c) a report by a valuator, whether or not the valuator is an officer of the institution;
- (d) an environmental impact statement or similar record;
- (e) a report of a test carried out on a product for the purpose of government equipment testing or a consumer test report;
- (f) a report or study on the performance or efficiency of an institution, whether the report or study is of a general nature or is in respect of a particular program or policy;
- (g) a feasibility study or other technical study, including a cost estimate, relating to a government policy or project;
- (h) a report containing the results of field research undertaken before the formulation of a policy proposal;
- (i) a final plan or proposal to change a program of an institution, or for the establishment of a new program, including a budgetary estimate for the program, whether or not the plan or proposal is subject to approval, unless the plan or proposal is to be submitted to the Executive Council or its committees;
- (j) a report of an interdepartmental committee task force or similar body, or of a committee or task

- a) le document date de plus de vingt ans;
- b) le Conseil exécutif concerné donne son consentement à la divulgation.

13. (1) [Conseils au gouvernement] La personne responsable peut refuser de divulguer un document qui aurait pour effet de révéler les conseils ou les recommandations émanant d'un fonctionnaire, d'une personne employée par une institution ou d'un expert-conseil dont les services ont été retenus par cette institution.

(2) [Exceptions] Malgré le paragraphe (1), la personne responsable ne doit pas refuser, en vertu de ce paragraphe, de divulguer un document qui comporte l'un des éléments suivants :

- a) de la documentation portant sur des faits;
- b) un sondage statistique;
- c) le rapport d'un estimateur, que ce dernier soit ou non un dirigeant de l'institution;
- d) un rapport sur d'éventuelles répercussions sur l'environnement ou un document semblable;
- e) le rapport qui porte sur l'essai d'un produit relié à la mise à l'épreuve de pièces d'équipement appartenant au gouvernement ou le résultat d'un test mené à l'intention des consommateurs;
- f) le rapport ou le résultat d'une étude relative au rendement ou à l'efficacité d'une institution, que ce rapport ou cette étude soient d'ordre général ou portent sur un programme ou une politique en particulier;
- g) une étude de faisabilité ou autre étude technique, y compris une estimation des coûts, reliée à une politique ou à un projet gouvernementaux;
- h) le rapport qui comporte les résultats d'une recherche effectuée sur le terrain préalablement à la formulation d'une politique proposée;
- i) la proposition ou le plan définitifs en vue de la modification d'un programme existant ou de l'établissement d'un nouveau programme d'une institution, y compris son estimation budgétaire, que cette proposition ou ce plan soient subordonnés ou non à une approbation quelconque, sauf s'ils doivent être présentés au Conseil exécutif ou à ses comités;
- j) le rapport du groupe de travail d'un comité interministériel ou d'une entité semblable ou

force within an institution, which has been established for the purpose of preparing a report on a particular topic, unless the report is to be submitted to the Executive Council or its committees;

- (k) a report of a committee, council or other body which is attached to an institution and which has been established for the purpose of undertaking inquiries and making reports or recommendations to the institution;
- (l) the reasons for a final decision, order or ruling of an officer of the institution made during or at the conclusion of the exercise of discretionary power conferred by or under an enactment or scheme administered by the institution, whether or not the enactment or scheme allows an appeal to be taken against the decision, order or ruling, whether or not the reasons,
 - (i) are contained in an internal memorandum of the institution or in a letter addressed by an officer or employee of the institution to a named person, or
 - (ii) were given by the officer who made the decision, order or ruling or were incorporated by reference into the decision, order or ruling.

(3) [Idem] Despite subsection (1), a head shall not refuse under subsection (1) to disclose a record where the record is more than twenty years old or where the head has publicly cited the record as the basis for making a decision or formulating a policy.

23. [Exemptions not to apply] An exemption from disclosure of a record under sections 13, 15, 17, 18, 20, 21 and 21.1 does not apply where a compelling public interest in the disclosure of the record clearly outweighs the purpose of the exemption.

Access to Information Act, R.S.C. 1985, c. A-1

2. (1) [Purpose] The purpose of this Act is to extend the present laws of Canada to provide a right of access to information in records under the control of a government institution in accordance with the principles that

celui d'un comité ou d'un groupe de travail internes d'une institution chargés de dresser un rapport sur une question précise, sauf si ce rapport doit être présenté au Conseil exécutif ou à ses comités;

- k) le rapport d'un comité, d'un conseil ou d'une autre entité liés à une institution et constitués dans le but de mener des enquêtes suivies de rapports ou de recommandations destinés à cette institution;
- l) les motifs à l'appui de la décision, de l'arrêté, de l'ordonnance, de l'ordre ou de la directive définitifs du dirigeant d'une institution et rendus à la fin ou au cours de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire conféré par un texte législatif ou un projet mis en application par cette institution, ou en vertu de ceux-ci, qu'il soit permis ou non aux termes du texte législatif ou du projet d'interjeter appel de ces décisions, arrêtés, ordonnances, ordres ou directives. Ce qui précède s'applique, que ces motifs :
 - (i) figurent ou non dans une note de service qui émane de l'institution ou dans la lettre d'un dirigeant ou d'un employé de cette institution, destinée à une personne donnée,
 - (ii) aient été ou non exposés par le dirigeant qui a rendu cette décision ou directive ou cet ordre que ces motifs y soient incorporés par renvoi ou non.

(3) [Idem] Malgré le paragraphe (1), la personne responsable ne doit pas refuser, en vertu de ce paragraphe, de divulguer un document si le document date de plus de vingt ans ou si la personne responsable l'a publiquement cité comme ayant servi de fondement à une décision ou à la formulation d'une politique.

23. [Non-application des exceptions] L'exception à la divulgation visée aux articles 13, 15, 17, 18, 20, 21 et 21.1 ne s'applique pas si la nécessité manifeste de divulguer le document dans l'intérêt public l'emporte sans conteste sur la fin visée par l'exception.

Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. 1985, ch. A-1

2. (1) [Objet] La présente loi a pour objet d'élargir l'accès aux documents de l'administration fédérale en consacrant le principe du droit du public à leur communication, les exceptions indispensables à ce droit

government information should be available to the public, that necessary exceptions to the right of access should be limited and specific and that decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government.

21. (1) [Advice, etc.] The head of a government institution may refuse to disclose any record requested under this Act that contains

- (a) advice or recommendations developed by or for a government institution or a minister of the Crown,

. . .

if the record came into existence less than twenty years prior to the request.

Freedom of Information Act, 5 U.S.C. § 552 (1970)

- (a) Each agency shall make available to the public information as follows:

. . .

- (b) This section does not apply to matters that are—

. . .

(5) inter-agency or intra-agency memorandums or letters which would not be available by law to a party other than an agency in litigation with the agency . . .

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant John Doe: Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.

Solicitor for the appellant the Information and Privacy Commissioner of Ontario: Information and Privacy Commissioner of Ontario, Toronto.

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

étant précises et limitées et les décisions quant à la communication étant susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif.

21. (1) [Avis, etc.] Le responsable d'une institution fédérale peut refuser la communication de documents datés de moins de vingt ans lors de la demande et contenant :

- a) des avis ou recommandations élaborés par ou pour une institution fédérale ou un ministre . . .

Freedom of Information Act, 5 U.S.C. § 552 (1970)

[TRADUCTION]

- a) Chaque organisme met à la disposition du public l'information suivante

. . .

- b) Le présent article ne s'applique pas :

. . .

(5) aux notes de service ou lettres échangées au sein d'un organisme ou entre des organismes et dont la loi n'autoriserait pas la communication à une autre personne qu'un organisme qui est partie à un litige qui l'oppose à l'organisme . . .

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appellant M. Untel : Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.

Procureur de l'appelante la Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario : Commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario, Toronto.

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

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

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

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

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

Solicitor for the interveners the Information and Privacy Commissioner of Alberta, the Freedom of Information and Protection of Privacy Commissioner [Review Officer] for Nova Scotia and the Information and Privacy Commissioner of Prince Edward Island: Office of the Information and Privacy Commissioner of Alberta, Edmonton.

Procureur des intervenants Information and Privacy Commissioner of Alberta, Freedom of Information and Protection of Privacy Commissioner [Review Officer] for Nova Scotia et Information and Privacy Commissioner of Prince Edward Island : Office of the Information and Privacy Commissioner of Alberta, Edmonton.

Solicitors for the intervener the British Columbia Freedom of Information and Privacy Association: Hunter Litigation Chambers, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante British Columbia Freedom of Information and Privacy Association : Hunter Litigation Chambers, Vancouver.

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

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

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Minister of Citizenship and Immigration and Minister of Public Safety and Emergency Preparedness *Appellants/ Respondents on cross-appeal*

v.

Mohamed Harkat *Respondent/Appellant on cross-appeal*

and

Attorney General of Ontario, British Columbia Civil Liberties Association, Canadian Council of Criminal Defence Lawyers, Canadian Civil Liberties Association, Canadian Bar Association, Canadian Association of Refugee Lawyers, Canadian Council for Refugees, International Civil Liberties Monitoring Group, Canadian Council on American-Islamic Relations (now known as National Council of Canadian Muslims), Amnesty International and Criminal Lawyers' Association (Ontario) *Interveners*

INDEXED AS: CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) v. HARKAT

2014 SCC 37

File No.: 34884.

2013: October 10, 11; 2014: May 14.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Constitutional law — Charter of Rights — Right to life, liberty and security of person — Certificate issued against foreign national stating that he is inadmissible to Canada on national security grounds for allegedly engaging in terrorism — Named person challenging

Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile *Appellants/ Intimés au pourvoi incident*

c.

Mohamed Harkat *Intimé/Appelant au pourvoi incident*

et

Procureur général de l'Ontario, Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique, Conseil canadien des avocats de la défense, Association canadienne des libertés civiles, Association du barreau canadien, Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés, Conseil canadien pour les réfugiés, Coalition pour la surveillance internationale des libertés civiles, Canadian Council on American-Islamic Relations (maintenant connu sous le nom de Conseil national des musulmans canadiens), Amnistie internationale et Criminal Lawyers' Association (Ontario) *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) c. HARKAT

2014 CSC 37

N° du greffe : 34884.

2013 : 10, 11 octobre; 2014 : 14 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Certificat délivré contre un étranger atteste que cette personne est interdite de territoire au Canada pour raison de sécurité nationale parce qu'elle se serait livrée

constitutionality of security certificate scheme on grounds that it prevents full disclosure and personal participation in hearings — Whether scheme under which security certificate issued deprives named person of right to life, liberty and security of person in accordance with principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 77(2), 83(1)(c), (d), (e), (h), (i), 85.4(2), 85.5(b).

Immigration — Inadmissibility and removal — National security — Certificate issued against foreign national stating that he is inadmissible to Canada on national security grounds for allegedly engaging in terrorism — Judge reviewing reasonableness of certificate finding sufficient evidence to demonstrate that certificate was reasonable and upholding certificate — Whether designated judge erred in concluding that certificate was reasonable.

Evidence — Privilege — Informer privilege — Information used against named person obtained by CSIS from human sources — Whether CSIS human sources are covered by class privilege — Whether CSIS human sources can be cross-examined.

Constitutional law — Charter of Rights — Procedural fairness — Duty to disclose — Remedy — Summaries of intercepted conversations tendered as evidence against named person — Source materials for summaries destroyed in accordance with internal policy of CSIS — Whether destruction of source materials breached named person's right to procedural fairness — Whether designated judge erred in refusing to exclude summaries of intercepted conversations — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 24(1).

Stay of proceedings — Duties of candour and utmost good faith — Fairness of process — Ex parte proceedings — Review of reasonableness of security certificate — Whether ministers made reasonable efforts to obtain information sought by special advocates — Whether ministers breached duties of candour and utmost good faith — Whether proceedings against named person were fair — Whether named person entitled to stay of proceedings.

à des activités terroristes — Constitutionnalité du régime des certificats de sécurité contestée par la personne visée au motif qu'il empêche la divulgation complète et sa participation personnelle aux audiences — Le régime en vertu duquel sont délivrés les certificats de sécurité prive-t-il la personne visée de son droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne d'une manière conforme aux principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 77(2), 83(1)c), d), e), h), i), 85.4(2), 85.5b).

Immigration — Interdiction de territoire et renvoi — Sécurité nationale — Certificat délivré contre un étranger atteste que cette personne est interdite de territoire au Canada pour raison de sécurité nationale parce qu'elle se serait livrée à des activités terroristes — Juge chargé de se prononcer sur le caractère raisonnable du certificat d'avis qu'il y a une preuve suffisante pour l'établir et confirme la validité du certificat en question — Le juge désigné a-t-il commis une erreur en concluant au caractère raisonnable du certificat?

Preuve — Privilège — Privilège relatif aux indicateurs — Renseignements utilisés contre la personne visée obtenus par le SCRS de sources humaines — Les sources humaines du SCRS sont-elles protégées par un privilège générique? — Les sources humaines du SCRS peuvent-elles être contre-interrogées?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Équité procédurale — Obligation de divulgation — Réparation — Résumés de conversations interceptées produits en preuve contre la personne visée — Documents à l'origine des résumés détruits conformément à une politique interne du SCRS — La destruction des documents à l'origine des résumés a-t-elle porté atteinte au droit à l'équité procédurale de la personne visée? — Le juge désigné a-t-il commis une erreur en refusant d'exclure les résumés des conversations interceptées? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 24(1).

Arrêt des procédures — Obligations de franchise et de bonne foi la plus absolue — Équité du processus — Procédures ex parte — Examen du caractère raisonnable du certificat de sécurité — Les ministres ont-ils fourni des efforts raisonnables pour obtenir les renseignements demandés par les avocats spéciaux? — Les ministres ont-ils manqué à leurs obligations de franchise et de bonne foi la plus absolue? — Les procédures contre la personne visée étaient-elles équitables? — La personne visée a-t-elle droit à l'arrêt des procédures?

H is alleged to have come to Canada for the purpose of engaging in terrorism. In 2002, a security certificate was issued against H under the scheme then contained in the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (“*IRPA*”). The certificate declared H inadmissible to Canada on national security grounds. After a successful constitutional challenge of the then existing *IRPA* security certificate scheme and subsequent amendments to the *IRPA*, a second security certificate was issued against H and referred to the Federal Court for a determination as to its reasonableness. During the proceedings, the special advocates appointed to protect the interests of H in the closed hearings sought to obtain disclosure of the identity of human sources who provided information regarding H to the Canadian Security Intelligence Service (“*CSIS*”) as well as permission to interview and to cross-examine them. The designated judge rejected their request, finding that the common law police informer privilege should be extended to cover *CSIS* human sources. The designated judge also rejected their request to compel the ministers to obtain updated information from foreign intelligence agencies on several alleged terrorists with whom H was claimed to have associated. In addition, H’s request to exclude from the evidence summaries of intercepted conversations on the ground that the original recordings and notes of these conversations were destroyed pursuant to *CSIS* policy OPS-217 was refused by the designated judge. The designated judge found the security certificate scheme under the amended *IRPA* to be constitutional, and concluded that the certificate declaring H inadmissible to Canada was reasonable. On appeal, the Federal Court of Appeal upheld the constitutionality of the scheme but found that the identity of *CSIS* human sources is not protected by privilege. It also excluded from the evidence the summaries of intercepted conversations to which H had not been privy, and remitted the matter to the designated judge for redetermination on the basis of what remained of the record after the exclusion of the summaries.

Held (Abella and Cromwell JJ. dissenting in part on the appeal): The appeal should be allowed in part. The cross-appeal should be dismissed. The *IRPA* scheme is constitutional. *CSIS* human sources are not protected by a class privilege. The designated judge’s conclusion that the security certificate was reasonable is reinstated.

Selon les allégations, H serait entré au Canada pour se livrer à des activités terroristes. En 2002, un certificat de sécurité a été délivré contre lui conformément au régime alors établi par la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (« *LIPR* »). Selon ce certificat, H était interdit de territoire au Canada pour raison de sécurité nationale. Après la contestation constitutionnelle couronnée de succès du régime de la *LIPR* relatif aux certificats de sécurité qui était alors en vigueur et les modifications subséquentes de cette loi, un deuxième certificat de sécurité a été délivré contre H et déposé à la Cour fédérale pour que celle-ci décide de son caractère raisonnable. Au cours de la procédure, les avocats spéciaux nommés pour défendre les intérêts de H durant les audiences à huis clos ont tenté d’obtenir la divulgation de l’identité des sources humaines ayant fourni au Service canadien du renseignement de sécurité (« *SCRS* ») des renseignements relatifs à H, ainsi que l’autorisation de les questionner et de les contre-interroger. Le juge désigné a rejeté leur demande, concluant que le privilège de common law relatif aux indicateurs de police devrait être élargi et s’appliquer également aux sources humaines du *SCRS*. Il a également rejeté leur demande visant à contraindre les ministres à obtenir d’organismes étrangers de renseignement des informations à jour sur plusieurs présumés terroristes avec lesquels H se serait associé. Il a aussi rejeté la demande de H pour faire exclure de la preuve les résumés des conversations interceptées au motif que les enregistrements originaux et les notes concernant ces conversations avaient été détruits conformément à la politique OPS-217 du *SCRS*. Selon le juge désigné, le régime des certificats de sécurité établi par la *LIPR* modifiée est constitutionnel et le certificat attestant que H est interdit de territoire au Canada est raisonnable. En appel, la Cour d’appel fédérale a confirmé la constitutionnalité du régime, mais a conclu que l’identité des sources humaines du *SCRS* n’était pas protégée par un privilège. Elle a également exclu de la preuve les résumés des conversations interceptées auxquelles H n’avait pas participé, et elle a renvoyé l’affaire au juge désigné pour que celui-ci rende un nouveau jugement en se fondant sur ce qu’il restait du dossier après l’exclusion des résumés.

Arrêt (les juges Abella et Cromwell sont dissidents en partie quant au pourvoi) : Le pourvoi est accueilli en partie. Le pourvoi incident est rejeté. Le régime établi par la *LIPR* est constitutionnel. Les sources humaines du *SCRS* ne sont pas protégées par un privilège générique. La conclusion du juge désigné selon laquelle le certificat de sécurité est raisonnable est rétablie.

Per McLachlin C.J. and LeBel, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.:

Constitutionality of IRPA Scheme

The impugned provisions of the *IRPA* scheme are constitutional. They do not violate the named person's right to know and meet the case against him, or the right to have a decision made on the facts and the law. The alleged defects of the *IRPA* scheme must be assessed in light of the scheme's overall design and of the two central principles that guide the scheme: (1) the designated judge is intended to play a gatekeeper role, is vested with broad discretion and must ensure not only that the record supports the reasonableness of the ministers' finding of inadmissibility but also that the overall process is fair; and (2) participation of the special advocates in closed hearings is intended to be a substantial substitute for personal participation by the named person in those hearings. However, the scheme remains an imperfect substitute for full disclosure in an open court, and the designated judge has an ongoing responsibility to assess the overall fairness of the process and to grant remedies under s. 24(1) of the *Charter* where appropriate.

The *IRPA* scheme provides sufficient disclosure to the named person to be constitutionally compliant, since the designated judge has a statutory duty to ensure that the named person is reasonably informed of the case against him or her throughout the proceedings. However, the *IRPA* scheme's requirement that the named person be "reasonably informed" of the case should be read as a recognition that the named person must receive an incompressible minimum amount of disclosure. A named person is "reasonably informed" if he or she has personally received sufficient disclosure to be able to give meaningful instructions to his public counsel and meaningful guidance and information to his or her special advocates which will allow them to challenge the information and evidence presented in the closed hearings. The level of disclosure required for a named person to be reasonably informed is case-specific, depending on the allegations and evidence against him or her. Ultimately, the designated judge is the arbiter of whether this standard has been met.

Only information and evidence that raises a serious risk of injury to national security or danger to the safety of a person can be withheld from the named person. The designated judge must be vigilant and skeptical with

La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis et Wagner :

Constitutionnalité du régime établi par la LIPR

Les dispositions contestées du régime établi par la *LIPR* sont constitutionnelles. Elles n'enfreignent pas le droit de la personne visée de connaître et de contester la preuve qui pèse contre elle, ni son droit à ce qu'une décision soit rendue compte tenu des faits et du droit. Les vices dont serait entaché le régime établi par la *LIPR* doivent être examinés à la lumière de la structure globale du régime et des deux principes fondamentaux autour desquels il s'articule : (1) le juge désigné est censé jouer le rôle de gardien, il est investi d'un large pouvoir discrétionnaire et il doit s'assurer non seulement que le dossier était le caractère raisonnable de la conclusion d'interdiction de territoire tirée par les ministres, mais aussi que l'ensemble du processus est équitable; et (2) la participation des avocats spéciaux aux audiences à huis clos vise à remplacer, pour l'essentiel, la participation personnelle de la personne visée à ces audiences. Toutefois, ce régime demeure un substitut imparfait à la divulgation complète en audience publique, et le juge désigné a la responsabilité tout au long de l'instance d'évaluer l'équité globale du processus et d'accorder des réparations en application du par. 24(1) de la *Charte* lorsqu'il est approprié de le faire.

Le régime établi par la *LIPR* prévoit la divulgation à la personne visée de suffisamment de renseignements pour respecter la Constitution, puisque le juge désigné a l'obligation légale de veiller à ce que cette personne soit suffisamment informée de la thèse contre elle durant l'instance. Cependant, l'exigence du régime établi par la *LIPR* voulant que la personne visée soit « suffisamment informée » de cette thèse doit être considérée comme une reconnaissance de l'obligation de lui fournir une quantité minimale incompressible de renseignements. La personne visée est « suffisamment informée » si elle a reçu elle-même suffisamment de renseignements pour pouvoir donner à ses avocats spéciaux des renseignements qui leur permettront de contester l'information et la preuve présentées aux audiences à huis clos. L'étendue de la divulgation requise pour que la personne visée soit suffisamment informée varie d'une affaire à l'autre, selon les allégations et la preuve contre elle. En dernier ressort, c'est au juge désigné qu'il appartient de décider si cette norme a été respectée.

Seuls les renseignements et les éléments de preuve qui soulèvent un risque sérieux d'atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui peuvent être soustraits à la connaissance de la personne visée. Le juge désigné

respect to the claims of national security confidentiality and must ensure that only information or evidence which would injure national security or endanger the safety of a person is withheld from the named person. Systematic overclaiming would infringe the named person's right to a fair process or undermine the integrity of the judicial system, requiring a remedy under s. 24(1) of the *Charter*.

The *IRPA* scheme's approach to disclosure, which fails to provide for a balancing of countervailing interests, does not render the scheme unconstitutional. Section 7 of the *Charter* does not require a balancing approach to disclosure; rather, it requires a fair process. Parliament's choice to adopt a categorical prohibition against disclosure of sensitive information, as opposed to a balancing approach, does not as such constitute a breach of the right to a fair process.

The communications restrictions imposed on special advocates do not render the scheme unconstitutional. They are not absolute and can be lifted with judicial authorization, subject to conditions deemed appropriate by the designated judge. The judicial authorization process gives the designated judge a sufficiently broad discretion to allow all communications that are necessary for the special advocates to perform their duties. This broad discretion averts unfairness as the designated judge can ensure that the special advocates function as closely as possible to ordinary counsel in a public hearing. The judge should take a liberal approach in authorizing communications and only refuse authorization where the Minister has demonstrated, on a balance of probabilities, a real risk of injurious disclosure. In addition, the named person and his public counsel can send an unlimited amount of one-way communications to the special advocates at any time throughout the proceedings.

The admission of hearsay evidence or the denial of the opportunity for special advocates to cross-examine sources do not render the *IRPA* scheme unconstitutional. The *IRPA* scheme achieves the purpose of excluding unreliable evidence by alternative means to the rule against hearsay evidence and the right to cross-examine witnesses — it provides the designated judge with broad

doit être vigilant et sceptique quant aux réclamations de confidentialité fondées sur la sécurité nationale et doit garantir que seuls les renseignements ou les éléments de preuve qui porteraient atteinte à la sécurité nationale ou à celle d'autrui sont soustraits à la connaissance de la personne visée. La multiplication systématique des réclamations peut porter atteinte au droit de la personne visée à un processus équitable ou miner l'intégrité du système judiciaire, exigeant ainsi l'octroi d'une réparation en application du par. 24(1) de la *Charte*.

L'approche prévue par le régime établi par la *LIPR* en matière de divulgation — qui ne prévoit pas la mise en balance des intérêts contraires — ne rend pas le régime inconstitutionnel. L'article 7 de la *Charte* n'exige pas l'existence d'une approche de mise en balance quant à la divulgation; il exige plutôt que le processus soit équitable. Le choix du législateur d'une interdiction totale de divulguer les renseignements sensibles — plutôt qu'une approche qui prévoit une mise en balance — ne constitue donc pas une atteinte au droit à un processus équitable.

Les restrictions aux communications auxquelles doivent se conformer les avocats spéciaux ne rendent pas le régime inconstitutionnel. Elles ne sont pas absolues et peuvent être levées par une autorisation judiciaire, aux conditions que le juge désigné estime indiquées. Le recours à l'autorisation judiciaire donne au juge désigné un pouvoir discrétionnaire suffisamment vaste pour autoriser toutes les communications nécessaires pour que les avocats spéciaux s'acquittent de leurs fonctions. Ce vaste pouvoir discrétionnaire prévient l'iniquité parce que le juge désigné peut s'assurer que les avocats spéciaux agissent autant que possible comme le feraient des avocats ordinaires au cours d'audiences publiques. Le juge devrait adopter une approche libérale lorsqu'il est question d'autoriser les communications et ne refuser son autorisation que dans les cas où le ministre a fait la preuve, selon la prépondérance des probabilités, d'un risque réel de préjudice en cas de divulgation. En outre, la personne visée et ses avocats publics peuvent, eux, transmettre aux avocats spéciaux, à tout moment durant les procédures, une quantité illimitée de communications à sens unique.

Admettre des éléments de preuve par ouï-dire ou ne pas donner aux avocats spéciaux la possibilité de contre-interroger certaines sources ne rendent pas le régime établi par la *LIPR* inconstitutionnel. Ce régime atteint l'objectif consistant à écarter les éléments de preuve indignes de foi par d'autres moyens que la règle interdisant le ouï-dire et le droit de contre-interroger

discretion to exclude evidence that is not “reliable and appropriate”, which allows the judge to exclude not only evidence that he or she finds, after a searching review, to be unreliable, but also evidence whose probative value is outweighed by its prejudicial effect against the named person.

Privilege for CSIS Human Sources

CSIS human sources are not protected by a class privilege. First, police informer privilege does not attach to CSIS human sources. The differences between traditional policing and modern intelligence gathering preclude automatically applying traditional police informer privilege to CSIS human sources. While evidence gathered by the police is traditionally used in criminal trials that provide the accused with significant evidentiary safeguards, the intelligence gathered by CSIS may be used to establish criminal conduct in proceedings that have relaxed rules of evidence and allow for the admission of hearsay evidence. Second, this Court should not create a new privilege for CSIS human sources. If Parliament deems it desirable that CSIS human sources' identities and related information be privileged, it can enact appropriate protections. The *IRPA* scheme already affords broad protection to human sources by precluding the public disclosure of information that would injure national security or endanger a person.

Although the identity of CSIS human sources is not privileged, special advocates do not have an unlimited ability to interview and cross-examine human sources. The discretion of the designated judge to allow the special advocates to interview and cross-examine human sources in a closed hearing should be exercised as a last resort. A generalized practice of calling CSIS human sources before a court, even if only in closed hearings, may have a chilling effect on potential sources and hinder CSIS's ability to recruit new sources. In this case, there is no need to authorize the exceptional measure of interviewing and cross-examining human sources.

les témoins; il confère au juge désigné le vaste pouvoir discrétionnaire d'exclure des éléments de preuve qui ne seraient pas « dignes de foi et utiles », ce qui lui permet d'exclure non seulement les éléments de preuve qu'il juge, après examen, indignes de foi, mais également ceux dont l'effet préjudiciable à l'endroit de la personne visée l'emporte sur leur valeur probante.

Privilege pour les sources humaines du SCRS

Les sources humaines du SCRS ne sont pas protégées par un privilège générique. Premièrement, le privilège relatif aux indicateurs de police ne vaut pas pour les sources humaines du SCRS. Les différences entre le travail classique des policiers et la collecte moderne de renseignements empêchent d'appliquer systématiquement le privilège d'indicateur de police traditionnel aux sources humaines du SCRS. Les éléments de preuve recueillis par les policiers sont traditionnellement utilisés lors de procès criminels où l'accusé dispose de garanties importantes en matière de preuve, tandis que les renseignements obtenus par le SCRS peuvent servir à établir l'existence d'une conduite criminelle dans une instance où les règles de preuve sont souples et permettent d'admettre une preuve par ouï-dire. Deuxièmement, la Cour ne devrait pas créer un nouveau privilège pour les sources humaines du SCRS. Si le législateur juge souhaitable de protéger au moyen d'un privilège l'identité des sources humaines du SCRS et les renseignements connexes, il peut adopter les mesures de protection voulues. Le régime établi par la *LIPR* accorde déjà aux sources humaines une grande protection en interdisant de rendre publics des renseignements dont la divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui.

Même si l'identité des sources humaines du SCRS n'est pas protégée par un privilège, les avocats spéciaux n'ont pas pour autant un droit illimité de questionner et de contre-interroger ces sources. Le pouvoir discrétionnaire du juge désigné d'autoriser les avocats spéciaux à questionner et à contre-interroger les sources humaines lors d'audiences à huis clos devrait être exercé en dernier recours. Une pratique qui consisterait à assigner systématiquement les sources humaines du SCRS à témoigner devant un tribunal, même uniquement lors d'audience à huis clos, pourrait refroidir les ardeurs de sources potentielles et nuire à la capacité du SCRS d'en recruter de nouvelles. Il est inutile en l'espèce que la Cour autorise la mesure exceptionnelle qui consiste à questionner et à contre-interroger les sources humaines.

Summaries

The appropriate remedy for the destruction of materials pursuant to CSIS policy OPS-217 must be assessed on a case-by-case basis and must be tailored to address the prejudicial effect on the named person's case. The summaries of materials destroyed pursuant to policy OPS-217 should only be excluded under s. 24(1) of the *Charter* if their admission would result in an unfair trial or would otherwise undermine the integrity of the justice system. In this case, the designated judge did not err in refusing to exclude the summaries of intercepted conversations that were tendered as evidence by the ministers. Although the destruction of the original CSIS operational materials caused the ministers to fail to meet their disclosure obligations towards H and therefore to breach s. 7 of the *Charter*, the exclusion of the summaries is not necessary to remedy the prejudice to H's ability to know and meet the case against him, or to safeguard the integrity of the justice system. The disclosure of the summaries in an abridged version to H and in an unredacted form to his special advocates was sufficient to prevent significant prejudice to H's ability to know and meet the case against him.

Duties of Candour and Utmost Good Faith and Fairness of Process

The duties of candour and utmost good faith apply when a party relies upon evidence in *ex parte* proceedings. They require an ongoing effort to update, throughout the proceedings, the information and evidence regarding the named person. What constitutes reasonable efforts will turn on the facts of each case; however, the ministers have no general obligation to provide disclosure of evidence or information that is beyond their control. In this case, reasonable efforts were made by the ministers and they did not breach those duties. The proceedings against H were fair and a stay of proceedings should not be granted.

Reasonableness of Certificate

The designated judge committed no reviewable errors in finding that the ministers' decision to declare H inadmissible to Canada was reasonable. The designated judge's weighing of the factual evidence on the record is entitled to appellate deference and should only be

Résumés

La réparation qu'il convient d'accorder pour la destruction des documents en application de la politique OPS-217 du SCRS doit être évaluée au cas par cas et doit être conçue pour remédier à l'effet préjudiciable qu'elle a eu sur la cause de la personne visée. Les résumés des documents détruits en application de la politique OPS-217 ne devraient être exclus en application du par. 24(1) de la *Charte* que lorsque leur utilisation rendrait le procès inéquitable ou minerait autrement l'intégrité du système de justice. En l'espèce, le juge désigné n'a pas commis d'erreur en refusant d'exclure les résumés des conversations interceptées produits en preuve par les ministres. Bien que, en raison de la destruction des documents opérationnels originaux du SCRS, les ministres n'aient pas satisfait à leurs obligations en matière de communication envers H et aient donc contrevenu à l'art. 7 de la *Charte*, l'exclusion des résumés n'est pas nécessaire pour remédier à l'atteinte à la capacité de H de connaître la preuve qui pèse contre lui et d'y répondre ou pour sauvegarder l'intégrité du système de justice. La communication d'une version caviardée des résumés à M. Harkat et d'une version intégrale à ses avocats spéciaux était suffisante pour empêcher qu'il soit porté atteinte de manière importante à la capacité de M. Harkat de connaître la preuve qui pèse contre lui et d'y répondre.

Obligations de franchise et de bonne foi la plus absolue, et équité du processus

Les obligations de franchise et de bonne foi la plus absolue s'appliquent lorsqu'une partie se fonde sur des éléments de preuve durant des procédures *ex parte*. Elles supposent que la partie qui y est tenue fasse des efforts constants pour mettre à jour les renseignements et la preuve relatifs à la personne visée et ce, tout au long des procédures. Ce qui équivaut à des efforts raisonnables dépendra des faits de chaque cas; toutefois, les ministres n'ont aucune obligation générale de communiquer des éléments de preuve ou des renseignements dont ils n'ont pas le contrôle. En l'espèce, les ministres ont fait des efforts raisonnables et n'ont pas manqué à ces obligations. La procédure contre H a été équitable et il n'y a pas lieu d'accorder un arrêt des procédures.

Caractère raisonnable du certificat

Le juge désigné n'a commis aucune erreur susceptible de contrôle en concluant au caractère raisonnable de la décision des ministres d'interdire H de territoire au Canada. Les tribunaux d'appel doivent faire preuve de déférence lorsqu'ils sont appelés à se prononcer sur la

interfered with if he committed a palpable and overriding error. There is no palpable and overriding error in his weighing of the evidence or in his assessment of H's credibility, both of which in his view provided reasonable grounds to establish H's inadmissibility.

Per Abella and Cromwell JJ. (dissenting in part on the appeal): Individuals who come forward with information about a potential terrorist threat, often risk their lives in doing so if their identity is disclosed. Offering only the possibility of anonymity if a court subsequently agrees to protect an informer's identity, requires informers to choose between risk of personal harm if their identity is not protected, or risk of harm to the public if the information is not disclosed.

CSIS informants who provide national security information based on a promise of confidentiality are entitled to the assurance that their confidentiality will be protected. This can only be guaranteed by a class privilege, as is done in criminal law cases. A case-by-case approach results in an informant not knowing whether the promise will be kept until a judge engages in a retrospective assessment. This is hardly conducive to encouraging informants to risk their lives by coming forward to offer highly sensitive information in terrorism cases.

Informer privilege has been judicially recognized for more than two centuries and has a dual purpose: protection of a channel of information and the safety of those supplying it. It has been applied in settings other than criminal prosecutions, including commissions of inquiry. The privilege for informers in the context of state officials investigating matters of national security is a well-established one. Before CSIS was created as an independent agency, the intelligence function it now carries out was performed by the RCMP Security Service, and informer privilege applied to RCMP Security Service informants. While the functions of CSIS and the RCMP are distinct, the rationale for the informer privilege applies equally to the work of both. The transfer of functions from the RCMP Security Service to CSIS should have no bearing on whether the privilege continues to exist.

mise en balance de la preuve factuelle par le juge désigné et n'intervenir à cet égard que si ce dernier a commis une erreur manifeste et dominante. Le juge désigné n'a commis aucune erreur manifeste et dominante lorsqu'il a soupesé les éléments de preuve ou évalué la crédibilité de H, deux éléments qui, à ses yeux, donnaient des motifs raisonnables de conclure à l'interdiction de territoire de H.

Les juges Abella et Cromwell (dissidents en partie quant au pourvoi) : La personne qui offre des renseignements au sujet d'une menace terroriste le fait souvent au péril de sa vie si son identité est dévoilée. Lui offrir la possibilité de garder l'anonymat uniquement si un tribunal accepte par la suite de protéger son identité, c'est l'obliger à choisir entre courir le risque de subir un préjudice personnel si son identité n'est pas protégée et risquer de mettre en danger la population en s'abstenant de divulguer les renseignements.

Les indicateurs du SCRS qui fournissent des renseignements relatifs à la sécurité nationale après avoir reçu une promesse d'anonymat ont droit à l'assurance que leur identité sera protégée. Seul un privilège générique peut offrir une telle garantie, comme c'est le cas dans le contexte des causes en matière criminelle. Avec une approche au cas par cas, l'indicateur ignore si la promesse sera tenue jusqu'à ce qu'un juge procède à un examen rétrospectif. Cela ne concourt guère à encourager les indicateurs à risquer leur vie en offrant des renseignements hautement sensibles dans des causes relatives au terrorisme.

Le privilège relatif aux indicateurs est reconnu par la jurisprudence depuis plus de deux siècles et vise un double objectif : la protection d'un canal d'information, d'une part, et la sécurité de ceux qui fournissent les renseignements, d'autre part. Ce privilège a été appliqué dans d'autres contextes que les poursuites criminelles, dont celui des commissions d'enquête. Le privilège qui protège les indicateurs dans le contexte d'enquêtes menées par des représentants de l'État quant à des questions de sécurité nationale est bien établi. Avant que le SCRS ne soit créé à titre d'organisme indépendant, la fonction en matière de renseignement dont il s'acquitte maintenant était assumée par le Service de sécurité de la GRC, et le privilège relatif aux indicateurs s'appliquait aux indicateurs de ce service. Bien que les fonctions du SCRS et celles de la GRC soient distinctes, le fondement de l'existence du privilège relatif aux indicateurs s'applique tout autant au travail de l'un qu'à celui de l'autre. Le transfert des fonctions du Service de sécurité de la GRC au SCRS ne devrait avoir aucune incidence sur la poursuite ou non de l'existence du privilège.

The CSIS informer privilege is not abrogated by statute. In order to abrogate a common law privilege, Parliament must clearly express an intention to do so. *IRPA* makes no reference to informer privilege and does not evince a clear intention to deprive CSIS informants of its benefit.

Given the intensity of the interests at stake in the security certificate context, it would be appropriate to recognize a limited exception specifically crafted for the security certificate process which would address only disclosure to the special advocate, not to the subject of the proceedings. Identity should be disclosed only if the reviewing judge is satisfied that other measures, including withdrawing the substance of the informant's evidence from consideration in support of the certificate, are not sufficient to ensure a just outcome. Even when disclosure of identity is ordered, there should be no cross-examination of the source by the special advocate. Requiring a human source to testify will have a profound chilling effect on the willingness of other sources to come forward, and will undoubtedly damage the relationship between CSIS and the source compelled to testify. CSIS operatives must be able to provide confident assurances to their sources that their identities will not be revealed, not vague assurances hedged with qualifications. Moreover, the human sources themselves, who are not subject to the necessary security clearance, may learn sensitive material in the closed proceedings which CSIS will then be unable to control.

We would therefore allow the ministers' appeal on the informant privilege issue and restore the designated judge's disposition of this issue.

Cases Cited

By McLachlin C.J.

Referred to: *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350; *Vancouver Sun (Re)*, 2004 SCC 43, [2004] 2 S.C.R. 332; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; *Bank Mellat v. H. M. Treasury*, [2013] UKSC 38, [2013] 4 All E.R. 495; *Almrei (Re)*, 2008 FC 1216, [2009] 3 F.C.R. 497; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, 2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3; *R. v. Ahmad*, 2011 SCC 6, [2011] 1 S.C.R. 110; *Secretary of State for the Home Department*

Le privilège relatif aux indicateurs du SCRS n'a pas été abrogé par la loi. Pour abroger un privilège reconnu par la common law, le législateur doit exprimer clairement son intention de le faire. La *LIPR* ne fait pas référence au privilège relatif aux indicateurs et elle n'exprime pas une intention claire de priver les indicateurs du SCRS des avantages qu'il procure.

Compte tenu de l'importance des intérêts en jeu dans le contexte des certificats de sécurité, il serait approprié de reconnaître l'existence d'une exception limitée, conçue spécifiquement pour le processus applicable aux certificats de sécurité et dont la portée se limiterait à la divulgation à l'avocat spécial et ne viserait pas le sujet des procédures. L'identité ne devrait être communiquée que si le juge siégeant en révision est convaincu que d'autres mesures, y compris le retrait de l'essentiel du témoignage de l'indicateur des éléments pris en compte au soutien du certificat, ne sont pas suffisantes pour garantir une issue équitable. Même lorsque la communication de l'identité est ordonnée, la source ne devrait pas être contre-interrogée par l'avocat spécial. Exiger qu'une source humaine témoigne refroidirait considérablement la volonté d'autres sources de collaborer avec les autorités et mettrait sans aucun doute à mal la relation entre le SCRS et la source assignée à témoigner. Les agents du SCRS doivent pouvoir donner à leurs sources l'assurance ferme que leur identité ne sera pas révélée et non pas des assurances vagues assorties de conditions. En outre, les sources humaines elles-mêmes, qui ne sont pas assujetties à l'habilitation de sécurité obligatoire, pourraient prendre connaissance d'information sensible durant les procédures à huis clos et le SCRS serait dès lors incapable d'en assurer le contrôle.

Nous sommes donc d'avis d'accueillir le pourvoi des ministres en ce qui a trait à la question du privilège relatif à l'indicateur et de rétablir la décision du juge désigné à cet égard.

Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin

Arrêts mentionnés : *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350; *Vancouver Sun (Re)*, 2004 CSC 43, [2004] 2 R.C.S. 332; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *Bank Mellat c. H. M. Treasury*, [2013] UKSC 38, [2013] 4 All E.R. 495; *Almrei (Re)*, 2008 CF 1216, [2009] 3 R.C.F. 497; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3; *R. c. Ahmad*, 2011 CSC 6, [2011] 1 R.C.S. 110; *Secretary of State for the Home Department c. A.F.*

v. *A.F. (No. 3)*, [2009] UKHL 28, [2009] 3 All E.R. 643; *Jaballah, Re*, 2009 FC 279, 340 F.T.R. 43; *Canada (Attorney General) v. Almalki*, 2010 FC 1106, [2012] 2 F.C.R. 508; *Khadir v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 549, 329 F.T.R. 80; *Almrei, Re*, 2009 FC 322, 342 F.T.R. 11; *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455; *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419; *R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326; *R. v. Y. (N.)*, 2012 ONCA 745, 113 O.R. (3d) 347; *R. v. National Post*, 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477; *Canada (Attorney General) v. Almalki*, 2011 FCA 199, [2012] 2 F.C.R. 594; *R. v. La*, [1997] 2 S.C.R. 680; *R. v. Bjelland*, 2009 SCC 38, [2009] 2 S.C.R. 651; *R. v. Bero* (2000), 137 O.A.C. 336; *R. v. J.G.B.* (2001), 139 O.A.C. 341; *Almrei (Re)*, 2009 FC 1263, [2011] 1 F.C.R. 163; *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727; *R. v. Stinchcombe*, [1995] 1 S.C.R. 754; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235.

By Abella and Cromwell JJ. (dissenting in part on the appeal)

Bisaillon v. Keable, [1983] 2 S.C.R. 60; *Rice v. National Parole Board* (1985), 16 Admin. L.R. 157; *Wilson v. National Parole Board* (1985), 10 Admin. L.R. 171; *Cadieux v. Director of Mountain Institution*, [1985] 1 F.C. 378; *A. v. Drapeau*, 2012 NBCA 73, 393 N.B.R. (2d) 76; *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281; *Named Person v. Vancouver Sun*, 2007 SCC 43, [2007] 3 S.C.R. 253; *R. v. Basi*, 2009 SCC 52, [2009] 3 S.C.R. 389; *R. v. Y. (N.)*, 2012 ONCA 745, 113 O.R. (3d) 347; *Central Intelligence Agency v. Sims*, 471 U.S. 159 (1985); *Solicitor General of Canada v. Royal Commission of Inquiry into the Confidentiality of Health Records in Ontario*, [1981] 2 S.C.R. 494; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326; *R. v. Ahmad*, 2009 CanLII 84776; *R. v. Debot*, [1989] 2 S.C.R. 1140; *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421; *Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department of Health*, 2008 SCC 44, [2008] 2 S.C.R. 574.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Immigration and Refugee Protection Act (certificate and special advocate) and to make a consequential amendment to another Act, S.C. 2008, c. 3.
Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, ss. 37, 38, 38.06(1), (2).

(*No. 3*), [2009] UKHL 28, [2009] 3 All E.R. 643; *Jaballah (Re)*, 2009 CF 279 (CanLII); *Canada (Procureur général) c. Almalki*, 2010 CF 1106, [2012] 2 R.C.F. 508; *Khadir c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 549 (CanLII); *Almrei (Re)*, 2009 CF 322 (CanLII); *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455; *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419; *R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326; *R. c. Y. (N.)*, 2012 ONCA 745, 113 O.R. (3d) 347; *R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477; *Canada (Procureur général) c. Almalki*, 2011 CAF 199, [2012] 2 R.C.F. 594; *R. c. La*, [1997] 2 R.C.S. 680; *R. c. Bjelland*, 2009 CSC 38, [2009] 2 R.C.S. 651; *R. c. Bero* (2000), 137 O.A.C. 336; *R. c. J.G.B.* (2001), 139 O.A.C. 341; *Almrei (Re)*, 2009 CF 1263, [2011] 1 R.C.F. 163; *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727; *R. c. Stinchcombe*, [1995] 1 R.C.S. 754; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235.

Citée par les juges Abella et Cromwell (dissidents en partie quant au pourvoi)

Bisaillon c. Keable, [1983] 2 R.C.S. 60; *Rice c. National Parole Board* (1985), 16 Admin. L.R. 157; *Wilson c. National Parole Board* (1985), 10 Admin. L.R. 171; *Cadieux c. Directeur de l'établissement Mountain*, [1985] 1 C.F. 378; *A. c. Drapeau*, 2012 NBCA 73, 393 R.N.-B. (2^e) 76; *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281; *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 253; *R. c. Basi*, 2009 CSC 52, [2009] 3 R.C.S. 389; *R. c. Y. (N.)*, 2012 ONCA 745, 113 O.R. (3d) 347; *Central Intelligence Agency c. Sims*, 471 U.S. 159 (1985); *Solliciteur général du Canada c. Commission royale d'enquête sur la confidentialité des dossiers de santé en Ontario*, [1981] 2 R.C.S. 494; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326; *R. c. Ahmad*, 2009 CanLII 84776; *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140; *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; *Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health*, 2008 CSC 44, [2008] 2 R.C.S. 574.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 24(1).
Loi modifiant la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (certificat et avocat spécial) et une autre loi en conséquence, L.C. 2008, ch. 3.
Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2 [rempl. 2001, ch. 27].

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 24(1).
Canadian Security Intelligence Service Act, R.S.C. 1985, c. C-23, s. 12.
Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2 [repl. 2001, c. 27].
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, Part 1, ss. 33, 34, Division 9, ss. 77, 78, 80, 81, 83(1), (1.1), 85.1, 85.2, 85.4, 85.5.

Authors Cited

Canada. Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police. First Report. *Security and Information*. Ottawa: The Commission, 1979.

Canada. Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police. Second Report. *Freedom and Security under the Law*, vols. 1 and 2. Ottawa: The Commission, 1981.

Canada. Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar. *Report of the Events Relating to Maher Arar: Analysis and Recommendations*. Ottawa: Public Works and Government Services, 2006.

Canada. Parliamentary Research Branch. “The Canadian Security Intelligence Service”, Current Issue Review 84-27E, revised January 24, 2000.

Forcese, Craig. “Canada’s National Security ‘Complex’: Assessing the Secrecy Rules” (2009), 15:5 *IRPP Choices* 3.

Forcese, Craig. *National Security Law: Canadian Practice in International Perspective*. Toronto: Irwin Law, 2008.

Forcese, Craig, and Lorne Waldman. “Seeking Justice in an Unfair Process: Lessons from Canada, the United Kingdom, and New Zealand on the Use of ‘Special Advocates’ in National Security Proceedings”, August 2007 (online : <http://aix1.uottawa.ca/~cforcese/other/sastudy.pdf>).

Paciocco, David M. “When Open Courts Meet Closed Government” (2005), 29 *S.C.L.R.* (2d) 385.

Roach, Kent. “Sources and Trends in Post-9/11 Anti-terrorism Laws”, in Benjamin J. Goold and Liora Lazarus, eds., *Security and Human Rights*. Portland, Or.: Hart, 2007, 227.

Roach, Kent. “The eroding distinction between intelligence and evidence in terrorism investigations”, in Nicola McGarrity, Andrew Lynch and George Williams, eds., *Counter-Terrorism and Beyond: The Culture of Law and Justice after 9/11*. New York: Routledge, 2010, 48.

Schiff, Stanley. *Evidence in the Litigation Process*, vol. 2, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1993.

Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, partie 1, art. 33, 34, section 9, art. 77, 78, 80, 81, 83(1), (1.1), 85.1, 85.2, 85.4, 85.5.

Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 37, 38, 38.06(1), (2).

Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, L.R.C. 1985, ch. C-23, art. 12.

Doctrine et autres documents cités

Canada. Commission d’enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada. Deuxième rapport. *La liberté et la sécurité devant la loi*, vol. 1 et 2. Ottawa : La Commission, 1981.

Canada. Commission d’enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada. Premier rapport. *Sécurité et Information*. Ottawa : La Commission, 1979.

Canada. Commission d’enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar. *Rapport sur les événements concernant Maher Arar : Analyse et recommandations*. Ottawa : Travaux publics et Services gouvernementaux, 2006.

Canada. Direction de la recherche parlementaire. « Le Service canadien du renseignement de sécurité », Bulletin d’actualité 84-27F, révisé le 24 janvier 2000.

Forcese, Craig. « Canada’s National Security “Complex” : Assessing the Secrecy Rules » (2009), 15:5 *IRPP Choices* 3.

Forcese, Craig. *National Security Law : Canadian Practice in International Perspective*. Toronto : Irwin Law, 2008.

Forcese, Craig, and Lorne Waldman. « Seeking Justice in an Unfair Process : Lessons from Canada, the United Kingdom, and New Zealand on the Use of “Special Advocates” in National Security Proceedings », August 2007 (online : <http://aix1.uottawa.ca/~cforcese/other/sastudy.pdf>).

Paciocco, David M. « When Open Courts Meet Closed Government » (2005), 29 *S.C.L.R.* (2d) 385.

Roach, Kent. « Sources and Trends in Post-9/11 Anti-terrorism Laws », in Benjamin J. Goold and Liora Lazarus, eds., *Security and Human Rights*. Portland, Or. : Hart, 2007, 227.

Roach, Kent. « The eroding distinction between intelligence and evidence in terrorism investigations », in Nicola McGarrity, Andrew Lynch and George Williams, eds., *Counter-Terrorism and Beyond : The Culture of Law and Justice after 9/11*. New York : Routledge, 2010, 48.

Schiff, Stanley. *Evidence in the Litigation Process*, vol. 2, 4th ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1993.

Sedley, Stephen. "Terrorism and security: back to the future?", in David Cole, Federico Fabbrini and Arianna Vidaschi, eds., *Secrecy, National Security and the Vindication of Constitutional Law*. Cheltenham, U.K.: Edward Elgar, 2013, 13.

Stewart, Hamish. *Fundamental Justice: Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Toronto: Irwin Law, 2012.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown, 1961.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Blais C.J. and Létourneau and Layden-Stevenson JJ.A.), 2012 FCA 122, [2012] 3 F.C.R. 635, 349 D.L.R. (4th) 519, 7 Imm. L.R. (4th) 175, 429 N.R. 1, 260 C.R.R. (2d) 290, [2012] F.C.J. No. 492 (QL), 2012 CarswellNat 1155, setting aside three decisions of Noël J., 2009 FC 204, [2009] 4 F.C.R. 370, 339 F.T.R. 65, 306 D.L.R. (4th) 269, 78 Imm. L.R. (3d) 303, [2008] F.C.J. No. 1823 (QL), 2008 CarswellNat 5335; 2010 FC 1241, [2012] 3 F.C.R. 251, 380 F.T.R. 61, [2010] F.C.J. No. 1426 (QL), 2010 CarswellNat 4699; and 2010 FC 1243, 380 F.T.R. 255, 224 C.R.R. (2d) 167, 95 Imm. L.R. (3d) 1, [2010] F.C.J. No. 1428 (QL), 2010 CarswellNat 5848; and affirming a decision of Noël J., 2010 FC 1242, [2012] 3 F.C.R. 432, 380 F.T.R. 163, 224 C.R.R. (2d) 93, 94 Imm. L.R. (3d) 179, [2010] F.C.J. No. 1427 (QL), 2010 CarswellNat 4714. Appeal allowed in part, Abella and Cromwell JJ. dissenting in part. Cross-appeal dismissed.

Urszula Kaczmarczyk, Q.C., Robert Frater, Marianne Zoric and André Séguin, for the appellants/respondents on cross-appeal.

Matthew C. Webber, Norman D. Boxall, Meaghan Thomas and Leo Russomanno, for the respondent/appellant on cross-appeal.

Robert W. Hubbard and Greg Skerkowski, for the interveners the Attorney General of Ontario.

Nader R. Hasan and Gerald Chan, for the interveners the British Columbia Civil Liberties Association.

Sedley, Stephen. « Terrorism and security : back to the future? », in David Cole, Federico Fabbrini and Arianna Vidaschi, eds., *Secrecy, National Security and the Vindication of Constitutional Law*. Cheltenham, U.K. : Edward Elgar, 2013, 13.

Stewart, Hamish. *Fundamental Justice : Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Toronto : Irwin Law, 2012.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston : Little, Brown, 1961.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (le juge en chef Blais et les juges Létourneau et Layden-Stevenson), 2012 CAF 122, [2012] 3 R.C.F. 635, 349 D.L.R. (4th) 519, 7 Imm. L.R. (4th) 175, 429 N.R. 1, 260 C.R.R. (2d) 290, [2012] A.C.F. n° 492 (QL), 2012 CarswellNat 1156, qui a infirmé trois décisions du juge Noël, 2009 CF 204, [2009] 4 R.C.F. 370, 339 F.T.R. 65, 306 D.L.R. (4th) 269, 78 Imm. L.R. (3d) 303, [2008] A.C.F. n° 1823 (QL), 2008 CarswellNat 5667; 2010 CF 1241, [2012] 3 R.C.F. 251, 380 F.T.R. 61, [2010] A.C.F. n° 1426 (QL), 2010 CarswellNat 4700; et 2010 CF 1243, 380 F.T.R. 255, 224 C.R.R. (2d) 167, 95 Imm. L.R. (3d) 1, [2010] A.C.F. n° 1428 (QL), 2010 CarswellNat 5849; et qui a confirmé une décision du juge Noël, 2010 CF 1242, [2012] 3 R.C.F. 432, 380 F.T.R. 163, 224 C.R.R. (2d) 93, 94 Imm. L.R. (3d) 179, [2010] A.C.F. n° 1427 (QL), 2010 CarswellNat 4715. Pourvoi accueilli en partie, les juges Abella et Cromwell sont dissidents en partie. Pourvoi incident rejeté.

Urszula Kaczmarczyk, c.r., Robert Frater, Marianne Zoric et André Séguin, pour les appelants/intimés au pourvoi incident.

Matthew C. Webber, Norman D. Boxall, Meaghan Thomas et Leo Russomanno, pour l'intimé/appelant au pourvoi incident.

Robert W. Hubbard et Greg Skerkowski, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Nader R. Hasan et Gerald Chan, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

John Norris and François Dadour, for the interveners the Canadian Council of Criminal Defence Lawyers.

Anil K. Kapoor and Lindsay Trevelyan, for the interveners the Canadian Civil Liberties Association.

Lorne Waldman, Peter Edelmann, Jacqueline Swaisland and Clare Crummey, for the interveners the Canadian Bar Association.

Marlys A. Edwardh and Adriel Weaver, for the interveners the Canadian Association of Refugee Lawyers.

Barbara Jackman, Sharryn J. Aiken and Andrew J. Brouwer, for the interveners the Canadian Council for Refugees and the International Civil Liberties Monitoring Group.

Faisal Bhabha and Khalid M. Elgazzar, for the interveners the Canadian Council on American-Islamic Relations (now known as National Council of Canadian Muslims).

Michael Bossin, Laïla Demirdache and Anna Shea, for the interveners Amnesty International.

Breese Davies and Erin Dann, for the interveners the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Paul J. J. Cavalluzzo and Paul D. Copeland, as Special Advocates.

The judgment of McLachlin C.J. and LeBel, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ. was delivered by

[1] THE CHIEF JUSTICE — The Minister of Citizenship and Immigration and the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (collectively “the ministers”) seek to have Mohamed Harkat, a non-citizen, declared inadmissible to Canada. Mr. Harkat is alleged to have come to Canada for the purpose of engaging in terrorism. He has been detained, or living under strict conditions, for over a decade. He potentially faces deportation to a country where he may be at risk of torture

John Norris et François Dadour, pour l'intervenant le Conseil canadien des avocats de la défense.

Anil K. Kapoor et Lindsay Trevelyan, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Lorne Waldman, Peter Edelmann, Jacqueline Swaisland et Clare Crummey, pour l'intervenante l'Association du barreau canadien.

Marlys A. Edwardh et Adriel Weaver, pour l'intervenante l'Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés.

Barbara Jackman, Sharryn J. Aiken et Andrew J. Brouwer, pour les intervenants le Conseil canadien pour les réfugiés et la Coalition pour la surveillance internationale des libertés civiles.

Faisal Bhabha et Khalid M. Elgazzar, pour l'intervenant Canadian Council on American-Islamic Relations (maintenant connu sous le nom de Conseil national des musulmans canadiens).

Michael Bossin, Laïla Demirdache et Anna Shea, pour l'intervenante l'Amnistie internationale.

Breese Davies et Erin Dann, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Paul J. J. Cavalluzzo et Paul D. Copeland, comme avocats spéciaux.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis et Wagner rendu par

[1] LA JUGE EN CHEF — Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (collectivement les « ministres ») tentent d'interdire de territoire Mohamed Harkat, un non-citoyen. Selon leurs allégations, M. Harkat serait entré au Canada pour se livrer à des activités terroristes. Il est détenu ou tenu de vivre sous de strictes conditions, depuis plus de 10 ans. Bien que nous ne soyons pas appelés en l'espèce à décider de la

or death, although the constitutionality of his deportation in such circumstances is not before us in the present appeal.

[2] The reasonableness of the ministers' decision to declare Mr. Harkat inadmissible to Canada is subject to judicial review, under Division 9 of Part 1 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the "*IRPA* scheme"). This scheme prevents Mr. Harkat from seeing some of the evidence and information tendered against him, because its public disclosure would harm national security.

[3] The issue in this appeal is whether the *IRPA* scheme complies with the Constitution, in particular the guarantee in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* against unjustifiable intrusions on life, liberty, and security of the person. More specifically, this appeal asks whether the *IRPA* scheme gives Mr. Harkat a fair opportunity to defend himself against the allegations made by the ministers, despite the fact that national security considerations prevent him from seeing the entire record and from personally participating in all of the hearings. It requires us to determine how far the principle of full disclosure in an open court can be qualified in order to address the threat posed by non-citizens who may be involved in terrorism.

[4] I conclude that the *IRPA* scheme is constitutional. Crafting a regime that achieves a fundamentally fair process while protecting confidential national security information is a difficult task. The scheme must apply to a broad range of cases, implicating a variety of national security concerns. Parliament's response to this challenge has been to confer on judges the discretion and flexibility to fashion a fair process, in the particular case before them. If this is impossible, judges must not hesitate to find a breach of the right to a fair process and to grant whatever remedies are appropriate, including a stay of proceedings.

constitutionnalité de son expulsion, M. Harkat pourrait être expulsé vers un pays où il risque la torture ou la mort.

[2] Le caractère raisonnable de la décision des ministres d'interdire M. Harkat de territoire est susceptible de contrôle judiciaire sous le régime de la section 9 de la partie 1 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (le « régime établi par la *LIPR* »). Ce régime empêche M. Harkat de voir certains éléments de preuve et renseignements présentés contre lui, parce que leur divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale.

[3] La question à trancher en l'espèce est celle de savoir si le régime établi par la *LIPR* est conforme à la Constitution et, plus particulièrement, s'il respecte la garantie incluse dans la *Charte canadienne des droits et libertés* contre toute atteinte injustifiable à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne. Plus précisément, il s'agit en l'espèce de déterminer si le régime établi par la *LIPR* permet réellement à M. Harkat de se défendre contre les allégations formulées par les ministres, même si des considérations relatives à la sécurité nationale l'empêchent de voir l'ensemble du dossier et de participer personnellement à toutes les audiences. La Cour doit donc déterminer jusqu'à quel point le principe de la publicité des débats judiciaires peut être tempéré pour contrer le danger posé par des non-citoyens susceptibles de se livrer au terrorisme.

[4] Je conclus que le régime établi par la *LIPR* est constitutionnel. Il n'est pas facile de concevoir un régime qui instaure un processus fondamentalement équitable tout en protégeant les renseignements confidentiels touchant la sécurité nationale. Un tel régime doit s'appliquer à un large éventail de cas faisant intervenir toute une gamme de considérations liées à la sécurité nationale. La réponse du législateur fut de conférer aux juges le pouvoir discrétionnaire et la latitude nécessaires pour leur permettre d'établir un processus équitable dans chaque affaire particulière dont ils sont saisis. Si cela s'avère impossible, ces juges ne doivent pas hésiter à conclure à une violation du droit à un processus équitable et à accorder toute réparation jugée appropriée, y compris un arrêt des procédures.

[5] In the present case, the process was fair and the Federal Court judge committed no reviewable errors in finding that the ministers' decision to declare Mr. Harkat inadmissible to Canada was reasonable.

I. History of the Legislation and of the Proceedings

A. The Legislation

[6] The purpose of the *IRPA* scheme "is to permit the removal of non-citizens living in Canada — permanent residents and foreign nationals — on various grounds, including connection with terrorist activities": *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350 ("*Charkaoui I*"), at para. 4. The ministers must decide whether the evidence against a non-citizen gives them reasonable grounds to declare him or her "inadmissible" to Canada — i.e. to issue a removal order. The resulting "certificate of inadmissibility" (also called a "security certificate") is then referred to the Federal Court for a review of its reasonableness. If a Federal Court judge (the "designated judge") finds the certificate to be reasonable, the non-citizen named in that certificate (the "named person") becomes subject to a removal order.

[7] The *IRPA* scheme was adopted by Parliament in 2001, as a successor to an analogous scheme contained in the *Immigration Act*, R.S.C. 1985, c. I-2. In the wake of the attacks of September 11, 2001, it increasingly came to be used as a means of detaining suspected terrorists and eliminating the perceived threat posed by them: K. Roach, "Sources and Trends in Post-9/11 Anti-terrorism Laws", in B. J. Goold and L. Lazarus, eds., *Security and Human Rights* (2007), 227, at p. 233. From a practical perspective, the *IRPA* scheme is in some respects more advantageous for the state than criminal proceedings. It has a lower standard of proof and is more protective of confidential national security information than the criminal law: *ibid.* As will be discussed further below, any information that would be injurious to national security or to the safety of

[5] En l'espèce, le processus a été équitable et le juge de la Cour fédérale n'a commis aucune erreur susceptible de contrôle en concluant au caractère raisonnable de la décision des ministres d'interdire M. Harkat de territoire au Canada.

I. Historique de la loi et des procédures

A. La loi

[6] Le régime établi par la *LIPR* « vis[e] à permettre le renvoi de non-citoyens qui vivent au Canada — résidents permanents et étrangers — pour divers motifs, y compris un lien avec des activités terroristes » : *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350 (« *Charkaoui I* »), par. 4. Les ministres doivent décider si la preuve accumulée contre un non-citoyen leur donne des motifs raisonnables de le déclarer « interdit de territoire » au Canada, c.-à-d. de prendre contre lui une mesure de renvoi. Le « certificat d'interdiction de territoire » qui en résulte (également appelé « certificat de sécurité ») est ensuite déposé à la Cour fédérale pour que celle-ci décide de son caractère raisonnable. Si le certificat est jugé raisonnable par un juge de cette cour (le « juge désigné »), la personne qui y est nommée (la « personne visée ») est dès lors assujettie à une mesure de renvoi.

[7] En 2001, le législateur a adopté le régime de la *LIPR*, qui succède au régime analogue anciennement établi par la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. 1985, ch. I-2. À la suite des attaques du 11 septembre 2001, cette loi a de plus en plus servi de moyen pour détenir des personnes soupçonnées de terrorisme et éliminer le danger apparent qu'elles représentent : K. Roach, « Sources and Trends in Post-9/11 Anti-terrorism Laws », dans B. J. Goold et L. Lazarus, dir., *Security and Human Rights* (2007), 227, p. 233. D'un point de vue pratique, le régime établi par la *LIPR* est, à certains égards, plus avantageux pour l'État que celui applicable aux procédures criminelles. En effet, la norme de preuve qu'il prévoit est moins exigeante et les renseignements confidentiels liés à la sécurité nationale bénéficient, suivant ce régime,

any person is not disclosed to the named person. This information can nevertheless be presented to the designated judge in closed hearings and relied upon by her in assessing the security certificate's reasonableness.

[8] The constitutionality of the *IRPA* scheme was challenged by Mr. Harkat and other non-citizens named in security certificates. In *Charkaoui I*, this Court found that the *IRPA* scheme deprived named persons of their life, liberty, and security of the person in a manner that was not in accordance with principles of fundamental justice, contrary to s. 7 of the *Charter*. It found that the *IRPA* scheme precluded the judge from making a decision based on all the relevant facts and law, because it did not provide for representation of the named person in the closed portion of the proceedings. It also held that the *IRPA* scheme violated the principle that a person must have the ability to know and meet the case against him, because there was not full disclosure of the government's case to the named person or any substantial substitute for full disclosure.

[9] The Court concluded that these breaches could not be justified under s. 1 of the *Charter*, because the *IRPA* scheme did not minimally impair the named person's rights. Other types of closed proceedings, both in Canada and abroad, accomplished the goal of protecting confidential national security information less intrusively. For example, in the United Kingdom, special advocates were appointed to receive disclosure on an appellant's behalf and to defend his or her interests in closed hearings before the Special Immigration Appeals Commission. These special advocates were bound not to reveal confidential information to anyone or (subject to narrow exceptions) to communicate with the appellant. While that system was not without its drawbacks, this Court concluded that, "without

d'une meilleure protection qu'en matière criminelle : *ibid.* Comme nous le verrons plus loin, les renseignements susceptibles de porter atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui ne sont pas communiqués à la personne visée. Ils peuvent néanmoins être soumis à un juge désigné lors d'une audience tenue à huis clos, et être utilisés par celui-ci dans l'évaluation du caractère raisonnable du certificat de sécurité.

[8] M. Harkat et d'autres non-citoyens désignés dans des certificats de sécurité ont contesté la constitutionnalité du régime établi par la *LIPR*. Dans *Charkaoui I*, la Cour a conclu que ce régime portait atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité des personnes visées d'une manière qui n'était pas conforme aux principes de justice fondamentale protégés par l'art. 7 de la *Charte*. Selon la Cour, le régime de la *LIPR* empêchait le juge de rendre une décision fondée sur l'ensemble des faits et du droit pertinents, parce qu'il ne permettait pas la représentation de la personne visée durant la partie de l'instance tenue à huis clos. De plus, comme la personne visée n'était pas pleinement informée ou informée pour l'essentiel de ce que lui reprochait le gouvernement, la Cour s'est dite d'avis que ce régime violait le principe selon lequel une personne doit être informée des allégations qui pèsent contre elle et avoir la possibilité d'y répondre.

[9] La Cour a conclu dans cet arrêt que ces violations ne pouvaient être justifiées au regard de l'article premier de la *Charte*, parce que le régime établi par la *LIPR* ne portait pas minimalement atteinte aux droits de la personne visée. D'autres types d'audiences à huis clos, tant au Canada qu'à l'étranger, assurent en effet de façon moins attentatoire la protection de renseignements confidentiels liés à la sécurité nationale. Au Royaume-Uni, par exemple, des représentants spéciaux sont nommés pour recevoir communication de ces renseignements au nom de l'appelant et défendre les intérêts de celui-ci lors des audiences à huis clos tenues devant la Special Immigration Appeals Commission. Ces représentants spéciaux ne peuvent révéler à qui que ce soit l'information confidentielle qu'ils

compromising security, it better protects the named person's s. 7 interests": *Charkaoui I*, at para. 86.

[10] In response to this Court's ruling, Parliament made several amendments to the *IRPA* scheme: *An Act to amend the Immigration and Refugee Protection Act (certificate and special advocate) and to make a consequential amendment to another Act*, S.C. 2008, c. 3; the amended *IRPA* scheme is reproduced in the Appendix to these reasons. In particular, it created a role for special advocates, who protect the interests of the named person in closed hearings after having received disclosure of the entire record.

B. *The Proceedings*

[11] In 2002, the Solicitor General of Canada and the Minister of Citizenship and Immigration issued a first security certificate declaring Mr. Harkat inadmissible to Canada on national security grounds. After the successful constitutional challenge and the amendment of the *IRPA* scheme, the ministers issued a second security certificate against Mr. Harkat and commenced new proceedings before the Federal Court.

[12] Disclosure issues arose during the proceedings with respect to the individuals (the "human sources") who secretly provided information regarding Mr. Harkat to the Canadian Security Intelligence Service ("CSIS"). The special advocates sought to obtain disclosure of the identity of the CSIS human sources, as well as permission to interview and to cross-examine them in a closed hearing. Noël J. rejected this request. He reasoned that the common law police informer privilege, which is a rule against the disclosure of any information that might identify a police informer, should be extended to cover CSIS human sources: 2009 FC 204, [2009] 4 F.C.R. 370.

reçoivent et ne peuvent pas non plus (sous réserve de rares exceptions) communiquer avec l'appelant. Selon la Cour, bien qu'il ne soit pas sans faille, un tel système « protège mieux les droits de la personne désignée garantis par l'art. 7 et ce, sans compromettre la sécurité » : *Charkaoui I*, par. 86.

[10] À la suite de cet arrêt, le législateur a apporté plusieurs modifications au régime établi par la *LIPR* : *Loi modifiant la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (certificat et avocat spécial) et une autre loi en conséquence*, L.C. 2008, ch. 3; le régime de la *LIPR* modifié est reproduit en annexe. Plus particulièrement, il a donné un rôle à des avocats spéciaux, soit celui de défendre les intérêts de la personne visée lors des audiences à huis clos, après avoir reçu communication de l'ensemble du dossier.

B. *Les procédures*

[11] En 2002, le solliciteur général du Canada et le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration ont signé un premier certificat de sécurité attestant que M. Harkat était interdit de territoire au Canada pour raison de sécurité nationale. Après la contestation constitutionnelle couronnée de succès du régime établi par la *LIPR* et la modification de celui-ci, les ministres ont délivré un deuxième certificat de sécurité contre M. Harkat et intenté une nouvelle procédure en Cour fédérale.

[12] Des questions liées à la communication de renseignements sur les personnes (les « sources humaines ») ayant fourni secrètement au Service canadien du renseignement de sécurité (« SCRS ») des renseignements relatifs à M. Harkat ont été soulevées au cours de la procédure. Les avocats spéciaux ont tenté d'obtenir la divulgation de l'identité de ces sources, ainsi que l'autorisation de les questionner et de les contre-interroger lors d'une audience à huis clos. Le juge Noël a rejeté cette demande. Selon lui, le privilège de common law relatif aux indicateurs de police — qui interdit la divulgation de toute information susceptible de permettre l'identification d'un indicateur de police — devrait être élargi et s'appliquer également aux sources humaines du SCRS : 2009 CF 204, [2009] 4 R.C.F. 370.

[13] At a later point during the disclosure process, it was discovered that the judge and the special advocates had been provided with an incomplete and misleading document regarding one of the CSIS human sources. The document provided to Mr. Harkat's special advocates failed to disclose that a 2002 polygraph test conducted on the relevant source initially revealed him or her to be untruthful. As a remedy, Noël J. ordered the disclosure of unredacted human source files to the special advocates: 2009 FC 553, 345 F.T.R. 143; 2009 FC 1050, [2010] 4 F.C.R. 149.

[14] The special advocates also sought to compel the ministers to obtain updated information from foreign intelligence agencies on several alleged terrorists with whom Mr. Harkat was claimed to have associated. They were ultimately dissatisfied with the efforts undertaken by the ministers and sought a stay of proceedings. Noël J. rejected this request, finding that the ministers took reasonable steps to get updated information from foreign intelligence agencies: 2010 FC 1243, 380 F.T.R. 255, at Annex "A".

[15] Mr. Harkat also sought to have the summaries of intercepted conversations excluded from the evidence on the ground that the original recordings and notes of these conversations, in which he allegedly participated or in which he was allegedly a subject of conversation, were destroyed pursuant to CSIS policy OPS-217. Alternatively, he sought a stay of proceedings in consideration of a number of breaches. Noël J. found that Mr. Harkat suffered no prejudice from the destruction of those original operational materials: 2010 FC 1243. He reasoned that the summaries of the conversations were prepared in a way that ensured their accuracy, and that they were corroborated by the overall narrative about Mr. Harkat which emerged during the hearings. Consequently, he refused to exclude them from the evidence against Mr. Harkat.

[13] Plus tard durant le processus de divulgation, on a découvert que le juge et les avocats spéciaux avaient reçu un document incomplet et trompeur en ce qui concerne une des sources humaines du SCRS. Le document remis aux avocats spéciaux de M. Harkat ne mentionnait pas qu'un test polygraphique administré en 2002 à la source concernée avait tout d'abord indiqué que cette personne ne disait pas la vérité. En guise de réparation, le juge Noël a ordonné la communication aux avocats spéciaux de copies non expurgées des dossiers de sources humaines en question : 2009 CF 553 (CanLII); 2009 CF 1050, [2010] 4 R.C.F. 149.

[14] Les avocats spéciaux ont également essayé de contraindre les ministres à obtenir d'organismes étrangers de renseignement des informations à jour sur plusieurs présumés terroristes avec lesquels M. Harkat se serait associé. Insatisfaits des efforts déployés par les ministres, les avocats spéciaux ont sollicité un arrêt des procédures. Le juge Noël a rejeté cette demande, concluant que les ministres avaient pris des mesures raisonnables pour obtenir des informations à jour des organismes étrangers de renseignement : 2010 CF 1243 (CanLII), annexe « A ».

[15] M. Harkat a également sollicité l'exclusion des résumés des conversations interceptées de la preuve au motif que les enregistrements originaux et les notes concernant ces conversations — auxquelles il aurait participé ou durant lesquelles on aurait parlé de lui — ont été détruits conformément à la politique OPS-217 du SCRS. Subsidiairement, il a demandé l'arrêt des procédures compte tenu d'un grand nombre de violations. Le juge Noël a conclu que M. Harkat n'avait subi aucun préjudice par suite de la destruction de ces documents opérationnels originaux : 2010 CF 1243. Selon lui, les résumés des conversations avaient été préparés de manière à assurer leur exactitude, et étaient corroborés par le récit global concernant M. Harkat présenté lors des audiences. En conséquence, il a refusé d'exclure ces résumés de la preuve pesant contre M. Harkat.

[16] Finally, Mr. Harkat challenged the constitutionality of the amended *IRPA* scheme. Noël J. found the regime to be constitutional: 2010 FC 1242, [2012] 3 F.C.R. 432. In his view, the special advocates provided a substantial substitute for full disclosure to Mr. Harkat and vigorously defended his interests during the closed portion of the proceedings.

[17] After consideration of evidence tendered in both public and closed hearings, Noël J. came to the conclusion that the certificate declaring Mr. Harkat inadmissible to Canada was reasonable: 2010 FC 1241, [2012] 3 F.C.R. 251. He made adverse findings of credibility against Mr. Harkat and found that the evidence provided reasonable grounds to believe that Mr. Harkat had been involved with terrorist organizations. He held that Mr. Harkat's behaviour and lies were consistent with the theory that he had come to Canada as a "sleeper" agent for terrorist organizations.

[18] Mr. Harkat appealed Noël J.'s conclusions. The Federal Court of Appeal (*per* Létourneau J.A.) allowed the appeal in part: 2012 FCA 122, [2012] 3 F.C.R. 635. It agreed with Noël J.'s conclusion that the amended *IRPA* scheme is constitutional. However, it found that the identity of CSIS human sources is not protected by privilege. It also excluded from the evidence the summaries of intercepted conversations to which Mr. Harkat had not been privy. It remitted the matter to Noël J. for redetermination on the basis of what remained of the record after the exclusion of the summaries.

II. Issues

[19] The ministers appeal to this Court, seeking the reinstatement of Noël J.'s conclusion that the security certificate was reasonable. They also ask for recognition of the CSIS human source privilege.

[16] Enfin, M. Harkat a contesté la constitutionnalité du régime de la *LIPR* modifié. Le juge Noël a toutefois conclu que le régime était constitutionnel : 2010 CF 1242, [2012] 3 R.C.F. 432. À son avis, les avocats spéciaux avaient remplacé pour l'essentiel la divulgation totale à M. Harkat et avaient défendu vigoureusement ses intérêts durant la partie de l'instance s'étant déroulée à huis clos.

[17] Après avoir examiné la preuve soumise aux audiences tant publiques qu'à huis clos, le juge Noël a conclu que le certificat attestant que M. Harkat était interdit de territoire au Canada était raisonnable : 2010 CF 1241, [2012] 3 R.C.F. 251. Il a tiré des conclusions défavorables quant à la crédibilité de M. Harkat et conclu que la preuve fournie donnait des motifs raisonnables de croire que celui-ci avait participé aux activités d'organisations terroristes. Selon le juge Noël, le comportement et les mensonges de M. Harkat étaient compatibles avec la thèse voulant qu'il soit entré au Canada comme agent « dormant » agissant pour des organisations terroristes.

[18] M. Harkat a interjeté appel des conclusions du juge Noël. La Cour d'appel fédérale (sous la plume du juge Létourneau) a accueilli l'appel en partie : 2012 CAF 122, [2012] 3 R.C.F. 635. Elle a convenu avec le juge Noël que le régime de la *LIPR* modifié était constitutionnel. Cependant, elle a conclu que l'identité des sources humaines du SCRS n'était pas protégée par un privilège. Elle a également exclu de la preuve les résumés des conversations interceptées auxquelles M. Harkat n'avait pas participé. Elle a renvoyé l'affaire au juge Noël pour que celui-ci rende un nouveau jugement en se fondant sur ce qu'il restait du dossier après l'exclusion des résumés.

II. Les questions en litige

[19] Les ministres ont interjeté appel devant la Cour, sollicitant le rétablissement de la conclusion du juge Noël selon laquelle le certificat de sécurité était raisonnable. Ils demandent aussi la reconnaissance du privilège des sources humaines du SCRS.

[20] Mr. Harkat cross-appeals. He asks this Court to find the amended *IRPA* scheme unconstitutional. Alternatively, he seeks a new reasonableness hearing before a new designated judge, the exclusion of the summaries of all the intercepted conversations for which the original CSIS operational materials were destroyed, and permission for his special advocates to interview and cross-examine the human sources. He also takes issue with Noël J.'s weighing of "open source" evidence (such as books on terrorism and publications in political science periodicals), which led him to conclude that the individuals with whom Mr. Harkat associated were members of terrorist organizations.

[21] In addition, the special advocates contest Noël J.'s refusal to order a stay of proceedings. They contend that the ministers breached their duties of candour and utmost good faith, and that the proceedings did not allow them to meaningfully test the case brought against Mr. Harkat.

[22] This appeal raises the following issues:

- A. Does the *IRPA* scheme violate the *Charter*?
- B. Are CSIS human sources covered by privilege and can they be cross-examined?
- C. Did the designated judge err in refusing to exclude the summaries of intercepted conversations?
- D. Did the ministers breach their duties of candour and utmost good faith?
- E. Were the proceedings against Mr. Harkat fair?
- F. Did the designated judge err in concluding that the security certificate was reasonable?

[20] M. Harkat a formé un pourvoi incident et demande à la Cour de conclure à l'inconstitutionnalité du régime de la *LIPR* modifié. Subsidiairement, il sollicite la tenue d'une nouvelle audition sur le caractère raisonnable du certificat de sécurité devant un autre juge, l'exclusion des résumés de toutes les conversations interceptées tirées des documents opérationnels originaux du SCRS qui ont été détruits, et l'autorisation pour ses avocats spéciaux de questionner et de contre-interroger les sources humaines. Il conteste aussi la façon dont le juge Noël a évalué la preuve provenant de « sources ouvertes » (par exemple des livres sur le terrorisme et des articles publiés dans des périodiques de sciences politiques), preuve l'ayant amené à conclure que les personnes avec lesquelles M. Harkat s'était associé étaient membres d'organisations terroristes.

[21] Pour leur part, les avocats spéciaux contestent le refus du juge Noël d'ordonner l'arrêt des procédures. Ils font valoir que les ministres ont manqué à leurs obligations de franchise et de bonne foi la plus absolue, et que la procédure ne leur a pas permis de mettre en doute convenablement la preuve présentée contre M. Harkat.

[22] Le présent pourvoi soulève les questions suivantes :

- A. Le régime établi par la *LIPR* viole-t-il la *Charte*?
- B. Les sources humaines du SCRS sont-elles protégées par un privilège et peuvent-elles être contre-interrogées?
- C. Le juge désigné a-t-il commis une erreur en refusant d'exclure les résumés des conversations interceptées?
- D. Les ministres ont-ils manqué à leurs obligations de franchise et de bonne foi la plus absolue?
- E. Les procédures contre M. Harkat ont-elles été équitables?
- F. Le juge désigné a-t-il commis une erreur en concluant que le certificat de sécurité était raisonnable?

III. Analysis

Preliminary Comment

[23] At the request of the ministers, this Court conducted two distinct hearings on this appeal. One was open to the public, while the second was held behind closed doors. Having heard the confidential submissions, it is my view that it was unnecessary to conduct a portion of the appeal hearing behind closed doors.

[24] The open court principle is “a hallmark of a democratic society and applies to all judicial proceedings”: *Vancouver Sun (Re)*, 2004 SCC 43, [2004] 2 S.C.R. 332, at para. 23; see also D. M. Paciocco, “When Open Courts Meet Closed Government” (2005), 29 *S.C.L.R.* (2d) 385, at pp. 391-95; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480, at para. 20. “National security does not negate the open court principle”: C. Forcese, *National Security Law: Canadian Practice in International Perspective* (2008), at p. 402. The Supreme Court of the United Kingdom recently commented unfavourably on a hearing that it held behind closed doors at the request of the government, which had raised national security concerns: *Bank Mellat v. H. M. Treasury*, [2013] UKSC 38, [2013] 4 All E.R. 495, at para. 60, *per* Lord Neuberger P.S.C. It noted that closed evidence is factual in nature, whereas the points debated before appellate courts are essentially legal: *ibid.* Consequently, the Supreme Court found that closed hearings before it would rarely, if ever, be necessary for the proper disposition of an appeal.

[25] The issues in this appeal do not turn on confidential information and could have been debated fully in public without any serious risk of disclosure, supplemented where necessary by brief closed written submissions and by the closed record. The special advocates could have been given judicial permission to make public submissions, so long

III. Analyse

Remarque préliminaire

[23] À la demande des ministres, la Cour a tenu deux audiences distinctes en l’espèce. Une d’entre elles s’est déroulée publiquement, l’autre à huis clos. Après avoir entendu les observations confidentielles, j’estime que le huis clos n’était pas nécessaire.

[24] Le principe de la publicité des débats en justice est « une caractéristique d’une société démocratique et s’applique à toutes les procédures judiciaires » : *Vancouver Sun (Re)*, 2004 CSC 43, [2004] 2 R.C.S. 332, par. 23; voir aussi D. M. Paciocco, « When Open Courts Meet Closed Government » (2005), 29 *S.C.L.R.* (2d) 385, p. 391-395; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480, par. 20. [TRADUCTION] « La sécurité nationale n’écarte pas le principe de la publicité des débats en justice » : C. Forcese, *National Security Law : Canadian Practice in International Perspective* (2008), p. 402. La Cour suprême du Royaume-Uni a récemment émis des commentaires défavorables relativement à une audience qu’elle avait tenue à huis clos à la demande du gouvernement, demande fondée sur des préoccupations liées à la sécurité nationale : *Bank Mellat c. H. M. Treasury*, [2013] UKSC 38, [2013] 4 All E.R. 495, par. 60, lord Neuberger P.C.S. Elle a souligné que les éléments de preuve confidentiels sont de nature factuelle, alors que les points débattus devant les tribunaux d’appel sont essentiellement des questions de droit : *ibid.* La Cour suprême du Royaume-Uni a donc conclu que des audiences à huis clos ne seraient que rarement, sinon jamais, nécessaires pour lui permettre de bien trancher un pourvoi.

[25] Les questions soulevées dans le présent pourvoi ne portent pas sur des renseignements confidentiels. Elles auraient donc pu être débattues totalement en public sans risque réel de divulgation, et ces débats être complétés, au besoin, de brèves observations confidentielles par écrit et du dossier confidentiel. Les avocats spéciaux auraient pu être autorisés à

as they refrained from disclosing confidential information: see s. 85.4(2) and (3) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (“*IRPA*”).

[26] The content of the closed hearing overlapped significantly with the open hearing and did not assist this Court in deciding the issues before it. It served only to foster an appearance of opacity of these proceedings, which runs contrary to the fundamental principles of transparency and accountability.

[27] I now turn to the issues on appeal.

A. *Does the IRPA Scheme Violate the Charter?*

[28] Mr. Harkat and his special advocates contend that the *IRPA* scheme fails to provide a fair process to the named person, as required by s. 7 of the *Charter*. They argue that the regime is unconstitutional because it provides insufficient disclosure to the named person, does not allow the special advocates to communicate freely with the named person, and allows for the admission of hearsay evidence.

[29] After providing a brief overview of the *IRPA* scheme, I will address in turn Mr. Harkat’s rights under s. 7 of the *Charter*, the principles that guide the scheme, and the scheme’s alleged defects.

(1) Overview of the *IRPA* Scheme

(a) *Commencement of Proceedings*

[30] A security certificate may be issued by the ministers for the removal from Canada of a non-citizen (whether a permanent resident or a foreign national) who is inadmissible on security grounds. The grounds for inadmissibility include engaging in terrorism, being a danger to the security of Canada, engaging in acts of violence that would or might

présenter des observations en audience publique, à condition de ne révéler aucun renseignement confidentiel : voir par. 85.4(2) et (3) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés* (« *LIPR* »).

[26] Les renseignements communiqués lors des audiences publiques et à huis clos se recoupaient considérablement et n’ont pas aidé la Cour à trancher les questions dont elle était saisie. L’audience à huis clos n’a servi qu’à entretenir l’apparente opacité de l’instance, ce qui contrevient aux principes fondamentaux de transparence et de responsabilisation.

[27] Je passe maintenant à l’examen des questions soulevées dans le présent pourvoi.

A. *Le régime établi par la LIPR viole-t-il la Charte?*

[28] M. Harkat et ses avocats spéciaux soutiennent que le régime établi par la *LIPR* n’offre pas un processus équitable à la personne visée comme l’exige l’art. 7 de la *Charte*. Selon eux, ce régime est inconstitutionnel parce qu’il n’autorise qu’une communication insuffisante à la personne visée, ne permet pas aux avocats spéciaux de communiquer librement avec celle-ci, et permet l’admission d’une preuve par oui-dire.

[29] Après avoir donné un aperçu du régime établi par la *LIPR*, j’examinerai successivement les droits garantis à M. Harkat par l’art. 7 de la *Charte*, les principes qui sous-tendent ce régime et les défauts qui lui sont reprochés.

(1) Aperçu du régime établi par la *LIPR*

a) *Introduction de l’instance*

[30] Les ministres peuvent délivrer un certificat de sécurité pour renvoyer du Canada un non-citoyen (qu’il soit un résident permanent ou un étranger) interdit de territoire pour raison de sécurité. Les motifs d’interdiction de territoire comprennent le fait de se livrer au terrorisme, de constituer un danger pour la sécurité du Canada, d’être l’auteur

endanger the lives or safety of persons in Canada, or being a member of an organization that engages in terrorism: s. 34, *IRPA*. The ministers must have reasonable grounds to believe that the facts giving rise to inadmissibility have occurred, are occurring, or may occur: s. 33, *IRPA*.

[31] As a practical matter, the process commences when CSIS presents a Security Intelligence Report (“SIR”) to the ministers. The SIR sets out in detail the allegations and evidence grounding inadmissibility. If the ministers conclude that the allegations in the SIR are reasonably grounded, they issue a security certificate.

[32] Once the certificate is issued, the ministers must refer it to the Federal Court: s. 77(1), *IRPA*. The Federal Court judge who is designated to hear the case “shall determine whether the certificate is reasonable and shall quash the certificate if he or she determines that it is not”: s. 78, *IRPA*. If the designated judge deems the certificate to be reasonable, the named person is inadmissible and the certificate becomes a removal order in force: s. 80, *IRPA*. The named person may be arrested and detained for the duration of the proceedings before the Federal Court: s. 81, *IRPA*.

(b) *The Disclosure of Summaries to the Named Person*

[33] The named person must be given summaries of the information and evidence which allow him to be reasonably informed of the case against him: ss. 77(2) and 83(1)(e), *IRPA*. The summaries must “not include anything that, in the judge’s opinion, would be injurious to national security or endanger the safety of any person if disclosed”: s. 83(1)(e), *IRPA*.

(c) *Special Advocates*

[34] The judge must appoint one or more special advocates to protect the interests of the named person in closed hearings: s. 83(1)(b), *IRPA*. These hearings are held *in camera* and *ex parte*, in order

de tout acte de violence susceptible de mettre en danger la vie ou la sécurité d’autrui au Canada, ou d’être membre d’une organisation qui se livre au terrorisme : art. 34 *LIPR*. Les ministres doivent avoir des motifs raisonnables de croire que les faits emportant interdiction de territoire sont survenus, surviennent ou peuvent survenir : art. 33 *LIPR*.

[31] En pratique, le processus s’amorce lorsque le SCRS remet aux ministres un rapport secret en matière de sécurité (« RSS »). Le RSS expose en détail les allégations et les éléments de preuve fondant l’interdiction de territoire. Si les ministres sont d’avis que les allégations contenues dans le RSS reposent sur un fondement raisonnable, ils délivrent un certificat de sécurité.

[32] Une fois le certificat délivré, les ministres doivent le déposer à la Cour fédérale : par. 77(1) *LIPR*. Le juge de la Cour fédérale désigné pour instruire l’affaire « décide du caractère raisonnable du certificat et l’annule s’il ne peut conclure qu’il est raisonnable » : art. 78 *LIPR*. Si le juge désigné estime le certificat raisonnable, la personne visée est interdite de territoire et le certificat devient une mesure de renvoi en vigueur : art. 80 *LIPR*. La personne visée peut être arrêtée et mise en détention pendant toute la durée de l’instance en Cour fédérale : art. 81 *LIPR*.

(b) *Communication de résumés à la personne visée*

[33] Il faut remettre à la personne visée des résumés des renseignements et des éléments de preuve qui lui permettent d’être suffisamment informée de la thèse contre elle : par. 77(2) et al. 83(1)e) *LIPR*. Les résumés ne doivent « comporte[r] aucun élément dont la divulgation porterait atteinte, selon [le juge], à la sécurité nationale ou à la sécurité d’autrui » : al. 83(1)e) *LIPR*.

(c) *Avocats spéciaux*

[34] Le juge nomme un ou plusieurs avocats spéciaux pour défendre les intérêts de la personne visée aux audiences à huis clos : al. 83(1)b) *LIPR*. Ces audiences se déroulent à huis clos et *ex parte*

to permit the Minister to present information and evidence the public disclosure of which could be injurious to national security or endanger the safety of a person: s. 83(1)(c), *IRPA*.

[35] Special advocates are security-cleared lawyers whose role is to protect the interests of the named person and “to make up so far as possible for the [named person’s] own exclusion from the evidentiary process”: S. Sedley, “Terrorism and security: back to the future?”, in D. Cole, F. Fabbrini and A. Vidaschi, eds., *Secrecy, National Security and the Vindication of Constitutional Law* (2013), 13, at p. 16. During the closed hearings, they perform the functions that the named person’s counsel (the “public counsel”) performs in the open hearings. They do so by challenging the Minister’s claims that information or evidence should not be disclosed, and by testing the relevance, reliability, and sufficiency of the secret evidence: s. 85.1(1) and (2), *IRPA*. They are active participants in the closed hearings. They may make submissions and cross-examine witnesses who appear in those hearings: s. 85.2(a) and (b), *IRPA*. The *IRPA* scheme also provides that the special advocates may “exercise, with the judge’s authorization, any other powers that are necessary to protect the interests” of the named person: s. 85.2(c), *IRPA*.

[36] No solicitor-client relationship exists between the special advocates and the named person: s. 85.1(3), *IRPA*. However, solicitor-client privilege is deemed to apply to exchanges between the special advocates and the named person, provided that those exchanges would attract solicitor-client privilege at common law: s. 85.1(4), *IRPA*. As Lutfy C.J. put it, “[a]s between special advocates and named persons, Division 9 protects information and not relationships. . . . The information that passes between them, absent the solicitor and client relationship, is deemed to be protected”: *Almrei (Re)*, 2008 FC 1216, [2009] 3 F.C.R. 497, at paras. 56-57.

pour que le ministre puisse présenter des renseignements et éléments de preuve dont la divulgation publique pourrait porter atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d’autrui : al. 83(1)c) *LIPR*.

[35] Les avocats spéciaux possèdent une habilitation de sécurité et ont pour rôle de défendre les intérêts de la personne visée et [TRADUCTION] « de compenser autant que possible l’exclusion de [la personne visée] elle-même du processus de présentation de la preuve » : S. Sedley, « Terrorism and security : back to the future? », dans D. Cole, F. Fabbrini et A. Vidaschi, dir., *Secrecy, National Security and the Vindication of Constitutional Law* (2013), 13, p. 16. Au cours des audiences à huis clos, les avocats spéciaux exercent les fonctions remplies par le conseil de la personne visée (l’« avocat public ») durant les audiences publiques. Ils s’acquittent de ces fonctions en contestant les affirmations du ministre voulant que des renseignements ou des éléments de preuve ne doivent pas être divulgués, et en évaluant la pertinence, la fiabilité et la suffisance de la preuve secrète : par. 85.1(1) et (2) *LIPR*. En somme, ils participent activement aux audiences à huis clos. Ils peuvent présenter des observations et contre-interroger les témoins qui comparaissent lors de ces audiences : al. 85.2a) et b) *LIPR*. Le régime établi par la *LIPR* leur permet aussi d’« exercer, avec l’autorisation du juge, tout autre pouvoir nécessaire à la défense des intérêts » de la personne visée : al. 85.2c) *LIPR*.

[36] Aucune relation avocat-client n’existe entre les avocats spéciaux et la personne visée : par. 85.1(3) *LIPR*. Le secret professionnel liant l’avocat à son client est toutefois réputé s’appliquer à leurs échanges, pourvu que ces derniers soient de ceux qui seraient protégés par ce secret en common law : par. 85.1(4) *LIPR*. Comme l’a dit le juge en chef Lutfy, « [e]ntre avocats spéciaux et personnes désignées, la section 9 protège les renseignements et non les relations. [. . .] Leurs communications, sans qu’il existe une relation entre avocat et client, sont réputées être protégées » : *Almrei (Re)*, 2008 FC 1216, [2009] 3 R.C.F. 497, par. 56-57.

[37] Strict communication rules apply to special advocates, in order to prevent the inadvertent disclosure of sensitive information. After the special advocates are provided with the confidential information and evidence, they “may, during the remainder of the proceeding, communicate with another person about the proceeding only with the judge’s authorization and subject to any conditions that the judge considers appropriate”: s. 85.4(2), *IRPA*. Read plainly, “this prohibition covers all information about the proceeding from both public and private sessions, including any testimony given in the absence of the public and the named person and their counsel”: *Almrei*, at para. 16. By contrast, any other person — such as the ministers’ counsel or the court personnel in attendance at closed hearings — is subject to significantly fewer restrictions on communication. Other persons must refrain from communicating about the proceedings only (i) if they have had a court-authorized communication with the special advocates and the judge has specifically prohibited them from communicating with anyone else about the proceeding, or (ii) if the communication would disclose the content of a closed hearing: ss. 85.4(3), 85.5(a) and (b), *IRPA*.

(d) *Admissibility of Evidence*

[38] The usual rules of evidence do not apply to the proceedings. Instead, “the judge may receive into evidence anything that, in the judge’s opinion, is reliable and appropriate, even if it is inadmissible in a court of law, and may base a decision on that evidence”: s. 83(1)(h), *IRPA*.

[39] The *IRPA* scheme provides that the judge’s decision can be based on information or evidence that is not disclosed in summary form to the named person: s. 83(1)(i). It does not specify expressly whether a decision can be based in whole, or only in part, on information and evidence that is not disclosed to the named person.

[37] Des règles strictes de communication s’appliquent aux avocats spéciaux pour empêcher que des renseignements sensibles soient divulgués par inadvertance. Ainsi, après avoir reçu les renseignements et éléments de preuve confidentiels, ces avocats « ne peu[ven]t communiquer avec qui que ce soit au sujet de l’instance [jusqu’à la fin de celle-ci] si ce n’est avec l’autorisation du juge et aux conditions que celui-ci estime indiquées » : par. 85.4(2) *LIPR*. Interprétée selon son sens ordinaire, « cette interdiction englobe tous les renseignements relatifs à l’instance qui sont issus des audiences publiques ou à huis clos, notamment tout témoignage produit en l’absence du public, de la personne désignée et de son avocat » : *Almrei*, par. 16. À l’inverse, tous les autres intervenants — comme l’avocat des ministres ou les membres du personnel judiciaire assistant aux audiences à huis clos — sont assujettis à beaucoup moins de restrictions en matière de communication. Ils doivent éviter de communiquer de l’information à propos de l’instance uniquement (i) s’ils ont été autorisés par le tribunal à communiquer avec les avocats spéciaux et le juge leur a expressément interdit de communiquer avec qui que ce soit d’autre au sujet de l’instance, ou (ii) si la communication avait pour effet de révéler le contenu d’une audience à huis clos : par. 85.4(3) et al. 85.5(a) et b) *LIPR*.

d) *Admissibilité de la preuve*

[38] Les règles ordinaires de preuve ne s’appliquent pas à l’instance. En effet, « [le juge] peut recevoir et admettre en preuve tout élément — même inadmissible en justice — qu’il estime digne de foi et utile et peut fonder sa décision sur celui-ci » : al. 83(1)(h) *LIPR*.

[39] D’après le régime établi par la *LIPR*, le juge peut fonder sa décision sur des renseignements ou éléments de preuve dont un résumé n’est pas fourni à la personne visée : al. 83(1)(i). Le régime ne précise pas expressément si la décision peut reposer entièrement, ou seulement en partie, sur des renseignements et des éléments de preuve qui ne sont pas communiqués à la personne visée.

(2) The Section 7 Charter Right to a Fair Process

[40] In *Charkaoui I*, this Court found that the *IRPA* scheme engages significant life, liberty, and security of the person interests: paras. 12-16. Laws that interfere with these interests must conform to the principles of fundamental justice. If they fail to do so, they breach s. 7 of the *Charter* and fall to be justified under s. 1 of the *Charter*.

[41] Pursuant to the principles of fundamental justice, a named person must be provided with a fair process: *Charkaoui I*, at paras. 19-20. At issue in the present appeal are two interrelated aspects of the right to a fair process: the right to know and meet the case, and the right to have a decision made by the judge on the facts and the law. The named person must “be informed of the case against him or her, and be permitted to respond to that case”: *Charkaoui I*, at para. 53. Correlatively, the named person’s knowledge of the case and participation in the process must be sufficient to result in the designated judge being “exposed to the whole factual picture” of the case and having the ability to apply the relevant law to those facts: *ibid.*, at para. 51.

[42] This said, the assessment of whether a process is fair must take into account the legitimate need to protect information and evidence that is critical to national security. As I wrote in *Charkaoui I*, “[i]nformation may be obtained from other countries or from informers on condition that it not be disclosed. Or it may simply be so critical that it cannot be disclosed without risking public security”: para. 61.

[43] Full disclosure of information and evidence to the named person may be impossible. However, the basic requirements of procedural justice must be met “in an alternative fashion appropriate to the context, having regard to the government’s objective and the interests of the person affected”: *Charkaoui I*, at para. 63. The alternative proceedings

(2) Le droit à un processus équitable garanti par l’art. 7 de la Charte

[40] La Cour a conclu dans *Charkaoui I* que le régime établi par la *LIPR* met en jeu les droits importants à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne : par. 12-16. Les lois portant atteinte à ces droits doivent être conformes aux principes de justice fondamentale, à défaut de quoi elles violent l’art. 7 de la *Charte* et doivent être justifiées au sens de l’article premier de cette dernière.

[41] Les principes de justice fondamentale exigent que la personne visée bénéficie d’un processus équitable : *Charkaoui I*, par. 19-20. En l’espèce, le litige porte sur deux aspects interreliés du droit à un processus équitable : celui de connaître la preuve et de la réfuter, et celui à ce que le juge statue sur les faits et le droit. La personne visée doit « [être] informé[e] des allégations formulées contre [elle] et a[voir] la possibilité d’y répondre » : *Charkaoui I*, par. 53. En corollaire, la personne visée doit suffisamment connaître l’affaire et participer au processus pour que le juge désigné « pren[n]e connaissance de tous les faits » en cause et soit à même d’appliquer les règles de droit applicables à ces faits : *ibid.*, par. 51.

[42] Cela dit, pour déterminer si un processus est équitable, il faut tenir compte du besoin légitime de protéger les renseignements et éléments de preuve critiques pour la sécurité nationale. Comme je l’ai dit dans *Charkaoui I*, « [d]es renseignements peuvent avoir été fournis par des pays ou des informateurs à la condition qu’ils ne soient pas divulgués. Il peut aussi arriver que des renseignements soient sensibles au point de ne pouvoir être communiqués sans que la sécurité publique soit compromise » : par. 61.

[43] Il peut s’avérer impossible de communiquer tous les renseignements et éléments de preuve à la personne visée. Par contre, les exigences fondamentales de la justice en matière de procédure doivent être respectées « d’une autre façon adaptée au contexte, compte tenu de l’objectif du gouvernement et des intérêts de la personne touchée » :

must constitute a substantial substitute to full disclosure. Procedural fairness does not require a perfect process — there is necessarily some give and take inherent in fashioning a process that accommodates national security concerns: *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, 2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3, at para. 46.

[44] The overarching question, therefore, is whether the amended *IRPA* scheme provides a named person with a fair process, taking into account the imperative of protecting confidential national security information.

(3) The Guiding Principles of the *IRPA* Scheme

[45] The alleged defects in the *IRPA* scheme must be assessed in light of the scheme's overall design. Two central principles guide the scheme.

[46] First, the designated judge is intended to play a gatekeeper role. The judge is vested with broad discretion and must ensure not only that the record supports the reasonableness of the ministers' finding of inadmissibility, but also that the overall process is fair: "... in a special advocate system, an unusual burden will continue to fall on judges to respond to the absence of the named person by pressing the government side more vigorously than might otherwise be the case" (C. Forcese and L. Waldman, "Seeking Justice in an Unfair Process: Lessons from Canada, the United Kingdom, and New Zealand on the Use of 'Special Advocates' in National Security Proceedings" (2007) (online), at p. 60). Indeed, the *IRPA* scheme expressly requires the judge to take into account "considerations of fairness and natural justice" when conducting the proceedings: s. 83(1)(a), *IRPA*. The designated judge must take an interventionist approach, while stopping short of assuming an inquisitorial role.

Charkaoui I, par. 63. L'autre procédure doit remplacer pour l'essentiel la divulgation complète. L'équité procédurale n'exige pas que le processus soit parfait; la conception d'un processus répondant aux préoccupations en matière de sécurité nationale implique nécessairement certains compromis : *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3, par. 46.

[44] La principale question est donc celle de savoir si le régime modifié établi par la *LIPR* permet à la personne visée de bénéficier d'un processus équitable, compte tenu de l'impératif de protéger les renseignements confidentiels touchant la sécurité nationale.

(3) Les principes directeurs du régime établi par la *LIPR*

[45] Les vices dont serait entaché le régime établi par la *LIPR* doivent être examinés à la lumière de la structure globale de ce régime qui s'articule autour de deux principes fondamentaux.

[46] Premièrement, le juge désigné est censé jouer le rôle de gardien. Il est investi d'un large pouvoir discrétionnaire et doit s'assurer non seulement que le dossier était le caractère raisonnable de la conclusion d'interdiction de territoire tirée par les ministres, mais aussi que l'ensemble du processus est équitable : [TRADUCTION] « ... dans un système d'avocats spéciaux, le juge se verra encore imposer le fardeau inhabituel de réagir à l'absence de la personne visée en talonnant la partie gouvernementale avec plus de vigueur qu'il ne le ferait en présence de cette personne » (C. Forcese et L. Waldman, « Seeking Justice in an Unfair Process : Lessons from Canada, the United Kingdom, and New Zealand on the Use of "Special Advocates" in National Security Proceedings » (2007) (en ligne), p. 60). D'ailleurs, le régime établi par la *LIPR* exige expressément du juge qu'il tienne compte des « considérations d'équité et de justice naturelle » dans l'instruction de l'instance : al. 83(1)a) *LIPR*. Le juge désigné doit adopter une approche interventionniste, sans pour autant jouer un rôle inquisitoire.

[47] Second, participation of the special advocates in closed hearings is intended to be a substantial substitute for personal participation by the named person in those hearings. With respect to the confidential portion of the case against the named person, the special advocates must be in a position to act as vigorously and effectively as the named person himself would act in a public proceeding. Indeed, Parliament added special advocates as a feature of the *IRPA* scheme in order to bring it into compliance with the substantive requirements of s. 7 of the *Charter*, as articulated in *Charkaoui I*. Whether the scheme allows for this intention to become a reality is the central constitutional issue in this appeal, to which I now turn.

(4) The Alleged Shortfalls of the *IRPA* Scheme

[48] In essence, Mr. Harkat alleges that the disclosure of public summaries and the representation of the interests of the named person by special advocates do not suffice to bring the *IRPA* scheme into compliance with the requirements of s. 7 of the *Charter*. I will address each of the alleged defects of the scheme in turn.

(a) *Does the Scheme Provide the Named Person With Sufficient Disclosure?*

[49] Mr. Harkat contends that the public summaries of the closed record are too vague and general. In his view, they do not allow a named person to know and meet the case against him or her. He argues that the essence of the right to know and meet a case is the ability to meet detail with detail. He also contends that the *IRPA* scheme takes too categorical an approach to disclosure: a named person will *never* obtain disclosure of information which would be injurious to national security or to the safety of any person, regardless of the importance of disclosure to the named person's case. A less rights-impairing alternative would be a balancing approach such as the one found in s. 38.06(2) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5 ("*CEA*"), which permits

[47] Deuxièmement, la participation des avocats spéciaux aux audiences à huis clos vise à remplacer, pour l'essentiel, la participation personnelle de la personne visée à ces audiences. Quant au volet confidentiel de la preuve contre la personne visée, les avocats spéciaux doivent être à même d'agir avec autant de vigueur et d'efficacité que le ferait la personne visée elle-même au cours d'une instance publique. En fait, le législateur a intégré la participation des avocats spéciaux au régime établi par la *LIPR* pour le rendre conforme aux exigences de fond de l'art. 7 de la *Charte* telle qu'elles ont été décrites dans *Charkaoui I*. Le fait de savoir si le régime permet de réaliser cette intention est la question constitutionnelle au cœur du présent pourvoi, question que je vais maintenant aborder.

(4) Les carences dont serait entaché le régime établi par la *LIPR*

[48] M. Harkat allègue essentiellement que la communication de résumés publics et la protection des intérêts de la personne visée par des avocats spéciaux ne suffisent pas à rendre le régime établi par la *LIPR* conforme aux exigences de l'art. 7 de la *Charte*. J'examinerai à tour de rôle chacune des carences dont serait entaché ce régime.

a) *Le régime permet-il à la personne visée d'obtenir suffisamment de renseignements?*

[49] M. Harkat soutient que les résumés publics du dossier secret sont trop vagues et généraux. À son avis, ils ne permettent pas à la personne visée de connaître la preuve qui pèse contre elle et d'y répondre. M. Harkat plaide que le droit de connaître la preuve et d'y répondre consiste essentiellement à pouvoir réfuter les détails par des détails. Toujours selon lui, le régime établi par la *LIPR* aborde la divulgation de manière trop catégorique : la personne visée n'obtiendra *jamais* communication des renseignements qui porteraient atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui, quelle que soit l'importance de la communication pour sa défense. Une solution de rechange moins attentatoire consisterait à ce que le juge désigné se livre à un exercice

the public interest in non-disclosure to be balanced against the public interest in disclosure.

[50] In my view, the *IRPA* scheme provides sufficient disclosure to the named person to be constitutionally compliant. I base this conclusion on the designated judge's statutory duty to ensure that the named person is reasonably informed of the Minister's case throughout the proceedings.

(i) The *IRPA* Scheme Requires an Incompressible Minimum Amount of Disclosure to the Named Person

[51] At first blush, the provisions of the *IRPA* scheme appear to give precedence to confidentiality of information over the named person's right to know and meet the case. Section 83(1)(e) provides that,

throughout the proceeding, the judge shall ensure that the permanent resident or foreign national is provided with a summary of information and other evidence that enables them to be reasonably informed of the case made by the Minister in the proceeding but that does not include anything that, in the judge's opinion, would be injurious to national security or endanger the safety of any person if disclosed;

Thus, the content of the summaries must be tailored to satisfy the overriding proviso that no information or evidence injurious to national security or to the safety of any person may be disclosed.

[52] The *IRPA* scheme also provides, at s. 83(1)(i), that the judge may base his decision on information or evidence of which the named person has not been informed in summary form: "[T]he judge may base a decision on information or other evidence even if a summary of that information or other evidence is not provided to the permanent resident or foreign national . . .".

comme celui prévu au par. 38.06(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5 (« *LPC* »), qui permet de mettre en balance les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation et les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation.

[50] À mon avis, le régime établi par la *LIPR* prévoit la divulgation à la personne visée de suffisamment de renseignements pour respecter la Constitution. Je fonde cette conclusion sur l'obligation légale du juge désigné de veiller tout au long de l'instance à ce que la personne visée soit suffisamment informée de la thèse des ministres.

(i) Le régime établi par la *LIPR* exige la divulgation d'une quantité minimale incompressible de renseignements à la personne visée

[51] À première vue, les dispositions du régime établi par la *LIPR* semblent privilégier la confidentialité des renseignements aux dépens du droit de la personne visée de connaître la preuve qui pèse contre elle et d'y répondre. Selon l'al. 83(1)e),

[le juge] veille tout au long de l'instance à ce que soit fourni à l'intéressé un résumé de la preuve qui ne comporte aucun élément dont la divulgation porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui et qui permet à l'intéressé d'être suffisamment informé de la thèse du ministre à l'égard de l'instance en cause;

Il faut donc rédiger les résumés de façon à ce qu'ils soient conformes à la disposition prépondérante interdisant de divulguer tout renseignement ou élément de preuve préjudiciable à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui.

[52] Le régime établi par la *LIPR* dispose également, à l'al. 83(1)i), que le juge peut fonder sa décision sur des renseignements ou éléments de preuve dont un résumé n'a pas été fourni à la personne visée : « [I]l peut fonder sa décision sur des renseignements et autres éléments de preuve même si un résumé de ces derniers n'est pas fourni à l'intéressé . . . ».

[53] The combination of ss. 83(1)(e) and 83(1)(i) could conceivably lead to a situation where the judge makes a decision on the reasonableness of the security certificate despite the fact that the named person has only received severely truncated disclosure. Noël J. even contemplated a scenario where the named person receives virtually no disclosure: “There may come a time when the only evidence to justify inadmissibility on security ground originates from a very sensitive source, and that the disclosure of such evidence, even through a summary, would inevitably disclose the source” (2010 FC 1242, at para. 59). He nevertheless found the disclosure provisions of the *IRPA* scheme to be constitutional.

[54] In my view, Noël J. erred in interpreting the *IRPA* scheme in a manner that allows for that scenario. *Charkaoui I* makes clear that there is an incompressible minimum amount of disclosure that the named person must receive in order for the scheme to comply with s. 7 of the *Charter*. He or she must receive sufficient disclosure to know and meet the case against him or her.

[55] Parliament amended the *IRPA* scheme with the intent of making it compliant with the s. 7 requirements expounded in *Charkaoui I*, and it should be interpreted in light of this intention: *R. v. Ahmad*, 2011 SCC 6, [2011] 1 S.C.R. 110, at paras. 28-29. The *IRPA* scheme’s requirement that the named person be “reasonably informed” (“*suffisamment informé*”) of the Minister’s case should be read as a recognition that the named person must receive an incompressible minimum amount of disclosure.

[56] Under the *IRPA* scheme, a named person is “reasonably informed” if he has personally received sufficient disclosure to be able to give meaningful instructions to his public counsel and meaningful guidance and information to his special advocates which will allow them to challenge the information and evidence relied upon by the Minister in the closed hearings. Indeed, the named person’s ability

[53] L’application combinée des al. 83(1)(e) et i) pourrait aboutir à une situation où le juge se prononce sur le caractère raisonnable du certificat de sécurité même si la personne visée n’a reçu que des renseignements considérablement tronqués. Le juge Noël a même envisagé un scénario où la personne visée ne recevrait pratiquement aucun renseignement : « Il se peut que, dans certaines affaires, la seule preuve justifiant l’interdiction de territoire pour des raisons de sécurité découle d’une source très sensible et que la divulgation d’une telle preuve, même au moyen d’un résumé, révélerait inévitablement la source » (2010 CF 1242, par. 59). Il a néanmoins jugé constitutionnelles les dispositions du régime établi par la *LIPR* concernant la divulgation.

[54] À mon avis, le juge Noël a commis une erreur en donnant au régime établi par la *LIPR* une interprétation qui ouvre la porte à ce scénario. Il ressort nettement de *Charkaoui I* que la personne visée doit recevoir une quantité minimale incompressible de renseignements pour que le régime soit conforme à l’art. 7 de la *Charte*. Elle doit recevoir des renseignements suffisants pour connaître la preuve qui pèse contre elle et y répondre.

[55] Le législateur a modifié le régime établi par la *LIPR* dans l’intention de le rendre conforme aux exigences de l’art. 7 exposées dans *Charkaoui I*, et il faut l’interpréter en fonction de cette intention : *R. c. Ahmad*, 2011 CSC 6, [2011] 1 R.C.S. 110, par. 28-29. L’exigence de ce régime voulant que la personne visée soit « suffisamment informée » (« *reasonably informed* ») de la thèse du ministre doit être considérée comme une reconnaissance de l’obligation de fournir à la personne visée une quantité minimale incompressible de renseignements.

[56] Suivant le régime établi par la *LIPR*, la personne visée est « suffisamment informée » si elle a reçu elle-même suffisamment de renseignements pour pouvoir donner des instructions utiles à ses avocats publics, mais aussi des indications et des renseignements utiles à ses avocats spéciaux qui permettront à ces derniers de contester l’information et la preuve invoquées par le ministre lors

to answer the Minister's case hinges on the effectiveness of the special advocates, which in turn depends on the special advocates being provided with meaningful guidance and information. As the House of Lords of the United Kingdom put it in referring to disclosure under the British special advocates regime, the named person

must be given sufficient information about the allegations against him to enable him to give effective instructions in relation to those allegations. . . . Where . . . the open material consists purely of general assertions and the case . . . is based solely or to a decisive degree on closed materials the requirements of a fair trial will not be satisfied, however cogent the case based on the closed materials may be.

(*Secretary of State for the Home Department v. A.F. (No. 3)*, [2009] UKHL 28, [2009] 3 All E.R. 643, at para. 59, *per* Lord Phillips of Worth Matravers)

I would add that the named person need not only be given sufficient information about the allegations against him, but also about the evidence on the record.

[57] The level of disclosure required for a named person to be reasonably informed is case-specific, depending on the allegations and evidence against the named person. Ultimately, the judge is the arbiter of whether this standard has been met. At the very least, the named person must know the essence of the information and evidence supporting the allegations. This excludes the scenario where the named person receives no disclosure whatsoever of essential information or evidence.

[58] The *IRPA* scheme is silent as to what happens if there is an irreconcilable tension between the requirement that the named person be “reasonably informed”, on the one hand, and the imperative that sensitive information not be disclosed, on the other. The *IRPA* scheme does not provide that the “reasonably informed” standard can be compromised. But nor does it provide that sensitive

des audiences à huis clos. En effet, l’aptitude de la personne visée à réfuter la thèse du ministre dépend de l’efficacité des avocats spéciaux, laquelle dépend à son tour de la réception d’indications et de renseignements utiles par ceux-ci. Comme l’a dit la Chambre des lords du Royaume-Uni en parlant de la divulgation prévue par le régime britannique des avocats spéciaux, la personne visée

[TRADUCTION] doit obtenir suffisamment de renseignements au sujet des allégations formulées contre elle pour être en mesure de donner des instructions efficaces relativement à ces allégations. [. . .] Lorsque [. . .] les documents publics contiennent uniquement des affirmations générales et que l’affaire [. . .] est fondée exclusivement ou à un degré décisif sur des documents secrets, les exigences d’un procès équitable ne sont pas respectées, aussi convaincant que puisse être la cause fondée sur les documents secrets.

(*Secretary of State for the Home Department c. A.F. (No. 3)*, [2009] UKHL 28, [2009] 3 All E.R. 643, par. 59, lord Phillips of Worth Matravers)

J’ajouterais que la personne visée doit obtenir assez de renseignements non seulement au sujet des allégations formulées contre elle, mais également à propos de la preuve au dossier.

[57] L’étendue de la divulgation requise pour que la personne visée soit suffisamment informée varie d’une affaire à l’autre, selon les allégations et la preuve qui pèsent contre elle. En dernier ressort, c’est au juge qu’il appartient de décider si cette norme a été respectée. La personne visée doit à tout le moins connaître l’essentiel des renseignements et de la preuve à l’appui des allégations, ce qui exclut le scénario où elle ne reçoit aucune divulgation quelle qu’elle soit des renseignements ou éléments de preuve essentiels.

[58] Le régime établi par la *LIPR* n’indique pas ce qui arrive en cas de tension irréconciliable entre les exigences voulant que la personne visée soit « suffisamment informée », d’une part, et l’impératif de ne pas divulguer les renseignements sensibles, d’autre part. Le régime en cause ne permet pas de faire entorse à la norme de la personne « suffisamment informée », pas plus qu’il n’autorise à divulguer des

information can be disclosed where this is absolutely necessary in order for the “reasonably informed” standard to be met.

[59] In my view, the necessary outcome of situations where there is an irreconcilable tension is that the Minister must withdraw the information or evidence whose non-disclosure prevents the named person from being reasonably informed. In some cases, this may effectively compel the Minister to put an end to the proceedings.

[60] To hold that the Minister can rely on essential information and evidence of which the named person cannot be reasonably informed would force the judge to violate the responsibility expressly placed on him by the statute, i.e. his duty to ensure that the named person remain reasonably informed throughout the proceedings. It cannot have been Parliament’s intent to design a scheme in which the judge is required to violate the responsibilities placed upon him. Consequently, the *IRPA* scheme must be interpreted as precluding the Minister from bringing a case in respect of which the named person cannot be kept reasonably informed. The scheme mandates that the named person remain reasonably informed — i.e. that he be able to give meaningful instructions to his public counsel and meaningful guidance and information to his special advocates — throughout the proceedings. If the named person is not reasonably informed, the proceedings will not have been in compliance with the *IRPA* scheme and the judge cannot confirm the certificate’s reasonableness. In such a case, the judge must quash the certificate, pursuant to s. 78 of the *IRPA*.

(ii) Only Information or Evidence That Raises a Serious Risk Must Be Withheld

[61] Only information and evidence that raises a *serious* risk of injury to national security or danger to the safety of a person can be withheld from the named person. The judge must ensure throughout the proceedings that the Minister does not cast too wide a net with his claims of confidentiality.

renseignements sensibles lorsque leur divulgation est absolument nécessaire pour satisfaire à cette norme.

[59] J’estime qu’en cas de tension irréconciliable, le ministre doit retirer les renseignements ou les éléments de preuve dont la non-divulgation empêche la personne visée d’être suffisamment informée. Dans certains cas, cette tension irréconciliable pourrait, dans les faits, contraindre le ministre à mettre un terme à l’instance.

[60] Conclure à la possibilité pour le ministre d’invoquer des renseignements et éléments de preuve essentiels dont la personne visée ne peut pas être suffisamment informée obligerait le juge à faillir à la responsabilité que lui confie expressément la loi, soit veiller tout au long de l’instance à ce que la personne visée soit suffisamment informée. Le législateur ne peut avoir eu l’intention de concevoir un régime obligeant le juge à faillir aux responsabilités qui lui sont confiées. En conséquence, le régime établi par la *LIPR* doit être interprété comme interdisant au ministre d’engager une procédure à l’égard de laquelle la personne visée ne peut être tenue suffisamment informée. Le régime requiert que la personne visée demeure suffisamment informée — c.-à-d. qu’elle doit être en mesure de donner des instructions utiles à ses avocats publics et des indications et des renseignements utiles à ses avocats spéciaux — tout au long de l’instance. Si elle n’est pas suffisamment informée, l’instance ne respecte pas le régime établi par la *LIPR* et le juge ne peut confirmer le caractère raisonnable du certificat. En pareil cas, il doit annuler le certificat en application de l’art. 78 de la *LIPR*.

(ii) Seuls les renseignements et les éléments de preuve qui soulèvent un risque sérieux doivent être gardés confidentiels

[61] Seuls les renseignements et les éléments de preuve qui soulèvent un risque *sérieux* d’atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d’autrui peuvent être soustraits à la connaissance de la personne visée. Tout au long de l’instance, il incombe au juge de garantir que le ministre ne vise pas trop large lorsqu’il invoque la confidentialité.

[62] While the *IRPA* scheme provides that closed hearings must be held when the disclosure of information *could* be injurious (s. 83(1)(c), *IRPA*), it mandates the withholding of information from public summaries only if its disclosure *would, in the judge's opinion*, be injurious (s. 83(1)(e), *IRPA*). The judge must err on the side of caution in ordering closed hearings during which he can ascertain the validity of the Minister's position with respect to the sensitivity of given information or evidence. However, once the judge has heard the parties, he must ensure that only information or evidence which *would* injure national security or endanger the safety of a person is withheld from the named person. "It is the Ministers who bear the burden of establishing that disclosure not only could but would be injurious to national security, or endanger the safety of any person": *Jaballah, Re*, 2009 FC 279, 340 F.T.R. 43, at para. 9, *per* Dawson J. (emphasis added).

[63] The judge must be vigilant and skeptical with respect to the Minister's claims of confidentiality. Courts have commented on the government's tendency to exaggerate claims of national security confidentiality: *Canada (Attorney General) v. Almalki*, 2010 FC 1106, [2012] 2 F.C.R. 508, at para. 108; *Khadr v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 549, 329 F.T.R. 80, at paras. 73-77 and 98; see generally C. Forcese, "Canada's National Security 'Complex': Assessing the Secrecy Rules" (2009), 15:5 *IRPP Choices* 3. As Justice O'Connor commented in his report on the Arar inquiry,

overclaiming exacerbates the transparency and procedural fairness problems that inevitably accompany any proceeding that can not be fully open because of [national security confidentiality] concerns. It also promotes public suspicion and cynicism about legitimate claims by the Government of national security confidentiality.

(Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar, *Report of*

[62] Le régime établi par la *LIPR* prévoit certes la tenue d'audiences à huis clos si la divulgation de renseignements *pouvait* porter atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui (al. 83(1)c) *LIPR*); il intime toutefois de taire dans les résumés de la preuve seulement les renseignements dont la divulgation *porterait* atteinte, *selon le juge*, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui (al. 83(1)e) *LIPR*). Le juge doit privilégier la prudence lorsqu'il s'agit d'ordonner la tenue d'audiences à huis clos durant lesquelles il peut examiner la validité de la position du ministre quant au degré de sensibilité de certains renseignements ou éléments de preuve. Cela dit, après avoir entendu les parties, le juge doit garantir que seuls les renseignements ou les éléments de preuve qui *porteraient* atteinte à la sécurité nationale ou à celle d'autrui sont soustraits à la connaissance de la personne visée. « Il incombe aux ministres d'établir que la divulgation non seulement pourrait porter atteinte mais qu'elle porterait effectivement atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui » : *Jaballah (Re)*, 2009 CF 279 (CanLII), par. 9, la juge Dawson (je souligne).

[63] Le juge doit être vigilant et sceptique quant aux allégations du ministre relatives à la confidentialité. Les tribunaux ont formulé des commentaires quant à la propension du gouvernement à exagérer les réclamations de confidentialité fondées sur la sécurité nationale : *Canada (Procureur général) c. Almalki*, 2010 CF 1106, [2012] 2 R.C.F. 508, par. 108; *Khadr c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 549 (CanLII), par. 73-77 et 98; voir plus généralement C. Forcese, « Canada's National Security "Complex" : Assessing the Secrecy Rules » (2009), 15:5 *IRPP Choices* 3. Comme l'a affirmé le juge O'Connor dans son rapport sur la Commission Arar,

la multiplication des réclamations aggrave les problèmes de transparence et d'équité procédurale accompagnant inévitablement toute enquête qui ne peut être totalement publique en raison des préoccupations [de confidentialité liées à la sécurité nationale]. En conséquence, le grand public n'en est que plus soupçonneux et cynique à l'égard des réclamations de confidentialité légitimes du gouvernement liées à la sécurité nationale.

(Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar,

the Events Relating to Maher Arar: Analysis and Recommendations (2006), at p. 302)

Rapport sur les événements concernant Maher Arar : Analyse et recommandations (2006), p. 326-327)

[64] The judge is the gatekeeper against this type of overclaiming, which undermines the *IRPA* scheme's fragile equilibrium. Systematic overclaiming would infringe the named person's right to a fair process or undermine the integrity of the judicial system, requiring a remedy under s. 24(1) of the *Charter*.

[64] Le juge est le gardien qui doit nous prémunir contre la multiplication des réclamations qui menace le fragile équilibre qu'atteint le régime établi par la *LIPR*. La multiplication systématique des réclamations porterait atteinte au droit de la personne visée à un processus équitable ou minerait l'intégrité du système judiciaire, exigeant ainsi l'octroi d'une réparation en application du par. 24(1) de la *Charte*.

(iii) The Absence of a Balancing Approach Does Not Make the Scheme Unconstitutional

(iii) L'absence d'une mise en balance n'invalide pas le régime sur le plan constitutionnel

[65] In addition, Mr. Harkat argues that the *IRPA* scheme's approach to disclosure is unconstitutional because it fails to provide for a balancing of countervailing interests. In his view, s. 7 of the *Charter* requires the adoption of an approach similar to the one found in s. 38.06(2) of the *CEA*, which allows the judge to order disclosure of national security information if “the public interest in disclosure outweighs in importance the public interest in non-disclosure”.

[65] De plus, selon M. Harkat, l'approche prévue par le régime établi par la *LIPR* en matière de divulgation est inconstitutionnelle parce qu'elle ne prévoit pas la mise en balance des intérêts contraires. À son avis, l'art. 7 de la *Charte* exige l'adoption d'une approche semblable à celle prévue au par. 38.06(2) de la *LPC* qui autorise un juge à ordonner la divulgation de renseignements relatifs à la sécurité nationale si « les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation ».

[66] I would reject this contention. Section 7 of the *Charter* does not require a balancing approach to disclosure. Rather, it requires a fair process. “There is no free-standing principle of fundamental justice requiring a proper balancing of interests in general, or requiring the balancing of interests in decisions about disclosure”: H. Stewart, *Fundamental Justice: Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2012), at p. 229. Parliament's choice to adopt a categorical prohibition against disclosure of sensitive information, as opposed to a balancing approach, does not as such constitute a breach of the right to a fair process.

[66] Je suis d'avis de rejeter cette prétention. L'article 7 de la *Charte* n'exige pas l'existence d'une approche de mise en balance quant à la divulgation. Il exige plutôt que le processus soit équitable. [TRANSDUCTION] « Il n'existe pas de principe distinct de justice fondamentale exigeant une mise en balance en bonne et due forme des intérêts en général, ou exigeant la mise en balance des intérêts dans le contexte de décisions relatives à la divulgation » : H. Stewart, *Fundamental Justice : Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2012), p. 229. Le choix du législateur d'une interdiction totale de divulguer les renseignements sensibles — plutôt qu'une approche qui prévoit une mise en balance — ne constitue donc pas une atteinte au droit à un processus équitable.

(b) *Are the Special Advocates a “Substantial Substitute” to Participation by the Named Person?*

[67] As discussed, the named person and his public counsel do not have access to the closed record, nor can they participate in the closed hearings. Parliament added the role of special advocates to the *IRPA* scheme so that they could serve as a proxy for the named person in the closed portion of the proceedings. Mr. Harkat argues that the restrictions on the special advocates’ ability to communicate with the named person prevent them from effectively protecting the named person’s interests. Specifically, he claims that communications between the named person and the special advocates should not be subject to restrictions. He also contends that the special advocates will be unable to seek judicial authorization without breaching solicitor-client privilege. As a consequence, in his view, the addition of special advocates to the regime fails to address the concerns voiced by this Court in *Charkaoui I*.

[68] The communications restrictions imposed on special advocates are significant, requiring judicial authorization for *any* communication regarding the proceedings between the special advocates and the named person or a third party, after the special advocates have received confidential materials. However, they do not render the scheme unconstitutional. I come to this conclusion for three reasons.

[69] First, the restrictions on communications by the special advocates are not absolute. They can be lifted with judicial authorization, subject to conditions deemed appropriate by the designated judge: s. 85.4(2), *IRPA*. While this process is less fluid and efficient than the unfettered communications that prevail between a lawyer and his client, it should be remembered that s. 7 of the *Charter* does not guarantee a perfect process. The judicial authorization process gives the designated judge a sufficiently broad discretion to allow all communications that are necessary for the special advocates to perform their duties.

b) *Les avocats spéciaux remplacent-ils pour l’essentiel la participation de la personne visée?*

[67] Comme nous l’avons vu, la personne visée et ses avocats publics n’ont pas accès au dossier confidentiel et ne peuvent pas participer aux audiences à huis clos. Le législateur a ajouté au régime de la *LIPR* un rôle pour des avocats spéciaux de manière à ce qu’ils puissent défendre les intérêts de la personne visée durant la portion à huis clos des procédures. M. Harkat fait valoir que les restrictions aux communications entre la personne visée et les avocats spéciaux empêchent ces derniers de défendre efficacement les intérêts de cette personne. Plus précisément, il soutient que ces communications ne devraient faire l’objet d’aucune restriction. Il soutient en outre que les avocats spéciaux sont incapables de solliciter une autorisation judiciaire sans contrevenir à leur secret professionnel. Ainsi, selon lui, l’ajout au régime des avocats spéciaux ne règle en rien les préoccupations exprimées par la Cour dans *Charkaoui I*.

[68] Les restrictions aux communications auxquelles doivent se conformer les avocats spéciaux sont certes importantes. Après que ces derniers ont reçu des renseignements confidentiels, *toute* communication relative aux procédures, entre eux et la personne visée ou un tiers, doit faire l’objet d’une autorisation judiciaire préalable. Toutefois, elles ne rendent pas le régime inconstitutionnel. J’en arrive à cette conclusion pour trois raisons.

[69] Premièrement, les restrictions aux communications par les avocats spéciaux ne sont pas absolues. Elles peuvent être levées par une autorisation judiciaire, aux conditions que le juge désigné estime indiquées : par. 85.4(2) *LIPR*. Même si ce processus est moins fluide et efficace que celui des communications illimitées qui prévalent entre un avocat et son client, il ne faut pas oublier que l’art. 7 de la *Charte* ne garantit pas l’existence d’un processus parfait. Le recours à l’autorisation judiciaire donne au juge désigné un pouvoir discrétionnaire suffisamment vaste pour autoriser toutes les communications nécessaires afin que les avocats spéciaux s’acquittent de leurs fonctions.

[70] The broad discretion conferred by the *IRPA* scheme averts unfairness that might otherwise result from the communications restrictions. The designated judge can ensure that the special advocates function as closely as possible to ordinary counsel in a public hearing. The restrictions on communications are designed to avert *serious* risks of disclosure of information or evidence whose disclosure would be injurious to national security or to the safety of any person. While the *IRPA* scheme requires the judge to minimize risks of inadvertent disclosure of information, the judge must also give special advocates significant latitude. The special advocates are competent and security-cleared lawyers, who take their professional and statutory obligations seriously. They have the ability to distinguish between the public and confidential aspects of their case. The judge should take a liberal approach in authorizing communications and only refuse authorization where the Minister has demonstrated, on a balance of probabilities, a real — as opposed to a speculative — risk of injurious disclosure. As much as possible, the special advocates should be allowed to investigate the case and develop their strategy by communicating with the named person, the named person's public counsel, and third parties who may bring relevant insights and information.

[71] Second, the named person and his public counsel can send an unlimited amount of one-way communications to the special advocates at any time throughout the proceedings. This is significant. As discussed above, the public summaries provided on an ongoing basis to the named person will ensure that he or she is sufficiently informed to provide meaningful guidance and information to the special advocates. These summaries should elicit helpful one-way communications from the named person to the special advocates. And these one-way communications may in turn give rise to

[70] Le vaste pouvoir discrétionnaire conféré au juge par le régime de la *LIPR* prévient l'iniquité qui pourrait autrement découler des restrictions aux communications. Le juge désigné peut s'assurer que les avocats spéciaux agissent autant que possible comme le feraient des avocats ordinaires au cours d'audiences publiques. Les restrictions aux communications visent à éviter les risques *sérieux* rattachés à la divulgation de renseignements ou d'éléments de preuve qui porterait atteinte à la sécurité nationale ou à celle d'autrui. Bien que le régime établi par la *LIPR* exige que le juge minimise les risques de divulgation par inadvertance de renseignements, il doit aussi donner aux avocats spéciaux une grande latitude. Ces derniers sont des avocats compétents qui possèdent une habilitation de sécurité. Ils s'acquittent de leurs obligations professionnelles et légales avec sérieux. Ils ont la capacité de faire la différence entre les aspects publics et confidentiels de leur dossier. Le juge devrait donc adopter une approche libérale lorsqu'il est question d'autoriser les communications et ne refuser son autorisation que dans les cas où le ministre a fait la preuve, selon la prépondérance des probabilités, d'un risque réel — par opposition à un risque potentiel — de préjudice en cas de divulgation. Dans toute la mesure du possible, les avocats spéciaux devraient être autorisés à examiner le dossier et à élaborer leur stratégie en communiquant avec la personne visée et ses avocats publics, ainsi qu'avec des tiers qui pourraient leur fournir des points de vue et des renseignements pertinents.

[71] Deuxièmement, la personne visée et ses avocats publics peuvent, eux, transmettre aux avocats spéciaux, à tout moment durant les procédures, une quantité illimitée de renseignements. Cela est important. Comme nous l'avons mentionné, les résumés publics fournis de manière continue à la personne visée garantiront qu'elle est suffisamment informée pour être en mesure de donner des indications et des renseignements adéquats aux avocats spéciaux. Ces résumés devraient permettre à la personne visée de communiquer à sens unique utilement avec les avocats spéciaux. D'ailleurs, ces

requests from the special advocates for judicial permission to communicate with the named person in order to obtain needed clarifications or additional information.

[72] Finally, the record does not support the conclusion that the *IRPA* scheme is unconstitutional on the basis that the special advocates must necessarily breach solicitor-client privilege in order to obtain judicial permission to communicate. As Noël J. noted, “[t]he question of assessing solicitor-client [privilege] remains theoretical in the case at hand. The requests to communicate presented did not directly or indirectly reveal such information”: 2010 FC 1242, at para. 178. Moreover, the evolving practices of the Federal Court may substantially lessen the tension between judicial authorization and privilege. For example, the special advocates can minimize the risk of revealing their litigation strategy by seeking to make submissions to the designated judge in the absence of the ministers’ lawyers: *Almrei*, 2008 FC 1216, at para. 65.

[73] The issue of how to reconcile the judicial authorization process with solicitor-client privilege should be decided if and when it arises on the facts of a case: *Almrei*, 2008 FC 1216, at para. 41; *Almrei, Re*, 2009 FC 322, 342 F.T.R. 11, at para. 24. It may be that an exception to solicitor-client privilege could be recognized in such circumstances: *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455, at para. 53, *per* Cory J.; *Almrei*, 2008 FC 1216, at paras. 60-62. Or it may instead be necessary to recognize that, in cases where judicial authorization cannot be granted without a breach of solicitor-client privilege, the proceedings fail to meet the requirements of s. 7 of the *Charter* and that a remedy should be granted under s. 24(1) of the *Charter*.

communications pourraient en retour inciter les avocats spéciaux à demander la permission au juge de communiquer avec la personne visée de manière à obtenir des clarifications nécessaires ou des renseignements supplémentaires.

[72] Troisièmement, le dossier n’étaye pas la conclusion selon laquelle le régime établi par la *LIPR* est inconstitutionnel parce que les avocats spéciaux doivent nécessairement violer le secret professionnel avocat-client pour obtenir la permission judiciaire de communiquer avec la personne visée. Comme le juge Noël l’a souligné, « [l]a question de l’examen des renseignements protégés par le secret professionnel reste théorique en l’espèce. Les demandes de communication présentées n’ont pas directement ou indirectement révélé de tels renseignements » : 2010 CF 1242, par. 178. En outre, les pratiques en évolution de la Cour fédérale pourraient réduire considérablement la tension qui prévaut entre l’autorisation judiciaire et la sauvegarde du secret professionnel. À titre d’exemple, les avocats spéciaux peuvent minimiser le risque de révéler leur stratégie quant au dossier en demandant à présenter leurs observations au juge désigné en l’absence des avocats des ministres : *Almrei*, 2008 CF 1216, par. 65.

[73] La question de savoir comment concilier le processus d’autorisation judiciaire et le secret professionnel de l’avocat devrait être tranchée si elle est soulevée par les faits d’un dossier et quand elle le sera : *Almrei*, 2008 CF 1216, par. 41; *Almrei (Re)*, 2009 CF 322 (CanLII), par. 24. Dans de telles circonstances, une exception à la règle du secret professionnel de l’avocat pourrait être reconnue : *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455, par. 53, le juge Cory; *Almrei*, 2008 CF 1216, par. 60-62. Ou encore, il pourrait être nécessaire de reconnaître que, dans les cas où l’autorisation judiciaire ne peut être accordée sans que le secret professionnel de l’avocat soit violé, le processus ne satisfait pas aux exigences de l’art. 7 de la *Charte* et il y a lieu d’accorder une réparation en application du par. 24(1) de la *Charte*.

(c) *Does the Admission of Hearsay Evidence
Render the Scheme Unconstitutional?*

[74] The *IRPA* scheme provides that the usual rules of evidence do not apply to the security certificate proceedings. Rather, any evidence that the judge determines to be “reliable and appropriate” is admissible: s. 83(1)(h), *IRPA*. It is argued that this denies the named person’s s. 7 *Charter* rights, since the special advocates will be unable to meaningfully test the evidence.

[75] It is true that some evidence which is admissible under the *IRPA* scheme cannot be tested for reliability and accuracy in the usual manner. For example, the *IRPA* scheme would allow the admission of a foreign intelligence agency’s report that the judge deems “reliable and appropriate”, despite the fact that it is hearsay. The special advocates will not have had the opportunity to cross-examine the foreign sources quoted in the report or the operatives who compiled it.

[76] While s. 83(1)(h) of the *IRPA* may result in the admission of hearsay evidence and deny the special advocates the ability to cross-examine sources, it does not violate s. 7 of the *Charter*. As this Court recognized in *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419, “the rules of evidence have not been constitutionalized into unalterable principles of fundamental justice”: p. 453, *per* L’Heureux-Dubé J. As discussed, s. 7 guarantees a fundamentally fair process. The rule against hearsay evidence and the right to cross-examine witnesses simply provide a means towards such a process, by screening out unreliable evidence: *R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787, at para. 48. The *IRPA* scheme achieves this purpose of excluding unreliable evidence by alternative means. It provides the designated judge with broad discretion to exclude evidence that is not “reliable and appropriate”. This broad discretion allows the judge to exclude not only evidence that he or she finds, after a searching review, to be unreliable, but also evidence whose

c) *L’admission de preuve par ouï-dire rend-elle le régime inconstitutionnel?*

[74] Le régime établi par la *LIPR* prévoit que les règles de preuve habituelles ne s’appliquent pas aux procédures relatives aux certificats de sécurité intentées en vertu de cette loi. C’est plutôt tout élément de preuve que le juge estime « digne de foi et utile » qui est admissible : al. 83(1)h) *LIPR*. On fait valoir que cette règle prive la personne visée des droits que lui garantit l’art. 7 de la *Charte* puisque les avocats spéciaux seront incapables de mettre la preuve en doute utilement.

[75] Certains éléments de preuve admissibles en application du régime établi par la *LIPR* ne peuvent certes être mis en doute pour en vérifier comme d’habitude la fiabilité et l’exactitude. Par exemple, selon ce régime, le rapport d’un organisme étranger de renseignement serait admissible si le juge estimait qu’il est « digne de foi et utile », même s’il s’agit de ouï-dire. Les avocats spéciaux n’auraient l’occasion de contre-interroger ni les sources étrangères citées dans le rapport ni les agents secrets qui l’ont rédigé.

[76] Bien que l’al. 83(1)h) de la *LIPR* puisse entraîner l’admission de preuve par ouï-dire et empêcher les avocats spéciaux de contre-interroger les sources, il n’enfreint pas l’art. 7 de la *Charte*. Comme la Cour l’a reconnu dans *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419, « les règles de preuve n’ont pas été érigées dans la Constitution en principes inaltérables de justice fondamentale » : p. 453, la juge L’Heureux-Dubé. Je le répète, l’art. 7 garantit un processus fondamentalement équitable. La règle qui interdit la preuve par ouï-dire et le droit de contre-interroger les témoins ne constituent que des moyens de parvenir à la fin recherchée, en écartant les éléments de preuve qui ne sont pas dignes de foi : *R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787, par. 48. Le régime établi par la *LIPR* atteint cet objectif en écartant ces éléments de preuve par d’autres moyens. En effet, il confère au juge désigné le vaste pouvoir discrétionnaire d’exclure des éléments de preuve qui ne seraient pas « dignes de foi et utiles ». Ce vaste pouvoir discrétionnaire

probative value is outweighed by its prejudicial effect against the named person.

(5) Concluding Remarks on the Constitutionality of the IRPA Scheme

[77] I have concluded that the impugned provisions of the *IRPA* scheme are constitutional. They do not violate the named person's right to know and meet the case against him, or the right to have a decision made on the facts and the law. However, it must be acknowledged that these provisions remain an imperfect substitute for full disclosure in an open court. There may be cases where the nature of the allegations and of the evidence relied upon exacerbate the limitations inherent to the scheme, resulting in an unfair process. In light of this reality, the designated judge has an ongoing responsibility to assess the overall fairness of the process and to grant remedies under s. 24(1) of the *Charter* where appropriate — including, if necessary, a stay of proceedings.

B. *Are CSIS Human Sources Covered by Privilege and Can They Be Cross-Examined?*

[78] Mr. Harkat's special advocates ask the Court for an order permitting them to interview and cross-examine the CSIS human sources relied upon by the Minister in the case against him. Noël J. denied this order, holding that the identity of the sources and information which tends to reveal their identity is covered by a common law "class" privilege.

[79] The Federal Court of Appeal disagreed. It held that, unlike police informers, CSIS human sources are not protected by common law class

permet au juge d'exclure non seulement les éléments de preuve qu'il juge, après examen, indignes de foi, mais également ceux dont l'effet préjudiciable à l'endroit de la personne visée l'emporte sur leur valeur probante.

(5) Dernières remarques quant à la constitutionnalité du régime établi par la LIPR

[77] Je conclus que les dispositions contestées du régime établi par la *LIPR* sont constitutionnelles. Elles n'enfreignent pas le droit de la personne visée de connaître et de contester la preuve qui pèse contre elle, ni son droit à ce qu'une décision soit rendue compte tenu des faits et du droit. Cependant, il faut reconnaître que ces dispositions créent un régime qui demeure un substitut imparfait à la divulgation complète en audience publique. Dans certains cas, la nature des allégations et de la preuve à l'appui pourrait exacerber les limites inhérentes au régime et donner lieu à un processus inéquitable. Compte tenu de cette réalité, le juge désigné a la responsabilité tout au long de l'instance d'évaluer l'équité globale du processus et d'accorder des réparations en application du par. 24(1) de la *Charte* lorsqu'il est approprié de le faire — y compris, si nécessaire, un arrêt des procédures.

B. *Les sources humaines du SCRS sont-elles protégées par un privilège et peuvent-elles être contre-interrogées?*

[78] Les avocats spéciaux de M. Harkat demandent à la Cour de rendre une ordonnance les autorisant à questionner et à contre-interroger les sources humaines du SCRS sur lesquelles se fonde le ministre pour poursuivre celui dont ils défendent les intérêts. Le juge Noël a refusé de rendre cette ordonnance, estimant que l'identité des sources et les renseignements qui pourraient révéler cette identité sont protégés par un privilège « générique » en common law.

[79] La Cour d'appel fédérale a exprimé son désaccord et a conclu qu'à la différence des indicateurs de police, les sources humaines du SCRS

privilege. However, it did not deal with whether the human sources could be cross-examined.

[80] I agree with the Federal Court of Appeal that CSIS human sources are not protected by a class privilege. However, this is not to say that they are left entirely unprotected by the security certificate regime. The *IRPA* scheme provides a mechanism to protect their identity, as I will now discuss.

(1) Does Privilege Attach to CSIS Human Sources?

[81] It is important to note at the outset that the *IRPA* scheme provides protection for the identity of sources and of information that tends to reveal that identity. Indeed, the starting point under the *IRPA* scheme is that all information whose disclosure would be injurious to national security or endanger the safety of a person is protected from disclosure to the named person and to the public: s. 83(1)(d). In most cases, the disclosure of the identity of human sources would both be injurious to national security and endanger the safety of those sources. Consequently, their identity will generally be protected from disclosure under the *IRPA* scheme.

[82] As a limited exception to this general principle of non-disclosure, the *IRPA* scheme provides that special advocates get full disclosure of all the evidence provided by the Minister to the judge: s. 85.4(1). The Minister has no obligation, however, to disclose privileged materials to anyone.

[83] It thus becomes necessary to determine whether the identities of CSIS human sources, and related information, are privileged. But it is important to bear in mind that even if they are not privileged, the judge under the *IRPA* scheme has the duty to prevent disclosure to the public and to the named person of this information if it would be injurious to national security or the safety of the

ne sont pas protégées par un privilège générique en common law. Elle n'a cependant pas étudié la question de savoir s'il était possible de contre-interroger ces dernières.

[80] Je souscris à l'opinion de la Cour d'appel fédérale selon laquelle les sources humaines du SCRS ne sont pas protégées par un privilège générique. Cela ne veut toutefois pas dire que le régime de certificats de sécurité ne leur accorde aucune protection. En effet, le régime établi par la *LIPR* prévoit un mécanisme de protection de leur identité, comme je vais maintenant l'expliquer.

(1) Les sources humaines du SCRS sont-elles protégées par un privilège?

[81] Il importe de signaler d'entrée de jeu que le régime établi par la *LIPR* protège l'identité des sources et les renseignements qui pourraient révéler cette identité. D'ailleurs, ce régime part du postulat que les renseignements dont la divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui ne peuvent être divulgués à la personne visée ou au public : al. 83(1)d). Dans la plupart des cas, la divulgation de l'identité des sources humaines porterait atteinte tant à la sécurité nationale qu'à la sécurité de ces sources. C'est pourquoi le régime établi par la *LIPR* interdit généralement de dévoiler leur identité.

[82] Ce principe général de non-divulgation souffre d'une exception dont la portée est toutefois limitée : le régime établi par la *LIPR* prévoit la communication aux avocats spéciaux de tous les éléments de preuve fournis au juge par le ministre : par. 85.4(1). Par contre, ce dernier n'est nullement tenu de communiquer des documents protégés à qui que ce soit.

[83] Il devient dès lors nécessaire de décider si l'identité des sources humaines du SCRS et les renseignements connexes sont protégés. Il importe cependant de garder à l'esprit que même s'ils ne le sont pas, le régime établi par la *LIPR* impose au juge l'obligation d'empêcher que ces renseignements soient divulgués au public et à la personne visée si cela portait atteinte à la sécurité nationale ou à celle

sources. The information will thus generally remain within the confines of the closed circle formed by the designated judge, the special advocates — who, it bears repeating, are security-cleared lawyers — and the Minister’s lawyers.

[84] Against this background, I come to the question: Are the identities of CSIS human sources and information that might reveal their identity protected by common law privilege?

[85] It is argued that police informer privilege attaches to CSIS human sources. I agree with the Federal Court of Appeal that it does not. Traditional police work involving informers, on the one hand, and the collection of security intelligence and information, on the other, are two different things. Indeed, Parliament created CSIS in recognition of this emerging distinction: *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326 (“*Charkaoui I*”), at paras. 21-22. Courts developed police informer privilege at a time when the police investigated crimes locally and collected evidence mainly for use in criminal trials. By contrast, the intelligence gathering conducted by CSIS takes place on a global scale and is geared towards prospectively preventing risks: K. Roach, “The eroding distinction between intelligence and evidence in terrorism investigations”, in N. McGarrity, A. Lynch and G. Williams, eds., *Counter-Terrorism and Beyond: The Culture of Law and Justice after 9/11* (2010), 48. Police have an incentive not to promise confidentiality except where truly necessary, because doing so can make it harder to use an informer as a witness. CSIS, on the other hand, is not so constrained. It is concerned primarily with obtaining security intelligence, rather than finding evidence for use in court. While evidence gathered by the police was traditionally used in criminal trials that provide the accused with significant evidentiary safeguards, the intelligence gathered by CSIS may be used to establish criminal conduct in proceedings that — as is the case here — have relaxed rules of evidence and allow for the admission of hearsay evidence. The differences between traditional policing and modern intelligence

de ces sources. Ces renseignements ne sortent donc généralement pas du cercle fermé que forment le juge désigné, les avocats spéciaux — qui, faut-il le rappeler, possèdent une habilitation de sécurité — et les avocats du ministre.

[84] Dans ce contexte, je vais maintenant me pencher sur la question de savoir si l’identité des sources humaines du SCRS et les renseignements qui pourraient la révéler sont protégés par un privilège en common law.

[85] On fait valoir que le privilège relatif aux indicateurs de police vaut pour les sources humaines du SCRS. À l’instar de la Cour d’appel fédérale, j’estime que ce n’est pas le cas. Le travail classique des policiers auquel participent des indicateurs, d’une part, et la collecte de renseignements et d’informations de sécurité, d’autre part, sont deux choses différentes. En effet, le législateur a créé le SCRS du fait de cette nouvelle distinction : *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326 (« *Charkaoui II* »), par. 21-22. Les tribunaux ont établi le privilège relatif aux indicateurs de police à une époque où les policiers enquêtaient sur des crimes localement et recueillaient des éléments de preuve principalement pour les utiliser lors de procès criminels. À l’inverse, le SCRS recueille des renseignements à l’échelle mondiale afin de prévenir les risques de manière prospective : K. Roach, « The eroding distinction between intelligence and evidence in terrorism investigations », dans N. McGarrity, A. Lynch et G. Williams, dir., *Counter-Terrorism and Beyond : The Culture of Law and Justice after 9/11* (2010), 48. Les policiers ont intérêt à ne pas promettre l’anonymat à un indicateur sauf en cas de réelle nécessité, parce que s’ils le font, il sera plus difficile d’avoir recours à lui comme témoin. Le SCRS, quant à lui, ne fait pas face à une telle contrainte. Son premier souci est d’obtenir des renseignements relatifs à la sécurité, plutôt que de trouver des éléments de preuve à utiliser devant un tribunal. Les éléments de preuve recueillis par les policiers sont traditionnellement utilisés lors de procès criminels où l’accusé dispose de garanties importantes en matière de preuve, tandis que les

gathering preclude automatically applying traditional police informer privilege to CSIS human sources.

[86] I have found no persuasive authority for the proposition that police informer privilege applies to CSIS human sources. In *R. v. Y. (N.)*, 2012 ONCA 745, 113 O.R. (3d) 347, cited as authority by Abella and Cromwell JJ., the issue was whether an informer who had worked successively for CSIS and the RCMP was a state agent for purposes of applying the *Charter*. The court remarked that one distinction between a state agent and a confidential informer is that privilege applies only to the latter (para. 122). The court's reasons can be read as assuming that privilege would attach to a CSIS informer, but that point was not squarely before the court and was not decided.

[87] Nor, in my view, should this Court create a new privilege for CSIS human sources. This Court has stated that “[t]he law recognizes very few ‘class privileges’” and that “[i]t is likely that in future such ‘class’ privileges will be created, if at all, only by legislative action”: *R. v. National Post*, 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477, at para. 42. The wisdom of this applies to the proposal that privilege be extended to CSIS human sources: *Canada (Attorney General) v. Almalki*, 2011 FCA 199, [2012] 2 F.C.R. 594, at paras. 29-30, *per* Létourneau J.A. If Parliament deems it desirable that CSIS human sources’ identities and related information be privileged, whether to facilitate coordination between police forces and CSIS or to encourage sources to come forward to CSIS (see reasons of Abella and Cromwell JJ.), it can enact the appropriate protections. Finally, the question arises whether judges should have the power to shield the identity of human sources from special advocates on a case-by-case basis where they conclude that

renseignements obtenus par le SCRS peuvent servir à établir l’existence d’une conduite criminelle dans une instance — comme c’est le cas en l’espèce — où les règles de preuve sont souples et permettent d’admettre une preuve par ouï-dire. Les différences entre le travail classique des policiers et la collecte moderne de renseignements empêchent d’appliquer systématiquement le privilège d’indicateur de police traditionnel aux sources humaines du SCRS.

[86] Je n’ai trouvé aucun arrêt convaincant qui permet d’affirmer que le privilège d’indicateur de police s’applique aux sources humaines du SCRS. Dans *R. c. Y. (N.)*, 2012 ONCA 745, 113 O.R. (3d) 347, un précédent cité par les juges Abella et Cromwell, il s’agissait de savoir si un indicateur ayant travaillé successivement pour le SCRS et la GRC était un agent de l’État pour l’application de la *Charte*. La Cour d’appel a fait remarquer que le privilège ne s’applique qu’à l’indicateur anonyme, et non à l’agent de l’État (par. 122). On peut bien considérer que la Cour d’appel tient pour acquis dans ses motifs que le privilège s’appliquerait à un indicateur du SCRS, mais elle n’était pas directement saisie de ce point, qui n’a pas été tranché.

[87] À mon avis, la Cour ne devrait pas non plus créer un nouveau privilège pour les sources humaines du SCRS. En effet, elle a mentionné que « [l]e droit reconnaît très peu de “privilèges génériques” » et qu’« [i]l est probable qu’à l’avenir, tout nouveau privilège “générique” sera créé, le cas échéant, par une intervention législative » : *R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477, par. 42. La sagesse de ces remarques vaut pour la proposition d’étendre un privilège aux sources humaines du SCRS : *Canada (Procureur général) c. Almalki*, 2011 CAF 199, [2012] 2 R.C.F. 594, par. 29-30, le juge Létourneau. Si le législateur juge souhaitable de protéger au moyen d’un privilège l’identité des sources humaines du SCRS et les renseignements connexes, que ce soit pour faciliter la coordination du travail entre les forces policières et le SCRS ou pour inciter les sources humaines à fournir des renseignements à ce dernier (voir les motifs des juges Abella et Cromwell), il peut adopter les mesures de protection voulues. Enfin, la

public interests in non-disclosure outweigh the benefits of disclosure. This question was not argued by the parties, and I offer no comment on it, other than to note that the *IRPA* scheme already affords broad protection to human sources by precluding the public disclosure of information that would injure national security or endanger a person.

(2) Should the Special Advocates Be Authorized to Interview and Cross-Examine the Human Sources?

[88] The special advocates ask this Court to rule that they may interview and cross-examine the CSIS human sources who have provided information used against Mr. Harkat.¹ I have concluded that the identity of CSIS human sources is not privileged. However, it does not follow from the absence of a privilege that special advocates have an unlimited ability to interview and cross-examine human sources. As discussed above, the designated judge may admit information provided by these sources as hearsay evidence, if he concludes that the evidence is “reliable and appropriate”: s. 83(1)(h), *IRPA*. The Minister has no obligation to produce CSIS human sources as witnesses, although the failure to do so may weaken the probative value of his evidence.

[89] This said, the special advocates may “exercise, with the judge’s authorization, any other powers that are necessary to protect the interests” of the named person: s. 85.2(c), *IRPA*. The designated judge has the discretion to allow the special

question se pose de savoir si le juge devrait disposer du pouvoir de dissimuler aux avocats spéciaux l’identité des sources humaines dans les cas où il conclut que les raisons d’intérêt public qui justifient la non-divulgence de l’identité l’emportent sur les avantages de sa divulgation. La question n’a pas été débattue par les parties et je ne ferai aucun commentaire à ce sujet, sauf pour signaler que le régime établi par la *LIPR* accorde déjà aux sources humaines une grande protection en interdisant de rendre publics des renseignements dont la divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d’autrui.

(2) Les avocats spéciaux devraient-ils être autorisés à questionner et à contre-interroger les sources humaines?

[88] Les avocats spéciaux demandent à la Cour d’ordonner qu’ils puissent questionner et contre-interroger les sources humaines du SCRS qui ont fourni des renseignements utilisés contre M. Harkat¹. J’ai conclu que l’identité des sources humaines du SCRS n’est pas protégée par un privilège. Cela dit, les avocats spéciaux n’ont pas pour autant un droit illimité de questionner et de contre-interroger ces sources. Comme je l’ai déjà mentionné, le juge désigné peut admettre en preuve des renseignements fournis par ces sources comme de la preuve par ouï-dire s’il estime qu’ils sont « digne[s] de foi et utile[s] » : al. 83(1)(h) *LIPR*. Le ministre n’a aucunement l’obligation d’assigner à témoigner les sources humaines du SCRS, quoique la décision de ne pas le faire pourrait affaiblir la valeur probante de sa preuve.

[89] Cela dit, les avocats spéciaux peuvent « exercer, avec l’autorisation du juge, tout autre pouvoir nécessaire à la défense des intérêts » de la personne visée : al. 85.2(c) *LIPR*. Ainsi, le juge désigné a le pouvoir discrétionnaire de les autoriser

¹ The special advocates have already had access to the complete human source files. Although the designated judge found that privilege applied to CSIS human sources, he nevertheless ordered disclosure of unredacted versions of the relevant files to the special advocates as a remedy for breaches by the ministers of their obligations towards Mr. Harkat. See 2009 FC 553 and 2009 FC 1050.

¹ Les avocats spéciaux ont déjà eu accès aux dossiers complets relatifs aux sources humaines. Même si le juge désigné a conclu qu’un privilège s’appliquait aux sources humaines du SCRS, il a ordonné la communication aux avocats spéciaux de versions non expurgées des dossiers pertinents à titre de réparation pour les manquements par les ministres aux obligations qui leur incombent à l’endroit de M. Harkat. Voir 2009 CF 553 et 2009 CF 1050.

advocates to interview and cross-examine human sources in a closed hearing. This discretion should be exercised as a last resort. The record before us establishes that a generalized practice of calling CSIS human sources before a court, even if only in closed hearings, may have a chilling effect on potential sources and hinder CSIS's ability to recruit new sources. In most cases, disclosure to the special advocates of the human source files and other relevant information regarding the human sources will suffice to protect the interests of the named person.

[90] The case at hand is not one of those rare cases in which it is necessary to give special advocates permission to interview and cross-examine CSIS human sources. The special advocates contend that cross-examination is necessary in order to test the credibility of the human sources, to cross-examine them on Mr. Harkat's motives for coming to Canada in the mid-1990s, and to undermine the allegation that Mr. Harkat traveled to Afghanistan. In my view, Mr. Harkat and his special advocates have had sufficient opportunity to pursue those objectives, and the designated judge's weighing of the relevant evidence took into account the fact that it was hearsay. Indeed, the evidence on the record allowed the special advocates to undermine the credibility of one of the human sources and led Noël J. to rely on information originating from this source only when corroborated: see 2010 FC 1241, at footnote 1. Moreover, Mr. Harkat testified with respect to his motives for coming to Canada and denied the allegations that he visited Afghanistan. Noël J. made a strong adverse finding of credibility against Mr. Harkat on these issues: it is highly improbable that cross-examination of the human sources could have bolstered his credibility. There is therefore no need for this Court to authorize the exceptional measure of interviewing and cross-examining human sources.

à questionner et à contre-interroger les sources humaines lors d'audiences à huis clos. Ce pouvoir discrétionnaire devrait être exercé en dernier recours. Le dossier porté à notre connaissance démontre qu'une pratique qui consisterait à assigner systématiquement les sources humaines du SCRS à témoigner devant un tribunal, même uniquement lors d'audiences à huis clos, pourrait refroidir les ardeurs de sources potentielles et nuire à la capacité du SCRS d'en recruter de nouvelles. Dans la plupart des cas, la communication aux avocats spéciaux des dossiers relatifs aux sources humaines et d'autres renseignements pertinents au sujet de ces dernières suffira à protéger les droits de la personne visée.

[90] La présente espèce n'est pas du type de celles, rares, où il est nécessaire d'autoriser les avocats spéciaux à questionner et à contre-interroger les sources humaines du SCRS. Les avocats spéciaux prétendent qu'il est nécessaire de contre-interroger ces sources pour mettre leur crédibilité à l'épreuve, pour les questionner sur les motifs de la venue de M. Harkat au Canada au milieu des années 90 et pour miner l'allégation selon laquelle M. Harkat a voyagé en Afghanistan. À mon avis, M. Harkat et ses avocats spéciaux ont eu suffisamment l'occasion de poursuivre ces objectifs et, lorsqu'il a soupesé les éléments de preuve pertinents, le juge désigné a tenu compte du fait qu'il s'agissait de ouï-dire. En effet, la preuve au dossier a permis aux avocats spéciaux de miner la crédibilité d'une des sources humaines et a incité le juge Noël à se fonder sur les renseignements fournis par elle uniquement lorsqu'ils étaient corroborés : voir 2010 CF 1241, première note de bas de page. De plus, M. Harkat a témoigné quant aux motifs qui l'ont poussé à venir au Canada et a nié les allégations selon lesquelles il a visité l'Afghanistan. Le juge Noël a conclu très fermement au manque de crédibilité de M. Harkat quant à ces questions et il est hautement improbable que le contre-interrogatoire des sources humaines ait pu rehausser sa crédibilité. Il est donc inutile que la Cour autorise la mesure exceptionnelle qui consiste à questionner et à contre-interroger les sources humaines.

C. *Did the Designated Judge Err in Refusing to Exclude the Summaries of Intercepted Conversations?*

[91] Mr. Harkat seeks the exclusion of summaries of intercepted conversations that were tendered as evidence by the ministers, pursuant to s. 24(1) of the *Charter*. He argues that CSIS prejudiced his ability to know and meet the case against him by destroying the original operational notes and recordings that were the source materials for the summaries. Noël J. found the summaries to be reliable and concluded that the destruction of the operational materials did not prejudice Mr. Harkat. The Federal Court of Appeal disagreed, finding that the destruction of the materials prejudiced Mr. Harkat's ability to challenge the reliability and accuracy of the summaries. As a remedy, it excluded the summaries of intercepted conversations to which Mr. Harkat was not privy.

(1) Did the Destruction of Source Materials Result in a Breach of Section 7 of the *Charter*?

[92] The original CSIS operational materials were destroyed in accordance with CSIS internal policy OPS-217, which required the systematic destruction of operational materials after operatives had completed their final reports and summaries. In *Charkaoui II*, this Court found that both the *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C. 1985, C-23 ("*CSIS Act*"), and the right to procedural fairness of the named person required CSIS "to retain all the information in its possession and to disclose it to the ministers and the designated judge": para. 62.

[93] As a result of policy OPS-217, the original operational notes and recordings are lost evidence. Where the Minister loses evidence that should have been disclosed, he has a duty to explain what happened to it: *R. v. La*, [1997] 2 S.C.R. 680, at paras. 18-20. Where the Minister is unable to satisfy

C. *Le juge désigné a-t-il commis une erreur en refusant d'exclure les résumés de conversations interceptées?*

[91] M. Harkat demande, en application du par. 24(1) de la *Charte*, l'exclusion des résumés des conversations interceptées produits en preuve par les ministres. Il soutient que le SCRS a porté atteinte à sa capacité de prendre connaissance de la preuve qui pèse contre lui et d'y répondre lorsque ses agents ont détruit les notes opérationnelles originales et les enregistrements qui ont servi de source pour préparer les résumés. Le juge Noël a jugé que les résumés étaient dignes de foi et a conclu que la destruction des documents opérationnels n'avait pas porté préjudice à M. Harkat. La Cour d'appel fédérale a exprimé son désaccord et plutôt estimé que la destruction des documents en question a porté atteinte à la capacité de M. Harkat de contester la fiabilité et l'exactitude des résumés. À titre de réparation, elle a exclu les résumés des conversations interceptées auxquelles M. Harkat n'avait pas participé.

(1) La destruction des documents à l'origine des résumés a-t-elle entraîné une violation de l'art. 7 de la *Charte*?

[92] Les documents opérationnels originaux du SCRS ont été détruits conformément à la politique interne OPS-217 du Service qui exige la destruction systématique de ce type de documents dès lors que les agents ont mis la dernière touche à leurs rapports finaux et à leurs résumés. Dans *Charkaoui II*, la Cour a conclu que tant la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. 1985, ch. C-23 (« *Loi sur le SCRS* ») que le droit à l'équité procédurale de la personne visée exigent que le SCRS « conserv[e] l'ensemble des renseignements dont il dispose et [...] les divulgu[e] aux ministres ainsi qu'au juge désigné » : par. 62.

[93] En conséquence de l'application de la politique OPS-217, les notes opérationnelles originales et les enregistrements sont des éléments de preuve perdus. Lorsque le ministre perd des éléments de preuve qui auraient dû être communiqués, il est tenu d'expliquer ce qui s'est produit : *R. c. La*,

the judge that the evidence was not destroyed owing to unacceptable negligence, he has failed to meet his disclosure obligations and there has been a breach of s. 7 of the *Charter*: *ibid.*, at para. 20. In the present case, the destruction of operational notes pursuant to policy OPS-217 constitutes unacceptable negligence, within the meaning of *La*. Indeed, no reasonable steps were taken to preserve the evidence: *ibid.*, at para. 21. Quite the contrary. CSIS destroyed the materials in violation of the *CSIS Act*, and, in so doing, compromised “the very function of judicial review”: *Charkaoui II*, at para. 62. Consequently, the ministers failed to meet their disclosure obligations towards Mr. Harkat and breached s. 7 of the *Charter*.

(2) What Is the Appropriate Remedy?

[94] The finding that CSIS operational materials were destroyed through unacceptable negligence does not necessarily mean that the summaries of those materials must be excluded from the evidence. The appropriate remedy for the destruction of materials pursuant to policy OPS-217 must be assessed on a case-by-case basis, and must be tailored to address the prejudicial effect on the named person’s case: *Charkaoui II*, at para. 46.

[95] The summaries of materials destroyed pursuant to policy OPS-217 should only be excluded under s. 24(1) of the *Charter* if their admission “would result in an unfair trial or would otherwise undermine the integrity of the justice system”: *R. v. Bjelland*, 2009 SCC 38, [2009] 2 S.C.R. 651, at para. 3. “[T]he appropriate focus in most cases of late or insufficient disclosure under s. 24(1) is the remediation of prejudice to the accused” and the “safeguarding of the integrity of the justice system”: *ibid.*, at para. 26. Since the exclusion of evidence impedes the truth-seeking function of trials, it should only be resorted to if lesser remedies are inadequate to achieve those two purposes: *ibid.*, at para. 24.

[1997] 2 R.C.S. 680, par. 18-20. S’il est incapable de convaincre le juge que la destruction n’est pas le fruit d’une négligence inacceptable, il n’a pas satisfait à ses obligations en matière de communication et il y a violation de l’art. 7 de la *Charte* : *ibid.*, par. 20. En l’espèce, la destruction des notes opérationnelles conformément à la politique OPS-217 constitue une négligence inacceptable au sens de *La*. En effet, aucune mesure raisonnable n’a été prise pour conserver la preuve : *ibid.*, par. 21. Au contraire, le SCRS a détruit la documentation en contravention de la *Loi sur le SCRS* et, ce faisant, a compromis « la fonction même du contrôle judiciaire » : *Charkaoui II*, par. 62. En conséquence, les ministres n’ont pas satisfait aux obligations en matière de communication dont ils devaient s’acquitter envers M. Harkat et ont violé l’art. 7 de la *Charte*.

(2) Quelle est la réparation appropriée?

[94] La conclusion selon laquelle les documents opérationnels du SCRS ont été détruits par suite d’une négligence inacceptable ne signifie pas nécessairement pour autant que les résumés de ces documents doivent être exclus de la preuve. La réparation qu’il convient d’accorder pour la destruction des documents en application de la politique OPS-217 doit être évaluée au cas par cas et doit être conçue pour remédier à l’effet préjudiciable qu’elle a eu sur la cause de la personne visée : *Charkaoui II*, par. 46.

[95] Les résumés des documents détruits en application de la politique OPS-217 ne devraient être exclus en application du par. 24(1) de la *Charte* que lorsque leur utilisation « rendrait le procès inéquitable ou minerait autrement l’intégrité du système de justice » : *R. c. Bjelland*, 2009 CSC 38, [2009] 2 R.C.S. 651, par. 3. « [D]ans la plupart des cas de communication tardive ou insuffisante, l’analyse fondée sur le par. 24(1) doit être centrée sur la réparation du préjudice causé à l’accusé » et « la sauvegarde de l’intégrité du système de justice » : *ibid.*, par. 26. Puisque l’exclusion d’éléments de preuve entrave la fonction de recherche de la vérité du procès, il ne faut y avoir recours que si les réparations moins drastiques ne conviennent pas pour atteindre ces deux objectifs : *ibid.*, par. 24.

[96] Thus, the question here is whether the exclusion of the summaries is necessary to remedy the prejudice to Mr. Harkat's ability to know and meet the case against him, or to safeguard the integrity of the justice system. In my view, it is not.

[97] The disclosure of the summaries in an abridged version to Mr. Harkat and in an unredacted form to his special advocates was sufficient to prevent significant prejudice to Mr. Harkat's ability to know and meet the case against him. It is true, as the Federal Court of Appeal noted, that the destruction of the originals makes it impossible to ascertain with complete certainty whether the summaries contain errors or inaccuracies: para. 133. "An assessment of prejudice is problematic where, as in this case, the relevant information has been irretrievably lost": *R. v. Bero* (2000), 137 O.A.C. 336, at para. 49. However, the impact of the loss of evidence on trial fairness must be considered "in the context of the rest of the evidence and the position taken by the defence": *R. v. J.G.B.* (2001), 139 O.A.C. 341, at para. 38.

[98] The destruction of the original operational materials did not significantly prejudice Mr. Harkat's ability to know and meet the case against him. As Noël J. noted, reliable summaries of the original materials pertaining to the intercepted conversations were disclosed to Mr. Harkat. Mr. Harkat's position was to deny the very occurrence of most of those conversations rather than to challenge their specifics. And the content of the summaries is corroborated by the overall narrative of Mr. Harkat's life which emerged during the proceedings: 2010 FC 1243, at paras. 66-67.

[99] Moreover, I am satisfied that the admission of the summaries does not undermine the integrity of the justice system. While the destruction of CSIS operational materials was a serious breach of the duty to preserve evidence, it was not carried out for the purpose of deliberately defeating the Minister's

[96] Ainsi, la question à trancher en l'espèce est celle de savoir si l'exclusion des résumés est nécessaire pour remédier à l'atteinte à la capacité de M. Harkat de connaître la preuve qui pèse contre lui et d'y répondre ou pour sauvegarder l'intégrité du système de justice. À mon avis, ce n'est pas le cas.

[97] La communication d'une version caviardée des résumés à M. Harkat et d'une version intégrale à ses avocats spéciaux était suffisante pour empêcher qu'il soit porté atteinte de manière importante à la capacité de M. Harkat de connaître la preuve qui pèse contre lui et d'y répondre. Certes, comme l'a souligné la Cour d'appel fédérale, la destruction des originaux empêche de vérifier avec une certitude absolue si les résumés contiennent des erreurs ou des inexactitudes : par. 133. [TRADUCTION] « L'évaluation du préjudice pose problème lorsque, comme en l'espèce, les renseignements pertinents sont irrémédiablement perdus » : *R. c. Bero* (2000), 137 O.A.C. 336, par. 49. Cependant, l'incidence de la perte d'éléments de preuve sur l'équité du procès doit être examinée [TRADUCTION] « dans le contexte de l'ensemble de la preuve et de la position adoptée par la défense » : *R. c. J.G.B.* (2001), 139 O.A.C. 341, par. 38.

[98] Or, en l'espèce, la destruction des documents opérationnels originaux n'a pas porté atteinte de manière importante à la capacité de M. Harkat de connaître la preuve qui pèse contre lui et d'y répondre. Comme l'a fait remarquer le juge Noël, des résumés fiables des documents originaux relatifs aux conversations interceptées ont été communiqués à M. Harkat. Ce dernier a néanmoins choisi de nier l'existence même de la plupart de ces conversations plutôt que d'en contester les éléments précis. En outre, le contenu des résumés a été corroboré par le récit d'ensemble de la vie de M. Harkat telle qu'elle a été décrite lors des audiences : 2010 CF 1243, par. 66-67.

[99] En outre, je suis convaincue que l'admission en preuve des résumés ne mine pas l'intégrité du système de justice. Même si la destruction des documents opérationnels du SCRS a constitué une violation grave de l'obligation de conserver les éléments de preuve, elle n'a pas été menée pour

obligation to disclose. It must also be recognized that, prior to this Court's holding in *Charkaoui II*, the existence and scope of CSIS's legal obligation to preserve operational materials had not been definitively settled by the courts. It cannot be said that CSIS's application of policy OPS-217 evidenced a systematic disregard for the law. Since the admission of the summaries would neither deny procedural fairness to Mr. Harkat nor undermine the integrity of the justice system, I conclude that Noël J. made no reviewable errors in refusing to exclude the impugned summaries of intercepted conversations.

D. *Did the Ministers Breach Their Duties of Candour and Utmost Good Faith?*

[100] The special advocates argue that duties of candour and utmost good faith required the ministers to make extensive inquiries of foreign intelligence agencies for information and evidence regarding several alleged terrorists with whom they claim that Mr. Harkat had associated. They contend that the ministers failed to discharge these duties. The courts below found that the ministers made reasonable efforts to obtain information sought by the special advocates.

[101] In *Ruby*, this Court recognized that duties of candour and utmost good faith apply when a party relies upon evidence in *ex parte* proceedings: "The evidence presented must be complete and thorough and no relevant information adverse to the interest of that party may be withheld" (para. 27). The Federal Court added, in *Almrei (Re)*, 2009 FC 1263, [2011] 1 F.C.R. 163, at para. 500, that "[t]he duties of utmost good faith and candour imply that the party relying upon the presentation of *ex parte* evidence will conduct a thorough review of the information in its possession and make representations based on all of the information including that which is unfavourable to their case."

délibérément soustraire le ministre à son obligation de communiquer la preuve. Il faut aussi admettre que, avant que la Cour ne se prononce dans *Charkaoui II*, la question de l'existence et de la portée de l'obligation légale du SCRS de conserver ses documents opérationnels n'avait pas été définitivement tranchée par les tribunaux. On ne peut prétendre que l'application de la politique OPS-217 par le SCRS met en évidence un mépris systématique de la loi. Puisque l'admission en preuve des résumés n'a ni privé M. Harkat de l'équité procédurale ni miné l'intégrité du système de justice, je conclus que le juge Noël n'a commis aucune erreur susceptible de révision en refusant d'exclure les résumés de conversations interceptées dont l'admissibilité a été contestée.

D. *Les ministres ont-ils manqué à leurs obligations de franchise et de bonne foi la plus absolue?*

[100] Les avocats spéciaux ont soutenu que leurs obligations de franchise et de bonne foi la plus absolue exigent des ministres qu'ils demandent aux organismes étrangers de renseignement de leur fournir l'ensemble des renseignements et des éléments de preuve relatifs à plusieurs présumés terroristes avec qui, selon eux, M. Harkat a été associé. Ils font valoir que les ministres ne se sont pas acquittés de ces obligations. Pour leur part, les tribunaux d'instances inférieures ont conclu que les ministres avaient fourni des efforts raisonnables pour obtenir les renseignements demandés par les avocats spéciaux.

[101] Dans *Ruby*, la Cour a reconnu que les obligations de franchise et de bonne foi la plus absolue s'appliquent lorsqu'une partie se fonde sur des éléments de preuve durant des procédures *ex parte* : « Elle doit offrir une preuve complète et détaillée, et n'omettre aucune donnée pertinente qui soit défavorable à son intérêt » (par. 27). La Cour fédérale a ajouté, dans *Almrei (Re)*, 2009 CF 1263, [2011] 1 R.C.F. 163, par. 500, que « [l]es obligations de bonne foi la plus absolue et de franchise impliquent que la partie s'appuyant sur une preuve *ex parte* effectuera un examen approfondi des renseignements en sa possession et présentera des observations fondées sur tous les renseignements, y compris ceux qui ne sont pas favorables à sa thèse. »

[102] The duties of candour and utmost good faith require an ongoing effort to update, throughout the proceedings, the information and evidence regarding the named person: see, for example, *Almrei*, 2009 FC 1263, at para. 500. The special advocates argue that, pursuant to these duties, the ministers must send detailed requests to foreign intelligence agencies. In their view, those requests must explain the context of security certificate hearings, the purposes for which the information will be used, and the consequences for the named person if the information is not provided.

[103] The position advocated by the special advocates is tantamount to requiring the ministers to conduct an investigation under the instructions of the special advocates. The ministers have no general obligation to provide disclosure of evidence or information that is beyond their control: *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727, at para. 21; *R. v. Stinchcombe*, [1995] 1 S.C.R. 754, at para. 2. With respect to evidence and information held by foreign intelligence agencies, the ministers' duty is to make reasonable efforts to obtain updates and provide disclosure. What constitutes reasonable efforts will turn on the facts of each case. In the present appeal, I agree with Noël J. that reasonable efforts were made by the ministers: see 2010 FC 1243, Annex "A", at paras. 6-7. The ministers sent letters of request to the relevant foreign intelligence agencies. The outcome of those requests may not have been satisfactory to the special advocates, but this fact alone is not enough to conclude that the efforts made by the ministers were insufficient.

E. *Were the Proceedings Against Mr. Harkat Fair?*

[104] The special advocates ask this Court to find that, even if the statutory scheme is constitutional in the abstract, Mr. Harkat was not afforded a fair process in the case at hand and should be granted a stay of proceedings. They contend that they were

[102] Les obligations de franchise et de bonne foi la plus absolue supposent que la partie qui y est tenue fasse des efforts constants pour mettre à jour les renseignements et la preuve relatifs à la personne visée et ce, tout au long des procédures : voir, à titre d'exemple, *Almrei*, 2009 CF 1263, par. 500. Les avocats spéciaux soutiennent que, compte tenu de ces obligations, les ministres doivent faire parvenir des demandes détaillées aux organismes étrangers de renseignement. À leur avis, ces demandes doivent préciser le contexte des audiences sur les certificats de sécurité, les fins auxquelles les renseignements seront utilisés de même que les conséquences pour la personne visée si ces derniers ne sont pas fournis.

[103] La position que préconisent les avocats spéciaux revient à demander aux ministres de mener une enquête suivant leurs directives. Or, les ministres n'ont aucune obligation générale de communiquer des éléments de preuve ou des renseignements dont ils n'ont pas le contrôle : *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727, par. 21; *R. c. Stinchcombe*, [1995] 1 R.C.S. 754, par. 2. Il leur incombe de faire des efforts raisonnables pour obtenir des mises à jour quant aux éléments de preuve et aux renseignements détenus par les organismes étrangers de renseignement et de les communiquer. Ce qui équivaut à des efforts raisonnables dépendra des faits de chaque cas. Dans le présent pourvoi, je suis d'accord avec le juge Noël qui a estimé que les ministres avaient fait des efforts raisonnables : voir 2010 CF 1243, annexe « A », par. 6-7. Ils ont expédié des demandes écrites, par courrier, aux organismes étrangers de renseignement, à qui il était pertinent de s'adresser. La réponse à ces demandes a bien pu ne pas satisfaire les avocats spéciaux, mais ce fait, en soi, ne suffit pas à conclure que les efforts fournis par les ministres étaient insuffisants.

E. *Les procédures menées contre M. Harkat ont-elles été équitables?*

[104] Les avocats spéciaux demandent à la Cour de conclure que, même si le régime légal est constitutionnel dans l'abstrait, M. Harkat n'a pas eu droit à un processus équitable en l'espèce et devrait obtenir un arrêt des procédures. Ils prétendent

not given sufficient opportunities to test the reliability and accuracy of the summaries of intercepted conversations and the information provided by foreign intelligence agencies, nor to test the credibility of the human sources.

[105] I would not grant a stay of proceedings. As discussed above, Noël J. did not err in admitting the summaries of intercepted conversations or in refusing to allow the cross-examination of human sources. The special advocates also fail to demonstrate any reviewable errors in his conclusions that the foreign intelligence he admitted was reliable and appropriate, or in the probative value that he accorded to that evidence.

[106] A stay of proceedings is a remedy of last resort, to be granted only in the clearest of cases: *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at para. 82; *La*, at para. 23; *Charkaoui II*, at para. 76; *R. v. Babos*, 2014 SCC 16, [2014] 1 S.C.R. 309, at para. 31. The special advocates have failed to demonstrate that Mr. Harkat's security certificate proceedings were an unfair process or that state conduct undermined the integrity of the judicial system. Mr. Harkat is not entitled to a stay of proceedings.

F. *Did the Designated Judge Err in Concluding That the Security Certificate Was Reasonable?*

[107] Having concluded that Mr. Harkat received a fair process, the only remaining issue is whether Noël J. committed any reviewable errors in concluding that the security certificate referred to him by the ministers was reasonable. Mr. Harkat raises a single argument: that the trial judge erred in his weighing of the evidence.

[108] The designated judge's weighing of the factual evidence on the record is entitled to appellate deference and should only be interfered

qu'ils n'ont pas eu suffisamment l'occasion de mettre en doute la fiabilité et l'exactitude des résumés des conversations interceptées et des renseignements fournis par les organismes étrangers de renseignement de même que la crédibilité des sources humaines.

[105] Je suis d'avis de ne pas accorder un arrêt des procédures. Comme je l'ai mentionné précédemment, le juge Noël n'a pas commis d'erreur en admettant en preuve les résumés des conversations interceptées ou en refusant de permettre le contre-interrogatoire des sources humaines. En outre, les avocats spéciaux n'ont pas réussi à établir l'existence d'erreurs susceptibles de révision dans ses conclusions selon lesquelles les renseignements de sécurité provenant de l'étranger qu'il a admis en preuve étaient dignes de foi et utiles, ou en ce qui a trait à la valeur probante qu'il a attribuée à ces éléments de preuve.

[106] L'arrêt des procédures est une réparation de dernier recours, à n'accorder que dans les cas les plus manifestes : *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, par. 82; *La*, par. 23; *Charkaoui II*, par. 76; *R. c. Babos*, 2014 CSC 16, [2014] 1 R.C.S. 309, par. 31. Les avocats spéciaux n'ont pas réussi à démontrer que les procédures relatives au certificat de sécurité visant M. Harkat ont été inéquitables ou que la conduite de l'État a miné l'intégrité du système de justice. M. Harkat n'a pas droit à l'arrêt des procédures.

F. *Le juge désigné a-t-il commis une erreur en concluant que le certificat de sécurité était raisonnable?*

[107] Après avoir conclu que M. Harkat a fait l'objet d'un processus équitable, il ne reste qu'à déterminer si le juge Noël a commis des erreurs susceptibles de révision en concluant que le certificat de sécurité qui a été déposé par les ministres était raisonnable. M. Harkat fait valoir un seul argument : soit que le juge de première instance a mal soupesé la preuve.

[108] Les tribunaux d'appel doivent faire preuve de déférence lorsqu'ils sont appelés à se prononcer sur la mise en balance de la preuve factuelle

with if he committed a palpable and overriding error: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235. Mr. Harkat identifies only one specific instance where the judge, in his view, committed a palpable and overriding error. He contends that Noël J. erred in finding that an individual named Ibn Khattab facilitated terrorist activities, since a judge in another security certificate case found that Ibn Khattab could not be characterized as engaging in or facilitating terrorism: see *Almrei*, 2009 FC 1263. I cannot accept that submission. In the *Almrei* case, the designated judge was careful to qualify his findings on Ibn Khattab as limited to the facts and the record before him. Indeed, he stated that “[t]he weight of the evidence before me in this case favours a finding that he [i.e. Ibn Khattab] was not a terrorist in his own right or a terrorist patron but I accept that there are reasonable grounds to believe the contrary”: para. 457 (emphasis added).

[109] Noël J. was entitled to make his own assessment of whether Ibn Khattab was involved in terrorist activities, based on evidence that he found to be reliable and appropriate. I would not interfere with his assessment. Nor do I find any palpable and overriding error in Noël J.’s weighing of the evidence or in his assessment of Mr. Harkat’s credibility, both of which in his view provided reasonable grounds to establish Mr. Harkat’s inadmissibility.

IV. Conclusion

[110] The *IRPA* scheme does not provide a perfect process. However, it meets the requirements of procedural fairness that are guaranteed by s. 7 of the *Charter*. The discretion granted to designated judges is the crucial ingredient that allows the proceedings to remain fair from beginning to end. Designated judges must ensure that the named person receives sufficient disclosure of the information and evidence to be able to give meaningful instructions to his public counsel and meaningful guidance to his

par le juge désigné et n’intervenir à cet égard que si ce dernier a commis une erreur manifeste et dominante : *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235. Selon les prétentions de M. Harkat, le juge aurait commis une seule erreur de ce type, soit lorsqu’il a conclu qu’un individu nommé Ibn Khattab avait facilité des activités terroristes. Cela serait erroné, selon lui, parce qu’un juge qui s’est prononcé dans une autre cause relative à un certificat de sécurité a conclu qu’Ibn Khattab n’avait pas participé à des activités terroristes ou n’en avait pas facilitées : voir *Almrei*, 2009 CF 1263. Je ne peux pas accepter cet argument. Dans la cause *Almrei*, le juge désigné a pris soin de préciser que ses conclusions relatives à Ibn Khattab étaient fondées exclusivement sur les faits et le dossier portés à sa connaissance. En effet, il a mentionné que « [I]a preuve dont je dispose en l’espèce me porte à conclure qu’il [c.-à-d. Ibn Khattab] n’était pas lui-même un terroriste ou un parrain du terrorisme, mais je reconnais qu’il y a des motifs raisonnables de croire le contraire » : par. 457 (je souligne).

[109] Le juge Noël avait le pouvoir de faire sa propre évaluation quant à l’implication d’Ibn Khattab dans des activités terroristes, en se fondant sur les éléments de preuve qu’il a jugé dignes de foi et utiles. Je suis donc d’avis de ne pas intervenir dans son évaluation. J’estime en outre que le juge Noël n’a commis aucune erreur manifeste et dominante lorsqu’il a soupesé les éléments de preuve ou évalué la crédibilité de M. Harkat, deux éléments qui, à ses yeux, donnaient des motifs raisonnables de conclure à l’interdiction de territoire de M. Harkat.

IV. Conclusion

[110] Le régime établi par la *LIPR* n’instaure pas un processus parfait, mais il répond aux exigences de l’équité procédurale garanties par l’art. 7 de la *Charte*. Le pouvoir discrétionnaire conféré au juge désigné est l’ingrédient primordial qui permet à l’instance de rester équitable du début à la fin. Le juge désigné doit veiller à ce que la personne visée soit suffisamment informée des renseignements et des éléments de preuve pour être en mesure de donner des instructions utiles à ses avocats publics

special advocates, must refuse to admit evidence that is unreliable or whose probative value is outweighed by its prejudicial effects, and must take a liberal approach towards authorizing communications by the special advocates. And in cases where the inherent limitations of the *IRPA* scheme create procedural unfairness, designated judges must exercise their discretion under s. 24(1) of the *Charter* to grant an appropriate remedy.

[111] In the present case, Mr. Harkat benefited from a fair process. The designated judge did not err in refusing to exclude summaries of intercepted conversations and to allow the cross-examination of human sources. In addition, he did not commit a palpable and overriding error in concluding that the record provided reasonable grounds to find that Mr. Harkat was inadmissible on security grounds. Consequently, I would allow the appeal in part and dismiss the cross-appeal. Noël J.'s conclusion that the security certificate was reasonable is reinstated.

[112] At the closed hearing, the ministers requested that they be allowed to review these reasons before they are released to Mr. Harkat and to the public. I would not allow this. The information contained within these reasons has already been publicly disclosed in the reasons of the courts below; it poses no risk to national security.

The following are the reasons delivered by

[113] ABELLA AND CROMWELL JJ. (dissenting in part on the appeal) — An individual who comes forward with information about a potential terrorist threat, often risks his or her life in doing so if his or her identity is disclosed. Offering the possibility of anonymity only if a court subsequently agrees to protect the source's identity, requires the source to choose between risk of personal harm if his identity is not protected, or risk of harm to the public if the information is not disclosed. That is the inevitable

et des indications utiles à ses avocats spéciaux; il doit refuser d'admettre des éléments de preuve qui ne sont pas dignes de foi ou dont les effets préjudiciables l'emportent sur leur valeur probante; enfin, il doit faire preuve de souplesse lorsqu'il s'agit d'autoriser les communications faites par les avocats spéciaux. En outre, dans les cas où les limites inhérentes au régime établi par la *LIPR* sont à l'origine d'une iniquité procédurale, le juge désigné doit exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère le par. 24(1) de la *Charte* pour accorder une réparation appropriée.

[111] En l'espèce, M. Harkat a bénéficié d'un processus équitable. Le juge désigné n'a pas commis d'erreur en refusant d'écarter les résumés de conversations interceptées et d'autoriser le contre-interrogatoire des sources humaines. Il n'a pas non plus commis d'erreur manifeste et dominante en concluant que le dossier fournissait des motifs raisonnables de juger que M. Harkat était interdit de territoire pour raison de sécurité. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en partie et de rejeter le pourvoi incident. La conclusion du juge Noël selon laquelle le certificat de sécurité était raisonnable est rétablie.

[112] Lors de l'audience à huis clos, les ministres ont demandé l'autorisation d'examiner les présents motifs avant qu'ils ne soient communiqués à M. Harkat et au public. Je ne leur en accorderais pas l'autorisation. Les renseignements qui figurent dans les présents motifs ont déjà été rendus publics dans les motifs des juridictions d'instances inférieures; ils ne posent aucun risque pour la sécurité nationale.

Version française des motifs rendus par

[113] LES Juges ABELLA ET CROMWELL (dissidents en partie quant au pourvoi) — La personne qui offre des renseignements au sujet d'une menace terroriste le fait souvent au péril de sa vie si son identité est dévoilée. Lui offrir la possibilité de garder l'anonymat uniquement si un tribunal accepte par la suite de protéger son identité, c'est l'obliger à choisir entre courir le risque de subir un préjudice personnel si son identité n'est pas protégée et risquer de mettre en danger la population en s'abstenant de

result of a case-by-case approach as suggested by the majority. In our view, with respect, this choice is not only an unacceptable one from the point of view of the public's safety, it is unnecessary.

[114] Like Noël J., in our view, CSIS informants who provide national security information based on a promise of confidentiality are entitled to the assurance that the confidentiality will be protected. This can only be guaranteed by a class privilege, as is done in criminal law cases. A case-by-case approach results in a source not knowing the likelihood the promise will be kept until a judge engages in a retrospective assessment as to whether the promise will be kept. This is hardly conducive to encouraging informants to risk their lives by coming forward to offer highly sensitive information in terrorism cases. While we otherwise agree with the reasons of the Chief Justice, therefore, we do not share her view of what protection national security sources are entitled to.

Analysis

[115] Informer privilege has been judicially recognized for more than two centuries and has a dual purpose: protection of a channel of information and the safety of those supplying it (Stanley Schiff, *Evidence in the Litigation Process* (4th ed. 1993), at pp. 1550-56). As Professor Schiff explains:

The rationale of the privilege makes it available in all manner of proceedings, including those before commissions of enquiry and administrative tribunals. *The rationale also makes it available if the informant spoke to a public agency other than the police, so long as the agency has law enforcement authority.* . . . By the same token, the privilege is not available if the public official to whom the informer spoke has no law enforcement authority . . . [Emphasis added; pp. 1551-52.]

divulguer les renseignements. Voilà le résultat que donne inévitablement l'approche au cas par cas proposée par les juges majoritaires. À notre avis, ce choix est non seulement inacceptable du point de vue de la sécurité publique, mais également inutile.

[114] À l'instar du juge Noël, nous estimons que les indicateurs du SCRS qui fournissent des renseignements relatifs à la sécurité nationale après avoir reçu une promesse d'anonymat ont droit à l'assurance que leur identité sera protégée. Seul un privilège générique peut offrir une telle garantie, comme c'est le cas dans le contexte des causes en matière criminelle. Avec une approche au cas par cas, la source ignore la probabilité que la promesse soit tenue jusqu'à ce qu'un juge procède à un examen rétrospectif pour déterminer si elle le sera. Cela ne concourt guère à encourager les indicateurs à risquer leur vie en offrant des renseignements hautement sensibles dans des causes relatives au terrorisme. En conséquence, bien que nous souscrivions par ailleurs aux motifs de la Juge en chef, nous ne partageons pas son avis sur la protection à laquelle ont droit les sources de renseignements touchant la sécurité nationale.

Analyse

[115] Le privilège relatif aux indicateurs est reconnu par la jurisprudence depuis plus de deux siècles et vise un double objectif : la protection d'un canal d'information, d'une part, et la sécurité de ceux qui fournissent les renseignements, d'autre part (Stanley Schiff, *Evidence in the Litigation Process* (4^e éd. 1993), p. 1550-1556). Comme l'explique le professeur Schiff :

[TRADUCTION] Compte tenu de la logique qui sous-tend le privilège, il peut être invoqué dans le cadre de tous les types de procédures, y compris celles qui se déroulent devant des commissions d'enquête et des tribunaux administratifs. *Toujours selon cette logique, un indicateur qui s'adresse à un organisme public autre que la police peut invoquer le privilège, à condition que l'organisme en question soit doté du pouvoir de faire appliquer la loi.* [. . .] Corollairement, si l'indicateur s'adresse à un fonctionnaire qui n'a pas ce pouvoir de faire appliquer la loi, l'indicateur ne peut pas ensuite invoquer le privilège . . . [Italique ajouté; p. 1551-1552.]

[116] It has therefore been applied in settings other than criminal prosecutions, including commissions of inquiry: *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60. Numerous decisions of the Federal Court have applied informer privilege to sources who provided confidential information to a parole board (see *Rice v. National Parole Board* (1985), 16 Admin. L.R. 157 (T.D.), at pp. 167-68; *Wilson v. National Parole Board* (1985), 10 Admin. L.R. 171 (T.D.), at p. 188; *Cadieux v. Director of Mountain Institution*, [1985] 1 F.C. 378 (T.D.), at pp. 397-98). It has also been applied to an informer of a securities regulator: *A. v. Drapeau*, 2012 NBCA 73, 393 N.B.R. (2d) 76.

[117] Wigmore refers to the informer privilege as one relating to

the identity of persons supplying the government with information concerning the commission of crimes. . . .

. . . .

. . . the principle is a large and flexible one. It applies wherever the situation is one where without this encouragement the citizens who have special information of a violation of law might be deterred otherwise from voluntarily reporting it to the appropriate official. [Emphasis deleted.]

(John Henry Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law* (McNaughton rev. 1961), vol. 8, at pp. 761 and 767-68)

[118] This Court has repeatedly held that unlike Crown privilege or privileges based on Wigmore's four-part test, the police informer privilege does not permit a balancing of the benefits of protecting the privileged information against countervailing benefits: *Bisaillon*, at pp. 93-98. This recognizes that the danger to the safety of the informer and to the intelligence-gathering process is considered to be too great to permit the consideration of countervailing factors: *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281, at para. 12; *Named Person v. Vancouver Sun*, [2007] 3

[116] Ce privilège a aussi été appliqué dans d'autres contextes que les poursuites criminelles, dont celui des commissions d'enquête : *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60. De nombreuses décisions de la Cour fédérale ont appliqué le privilège relatif aux indicateurs à des sources qui ont fourni des renseignements confidentiels à une commission des libérations conditionnelles (voir *Rice c. National Parole Board* (1985), 16 Admin. L.R. 157 (1^{re} inst.), p. 167-168; *Wilson c. National Parole Board* (1985), 10 Admin. L.R. 171 (1^{re} inst.), p. 188; *Cadieux c. Directeur de l'établissement Mountain*, [1985] 1 C.F. 378 (1^{re} inst.), p. 397-398). Il a aussi été appliqué à un indicateur auprès d'une commission des valeurs mobilières : *A. c. Drapeau*, 2012 NBCA 73, 393 R.N.-B. (2^e) 76.

[117] Le professeur Wigmore réfère au privilège de l'indicateur en disant qu'il s'agit d'un privilège qui concerne

[TRADUCTION] l'identité de personnes qui fournissent des renseignements au gouvernement concernant la commission de crimes. . .

. . . .

. . . le principe est large et souple. Il s'applique dès lors que, sans cet incitatif, les citoyens qui détiennent des renseignements particuliers concernant la violation d'une loi pourraient autrement être dissuadés de les révéler volontairement aux autorités concernées. [Italique omis.]

(John Henry Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law* (McNaughton rév. 1961), vol. 8, p. 761 et 767-768)

[118] La Cour a conclu à plusieurs reprises que, contrairement au privilège de la Couronne ou aux privilèges qui découlent du test à quatre volets de Wigmore, le privilège relatif aux indicateurs de police ne saurait être assujéti à une mise en balance des avantages découlant de la protection des renseignements confidentiels, d'une part, et des avantages de leur divulgation, d'autre part : *Bisaillon*, p. 93-98. C'est là reconnaître que le danger qui pèse sur la sécurité de l'indicateur et sur le processus de collecte de renseignements est jugé

S.C.R. 253, at paras. 19-22. In *Bisaillon*, this Court stated:

This procedure, designed to implement Crown privilege, is pointless in the case of secrecy regarding a police informer. In this case, the law gives the Minister, and the Court after him, no power of weighing or evaluating various aspects of the public interest which are in conflict, since it has already resolved the conflict itself. It has decided once and for all, subject to the law being changed, that information regarding police informers' identity will be, because of its content, a *class of information which it is in the public interest to keep secret*, and that this interest will prevail over the need to ensure the highest possible standard of justice. [Emphasis added; pp. 97-98.]

[119] In *R. v. Basi*, [2009] 3 S.C.R. 389, at para. 44, this Court went so far as to conclude that allowing counsel to participate in an *in camera* hearing involving a police informant was impermissible, even if they undertook not to disclose any privileged information:

No one outside the circle of privilege may access information over which the privilege has been claimed until a judge has determined that the privilege does not exist or that an exception applies.

[120] The privilege for informers in the context of state officials investigating matters of national security is not a “new” privilege, but a well-established one. The Ontario Court of Appeal has recognized a common law CSIS source privilege: *R. v. Y. (N.)*, 2012 ONCA 745, 113 O.R. (3d) 347. This case involved the transfer of Shaikh, an informant, from CSIS to the RCMP. One issue before the court was whether the informant had at some point become a state agent for the purposes of entrapment and abuse of process analyses. The court accepted that Shaikh had informant status while working with CSIS: see paras. 12 and 120. The court's conclusion that Shaikh was not a state agent was premised in part on the fact that he had not intended to waive the confidentiality

trop important pour autoriser la prise en compte de facteurs opposés : *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281, par. 12; *Personne désignée c. Vancouver Sun*, [2007] 3 R.C.S. 253, par. 19-22. Dans *Bisaillon*, la Cour a affirmé que :

Cette procédure propre à la mise en œuvre du privilège de la Couronne se trouve sans objet dans le cas du secret relatif à l'indicateur de police. Dans ce cas en effet, la loi ne laisse au ministre et au juge après lui aucun pouvoir d'appréciation ou d'évaluation des divers aspects de l'intérêt public qui entrent en conflit puisqu'elle a déjà elle-même tranché ce conflit. Elle a déjà décidé une fois pour toutes, et sous réserve d'un changement apporté à la loi, que les renseignements relatifs à l'identité des indicateurs de police forment, à cause de leur contenu, une *classe de renseignements qu'il est dans l'intérêt public de garder secrets* et que cet intérêt l'emporte sur la nécessité de rendre une justice plus parfaite. [Italique ajouté; p. 97-98.]

[119] Dans *R. c. Basi*, [2009] 3 R.C.S. 389, par. 44, la Cour est allée jusqu'à conclure qu'il ne serait pas acceptable d'autoriser des avocats à participer à une audience tenue à huis clos à laquelle prendrait part un indicateur de police, même s'ils s'engageaient à ne rien divulguer des renseignements protégés :

Nul en dehors du cercle du privilège ne peut accéder aux renseignements à l'égard desquels le privilège est revendiqué tant qu'un juge n'a pas déterminé que le privilège n'existe pas ou qu'une exception s'applique.

[120] Le privilège qui protège les indicateurs dans le contexte d'enquêtes menées par des représentants de l'État quant à des questions de sécurité nationale n'est pas un « nouveau » privilège; il s'agit en fait d'un privilège bien établi. La Cour d'appel de l'Ontario a reconnu l'existence d'un privilège de common law pour les sources du SCRS : *R. c. Y. (N.)*, 2012 ONCA 745, 113 O.R. (3d) 347. Dans cette affaire, il était question du transfert d'un indicateur, M. Shaikh, du SCRS à la GRC. La cour devait notamment décider si l'indicateur était devenu, à un moment donné, un agent de l'État pour les besoins de l'analyse de la provocation policière et de l'abus de procédure. Elle a reconnu que M. Shaikh bénéficiait du statut d'indicateur lorsqu'il travaillait pour le SCRS : voir les par. 12

protections associated with his informant status: paras. 123-25. The court defined a “confidential informant” as a “voluntary source of information to police or security authorities”: para. 122 (emphasis added).

[121] The common law’s protection of informer privilege is based on the common sense recognition that engaging in a case-by-case balancing of interests would frustrate the rationale of informer privilege by discouraging the cooperation of informants. As the U.S. Supreme Court explained in a related context, leaving disclosure to individual judges would cause national security sources to “close up like a clam”: *Central Intelligence Agency v. Sims*, 471 U.S. 159 (1985), at p. 175.

[122] This Court recognized the breadth of the privilege in *Solicitor General of Canada v. Royal Commission of Inquiry into the Confidentiality of Health Records in Ontario*, [1981] 2 S.C.R. 494. The issue was whether RCMP officers could be compelled to disclose to the Commission the identities of individuals who, based on an assurance of confidentiality, gave information to police officials. The Court concluded that the privilege prevented disclosure. The Court held that the immunity from disclosure is “general in scope”, applying not only in criminal proceedings but also in civil proceedings, before commissions of inquiry and in “forensic investigations” generally (pp. 535-36). Writing for the majority, Martland J. emphasized that the rationale which supports the privilege applies with even more cogency in the national security context:

et 120. La conclusion de la cour selon laquelle M. Shaikh n’était pas un agent de l’État reposait en partie sur la prémisse qu’il n’avait pas voulu renoncer aux garanties d’anonymat associées à son statut d’indicateur : par. 123-125. La cour a défini [TRADUCTION] l’« informateur confidentiel » comme étant une « source volontaire de renseignements pour la police ou pour les services de sécurité » : par. 122 (nous soulignons).

[121] La protection accordée par la common law au moyen du privilège de l’indicateur est fondée sur la reconnaissance, selon le gros bon sens, qu’une mise en balance des intérêts au cas par cas minerait la logique qui sous-tend l’existence de ce privilège en décourageant les indicateurs de coopérer. Comme l’a expliqué la Cour suprême des É.-U. dans un contexte de même nature, si les juges devaient décider de l’opportunité ou non de la divulgation de l’identité des sources, celles qui fournissent des informations relatives à la sécurité nationale [TRADUCTION] « se fermentaient comme une huître » : *Central Intelligence Agency c. Sims*, 471 U.S. 159 (1985), p. 175.

[122] Notre Cour a reconnu la portée du privilège dans *Solliciteur général du Canada c. Commission royale d’enquête sur la confidentialité des dossiers de santé en Ontario*, [1981] 2 R.C.S. 494. Il s’agissait de savoir si les agents de la GRC pouvaient être contraints de divulguer à la Commission l’identité des personnes de qui, après leur avoir donné une garantie de confidentialité, ils avaient obtenu des renseignements. La Cour a conclu que le privilège empêchait la divulgation. Elle a statué que l’immunité contre la divulgation est « de portée générale » et qu’elle s’applique non seulement dans le contexte d’instances criminelles, mais aussi en matière civile, devant les commissions d’enquête et lorsqu’il s’agit d’« examen judiciaire » en général (p. 535-536). Au nom des juges majoritaires, le juge Martland a souligné que le fondement qui sous-tend le privilège s’applique d’autant plus lorsqu’il est question de sécurité nationale :

A large number of the instances in which, in the present case, it was sought to obtain from the police the names of their informants concerned police investigation into potential violence against officers of the state, including heads of state. These investigations were admittedly proper police functions. *The rule of law which protects against the disclosure of informants in the police investigation of crime has even greater justification in relation to the protection of national security against violence and terrorism.* [Emphasis added; p. 537.]

[123] Before CSIS was created as an independent agency, the intelligence function it now carries out was performed by the RCMP Security Service: see Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police (the “McDonald Commission”), First Report, *Security and Information* (1979), and Second Report, *Freedom and Security under the Law*, vols. 1 and 2 (1981). The McDonald Commission, which led to the creation of an independent intelligence agency in Canada, was of the view that informer privilege applied to RCMP officers performing intelligence work: see Second Report, vol. 2, at pp. 1162-63. It explained the importance of preserving informant confidentiality as follows:

Security and intelligence activities cannot be carried out effectively without the use of informants. Informants are the main source of information for security and intelligence agencies. Whether the informants are paid or voluntary they invariably provide the information on the basis that their identity will be kept secret and that every effort will be made to ensure that it remains so. Their reasons for wanting their identity to remain secret are myriad and include fear of physical retaliation, harassment or ostracism. Any uncertainty about the ability of agencies to keep sources confidential will result in a “drying up” of such sources.

(First Report, at p. 42)

[124] The mandate of the RCMP Security Service was set out in a cabinet directive of 1975 as being to “discern, monitor, investigate, deter, prevent and

Dans bon nombre de cas où, en l’espèce, on a tenté d’obtenir de la police les noms de ses informateurs, il était question d’une enquête policière sur la possibilité de violence contre des fonctionnaires de l’État, y compris des chefs d’État. On reconnaît que ces enquêtes sont du ressort de la police. *Le principe de droit qui protège contre la divulgation de l’identité des personnes qui fournissent des renseignements dans le cadre d’une enquête policière sur le crime se justifie d’autant plus lorsqu’il s’agit de la protection de la sécurité nationale contre la violence et le terrorisme.* [Italique ajouté; p. 537.]

[123] Avant que le SCRS ne soit créé à titre d’organisme indépendant, la fonction en matière de renseignement dont il s’acquitte maintenant était assumée par le Service de sécurité de la GRC : voir la Commission d’enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada (la « Commission McDonald »), premier rapport, *Sécurité et Information* (1979), et deuxième rapport, *La liberté et la sécurité devant la loi*, vol. 1 et 2 (1981). Selon la Commission McDonald — qui a mené à la création d’un service de renseignement indépendant — le privilège relatif aux indicateurs s’appliquait aux agents de la GRC qui travaillaient dans le renseignement : voir le deuxième rapport, vol. 2, p. 1227-1228. Elle a expliqué comme suit l’importance de préserver l’anonymat des indicateurs :

Les activités liées à la sécurité et aux services de renseignements ne peuvent être menées à bien sans l’aide d’informateurs. Principale source d’information des services de sécurité et de renseignements, les informateurs, qu’ils soient rémunérés ou non, fournissent les renseignements à la condition que leur identité soit tenue secrète et que tout soit mis en œuvre pour qu’elle le demeure. Les raisons qui les poussent à formuler une telle exigence sont innombrables et vont de la crainte des sévices à la peur de se voir harceler et ostraciser. Ces sources de renseignements se tariraient bientôt si les informateurs venaient à douter de l’aptitude des services en question à taire leur identité.

(Premier rapport, p. 42)

[124] Selon le libellé de la directive du Cabinet de 1975 qui en a énoncé le mandat, le Service de sécurité de la GRC était responsable de « décel[er],

counter' persons engaging in subversive or other activity inimical to national security": Parliamentary Research Branch, "The Canadian Security Intelligence Service" (2000), Current Issue Review 84-27E, at p. 4. Those functions are now found in s. 12 of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C. 1985, c. C-23, which states that "[t]he Service shall collect, by investigation or otherwise, to the extent that it is strictly necessary, and analyse and retain information and intelligence respecting activities that may on reasonable grounds be suspected of constituting threats to the security of Canada and, in relation thereto, shall report to and advise the Government of Canada."

[125] As this Court pointed out in *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, [2008] 2 S.C.R. 326 ("*Charkaoui II*"), "the activities of the RCMP and those of CSIS have in some respects been converging": para. 26. There is no doubt that informer privilege applied to RCMP Security Service informants. While it is true that the functions of CSIS and the RCMP are distinct, the rationale for the informer privilege applies equally to the work of both. The transfer of functions from the RCMP Security Service to CSIS should have no bearing on whether the privilege continues to exist. The investigatory and monitoring services CSIS performs are those previously carried out by the RCMP. There has been a statutory transfer, but not a functional one.

[126] The erection of an artificial boundary between them could lead to absurd results. A source who began supplying information to the police regarding a suspected terrorist threat and then later provided information to CSIS would be entitled to the privilege with respect to the former but not the latter interaction, even if the same assurances of privilege had been given by both agencies. This is

surveill[er], décourage[r], préven[ir] et contrecar[r]er les activités de personnes qui se livrent à des activités subversives ou préjudiciables à la sécurité nationale » : Direction de la recherche parlementaire, « Le Service canadien du renseignement de sécurité » (2000), Bulletin d'actualité 84-27F, p. 5. Ces fonctions figurent maintenant à l'art. 12 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. 1985, ch. C-23, qui prévoit que « [l]e Service recueille, au moyen d'enquêtes ou autrement, dans la mesure strictement nécessaire, et analyse et conserve les informations et renseignements sur les activités dont il existe des motifs raisonnables de soupçonner qu'elles constituent des menaces envers la sécurité du Canada; il en fait rapport au gouvernement du Canada et le conseille à cet égard. »

[125] Comme la Cour l'a souligné dans *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2008] 2 R.C.S. 326 (« *Charkaoui II* »), « des convergences se développent entre les activités de la GRC et celles du SCRS » : par. 26. Il ne fait aucun doute que le privilège relatif aux indicateurs s'appliquait aux indicateurs du Service de sécurité de la GRC. S'il est vrai que les fonctions du SCRS et celles de la GRC sont distinctes, le fondement de l'existence du privilège relatif aux indicateurs s'applique tout autant au travail de l'un qu'à celui de l'autre. Le transfert des fonctions du Service de sécurité de la GRC au SCRS ne devrait avoir aucune incidence sur la poursuite ou non de l'existence du privilège. Les fonctions d'enquête et de surveillance dont s'acquitte le SCRS sont celles dont la GRC s'occupait antérieurement. Il y a bien eu un transfert légal de responsabilité, mais pas de changement quant aux fonctions à assumer.

[126] L'édification d'une frontière artificielle entre les deux organismes pourrait mener à des résultats absurdes. Une source qui a commencé à fournir des renseignements à la police relativement à des soupçons quant à une menace terroriste et qui aurait ensuite fourni d'autres renseignements au SCRS serait protégée par le privilège relativement à la première phase de ses échanges avec les autorités, mais

not an abstract problem, given the frequent cooperation between the two agencies.

[127] Two recent cases illustrate the way sources are shared in national security investigations: *R. v. Ahmad*, 2009 CanLII 84776 (Ont. S.C.J.), at paras. 31-34; *Y. (N.)*, at para. 120. *Ahmad* involved information obtained by CSIS and shared with the RCMP, which led to criminal prosecutions for terrorism offences. *Y. (N.)* involved the transfer of a human source from CSIS to the RCMP. In *Ahmad*, Dawson J. made the following observation about the nature of the relationship between CSIS and the RCMP:

... situations will arise where some sharing of information must occur if each organization is to fulfill its mandate. For example, where CSIS comes into possession of information of a real threat to national security, or learns of serious criminal activity, it must notify the RCMP. As Mr. Brooks indicated at para. 15 of his affidavit, CSIS will normally be engaged in the investigation of threats to the security of Canada before the police would have sufficient evidence to commence an investigation on their own. He also points out in his evidence that intelligence gathering investigations are very open ended and wide ranging, with the focus on looking for trends and relationships to help predict emerging or future threats. Such investigations are not oriented towards prosecution. It is the function of the police to react to any information provided by CSIS and to determine how best to proceed from a police perspective. [para. 34]

[128] To argue that it is unjust for the ministers to claim privilege over the identity of CSIS human sources while continuing to rely on the information obtained from them, is to forget the significant distinction between whether the privilege exists and whether the information provided by the human source can be used to establish the reasonableness of the certificate. Where the information has been redacted and anonymized so that the identity of

pas quant à la seconde, et ce, en dépit du fait que les mêmes garanties de privilège lui auraient été données par les deux organismes. Compte tenu de la coopération fréquente entre les deux organismes, il ne s'agit pas d'un problème théorique.

[127] Deux affaires récentes illustrent comment les sources sont partagées dans le contexte des enquêtes sur la sécurité nationale : *R. c. Ahmad*, 2009 CanLII 84776 (C.S.J. Ont.), par. 31-34, et *Y. (N.)*, par. 120. Dans *Ahmad*, des renseignements obtenus par le SCRS avaient été partagés avec la GRC, ce qui a mené à des poursuites criminelles pour des infractions relatives au terrorisme. Dans *Y. (N.)*, une source humaine du SCRS a été transférée à la GRC. Dans *Ahmad*, le juge Dawson a formulé la remarque suivante quant à la nature de la relation entre le SCRS et la GRC :

[TRADUCTION] ... il survient des situations qui nécessitent un partage de renseignements pour que chaque organisation s'acquitte de son mandat. Par exemple, lorsque le SCRS obtient des renseignements selon lesquels il existe une menace réelle à la sécurité nationale, ou lorsqu'il est informé d'une activité criminelle grave, il doit en aviser la GRC. Comme l'a indiqué M. Brooks au par. 15 de son affidavit, le SCRS enquête sur les menaces à la sécurité du Canada avant que la police n'ait suffisamment d'éléments de preuve pour commencer sa propre enquête. Il souligne aussi dans son témoignage écrit que les enquêtes menées pour colliger du renseignement ne visent pas un but précis et ratissent large. En outre, elles mettent l'accent sur la recherche de tendances et de relations afin d'aider à prévoir la survenance de menaces ou les menaces futures. Ces enquêtes ne visent pas le dépôt de poursuite. Il revient à la police de réagir à tout renseignement que lui fournit le SCRS et de déterminer comment agir au mieux du point de vue policier. [par. 34]

[128] Prétendre qu'il est injuste que les ministres revendiquent un privilège relativement à l'identité des sources humaines du SCRS tout en continuant à se fonder sur les renseignements que fournissent ces dernières revient à oublier l'importante différence entre la question de savoir si le privilège existe et celle de savoir si les renseignements fournis par la source humaine peuvent être utilisés pour faire la preuve du caractère raisonnable du certificat. Si

the human source cannot be ascertained, there is no reason that it must always be eliminated from consideration by the designated judge. There is an obvious analogy to the well-settled law that permits confidential informant information to be considered, for example, in an information to obtain a search warrant and in a wiretap authorization: *R. v. Debot*, [1989] 2 S.C.R. 1140; *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421, at p. 1456. In these contexts, the law has developed some protections, but under certain conditions it nonetheless allows the confidential source material to be considered without the cross-examination of the source.

[129] Noël J. found that “the recruitment of human sources would be harmed if the guarantees of confidentiality given by the Service were not upheld by this Court”: 2009 FC 204, at para. 28. He set out some possible safeguards and lines of inquiry that could help ensure that anonymous source material is sufficiently reliable that it could fairly be considered as part of the review of the reasonableness of the certificate: paras. 64-67. In addition, if a reviewing judge were of the view that consideration of confidential source material would result in a review hearing that does not meet the *Charkaoui II* standard, the judge could exclude that information from consideration.

[130] There may also be limited circumstances in which the special advocates could be granted access to the privileged information, namely where it is necessary so that the validity of the claim of privilege can be tested. In a criminal trial, the trial judge can look at privileged information where doing so is necessary to establish that the privilege is properly claimed. In *Vancouver Sun* and in *Basi*, at para. 57, it was held that in certain circumstances an *amicus curiae* may be considered to be part of the “circle of privilege”.

l’information a été caviardée ou anonymisée de manière à ce que l’identité de la source humaine ne puisse pas être établie, rien ne justifie qu’elle soit systématiquement soustraite à l’examen du juge désigné. Il existe une analogie manifeste entre ce principe et le droit bien établi qui permet de prendre en compte les renseignements confidentiels fournis par un indicateur, par exemple, pour obtenir un mandat de perquisition et l’autorisation de faire de l’écoute électronique : *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140; *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421, p. 1456. Le droit a créé des mesures de protection adaptées à ce type de contextes, mais, sous réserve de certaines conditions, il autorise malgré tout la prise en compte de renseignements fournis par une source confidentielle sans que cette dernière puisse être contre-interrogée.

[129] Le juge Noël a conclu que « le recrutement de sources humaines serait compromis si notre Cour ne respectait pas les garanties de confidentialité données par le Service » : 2009 CF 204, par. 28. Il a énuméré certaines mesures de protection potentielles ainsi que certaines questions qui pourraient aider à assurer que les renseignements obtenus de sources confidentielles sont suffisamment dignes de foi pour qu’ils puissent équitablement être pris en compte dans l’examen du caractère raisonnable du certificat : par. 64-67. En outre, si un juge chargé d’un contrôle judiciaire était d’avis que la prise en compte de renseignements fournis par une source confidentielle entraînerait la tenue d’une audience en révision qui ne satisfaisait pas à la norme établie par *Charkaoui II*, il pourrait les écarter et ne pas en tenir compte.

[130] Il pourrait aussi y avoir un certain nombre de circonstances limitées dans lesquelles les avocats spéciaux pourraient avoir accès aux renseignements protégés, notamment lorsque cela s’avère nécessaire pour que la validité de la revendication du privilège soit testée. Durant un procès en matière criminelle, le juge peut prendre connaissance de renseignements protégés lorsque cela s’avère nécessaire pour établir le bien-fondé de la revendication de privilège. Dans *Vancouver Sun* et dans *Basi*, par. 57, la Cour a affirmé que, dans certaines circonstances, un *amicus curiae* peut être désigné pour être membre du « cercle du privilège ».

[131] The special advocates may play a similar role in closed proceedings. While this Court held in *Basi* that it was impermissible for the accused's counsel to view privileged information based on the need to preserve the integrity of the solicitor-client relationship, different considerations apply to special advocates. The special advocate is not in a solicitor-client relationship. Furthermore, he or she is subject to heightened security clearance requirements which reduce the risk that disclosure may pose. As a result, if the designated judge believes that submissions by special advocates could assist in determining whether a privilege claim is valid, they may be entitled to view the privileged information. Submissions based on information identifying the human source should be limited to the validity of the privilege claim and not extend to the reliability of the information.

[132] Nor do we think the privilege is abrogated by statute. The Federal Court of Appeal was of the view that when Parliament enacted the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (“*IRPA*”), it comprehensively legislated the disclosure obligations of the Minister in the security certificate context such that there was no room for importing common law privileges to qualify the disclosure obligations of the Minister. Since ss. 77(2) and 83(1)(c) to (e) of *IRPA* specify that the Minister and judge may not disclose information which is injurious to national security or which puts the safety of any person at risk, recognizing a class privilege would mean that disclosure could be withheld in a case where neither of these two factors was present.

[133] We are unpersuaded that the common law has been ousted by these provisions. In order to abrogate a common law privilege, Parliament must clearly express an intention to do so: see *Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department*

[131] Les avocats spéciaux peuvent jouer un rôle similaire lors d'audiences à huis clos. S'il est vrai que la Cour a conclu dans *Basi* qu'il était interdit pour l'avocat de l'accusé de prendre connaissance des renseignements protégés sur le fondement du besoin de préserver l'intégrité de la relation avocat-client, ce sont d'autres considérations qui prévalent en ce qui a trait aux avocats spéciaux. Ces derniers n'agissent pas dans le cadre d'une relation avocat-client. De plus, ils doivent satisfaire à des exigences accrues en matière d'habilitation de sécurité, ce qui réduit le risque que peut poser la communication des renseignements. En conséquence, si le juge désigné estime que les avocats spéciaux pourraient faire des observations utiles pour juger du bien-fondé de la revendication de privilège, ceux-ci pourraient être autorisés à prendre connaissance des renseignements protégés. Les observations fondées sur des renseignements qui identifient une source humaine devraient porter exclusivement sur la question du bien-fondé de la revendication de privilège et ne pas traiter de la fiabilité des renseignements en question.

[132] Nous ne croyons pas non plus que le privilège a été abrogé par la loi. La Cour d'appel fédérale a exprimé l'opinion que lorsqu'il a adopté la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (« *LIPR* »), le Parlement a légiféré sur toutes les facettes des obligations qui incombent au ministre en matière de divulgation dans le contexte des certificats de sécurité, de sorte qu'il n'y aurait plus lieu d'importer des privilèges de common law pour circonscrire les obligations du ministre en matière de divulgation. Puisque le par. 77(2) et les al. 83(1)c) à e) de la *LIPR* précisent que le ministre et le juge ne peuvent divulguer de renseignements si cela est susceptible de porter atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui, la reconnaissance d'un privilège générique signifierait qu'il pourrait ne pas y avoir de divulgation, même en l'absence de ces deux facteurs.

[133] Nous ne sommes pas convaincus que la common law a été évincée par ces dispositions. Pour abroger un privilège reconnu par la common law, le législateur doit exprimer clairement son intention de le faire : voir *Canada (Commissaire à la protection*

of Health, [2008] 2 S.C.R. 574, at para. 26. *IRPA* makes no reference to informer privilege and, as discussed later in these reasons, does not evince a clear intention to deprive CSIS human sources of its benefit.

[134] *IRPA* also fails to distinguish between what disclosure means in the context of ss. 77(2) and 83(1)(c) to (e) and what it means in the context of disclosing privileged information to the special advocates. Section 77(2) of *IRPA* provides that the Minister must file with the court the information and other evidence on which the security certificate is based. On the other hand, disclosure of information subject to informer privilege raises different considerations. This information will generally not have been provided to the judge under s. 77(2) and so will not form part of the judge's decision on the reasonableness of the issuance of the security certificate. The only provision of *IRPA* which would govern such a scenario is s. 85.2, which sets out the powers of a special advocate, and, in particular, s. 85.2(c), which states that a special advocate may "exercise, with the judge's authorization, any other powers that are necessary to protect the interests of the permanent resident or foreign national". The same analysis applies with respect to ss. 37 and 38 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5. This Court held in *Basi* that where a claim of informer privilege falls under s. 37 of the *Canada Evidence Act*, the usual public interest balancing exercise under s. 37(5) is displaced by the common law privilege: paras. 23-24. Additional protection is therefore provided for national security secrets but without abrogating the underlying common law privileges.

[135] The final question relates to whether an exception to the privilege should apply in the security certificate context. Noël J. was of the view that

de la vie privée) c. *Blood Tribe Department of Health*, [2008] 2 R.C.S. 574, par. 26. La *LIPR* ne fait pas référence au privilège relatif aux indicateurs et, comme nous le verrons ultérieurement dans les présents motifs, elle n'exprime pas une intention claire de priver les sources humaines du SCRS des avantages qu'il procure.

[134] La *LIPR* ne fait pas non plus la distinction entre ce que signifie la divulgation dans le contexte du par. 77(2) et des al. 83(1)c) à e) et ce qu'elle signifie lorsqu'il est question de révéler des renseignements protégés aux avocats spéciaux. Le paragraphe 77(2) de la *LIPR* prévoit que le ministre doit déposer auprès de la cour les renseignements et autres éléments de preuve sur lesquels est fondé un certificat de sécurité. Par ailleurs, la divulgation de renseignements visés par le privilège relatif aux indicateurs soulève d'autres considérations. En règle générale, ces renseignements ne sont pas fournis au juge en application du par. 77(2) et ils ne sont pas pris en compte par le juge lorsqu'il est appelé à décider du caractère raisonnable de la délivrance du certificat de sécurité. L'article 85.2, qui énonce les pouvoirs dévolus à l'avocat spécial et, plus particulièrement, l'al. 85.2c), qui précise que l'avocat spécial peut « exercer, avec l'autorisation du juge, tout autre pouvoir nécessaire à la défense des intérêts du résident permanent ou de l'étranger », est de fait la seule disposition de la *LIPR* qui régirait une telle situation. La même analyse s'applique quant aux art. 37 et 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5. La Cour a statué dans *Basi* que lorsqu'une revendication de privilège de l'indicateur est régie par l'art. 37 de la *Loi sur la preuve au Canada*, l'exercice habituel de mise en balance de l'intérêt public prévu au par. 37(5) est supplanté par le privilège de common law : par. 23-24. Il existe donc une protection supplémentaire pour les secrets relatifs à la sécurité nationale sans pour autant que les privilèges de common law sous-jacents soient abrogés.

[135] La dernière question à trancher est celle de l'opportunité d'appliquer une exception au privilège dans le contexte des certificats de sécurité.

there was a “need to know” exception, analogous to the “innocence at stake” exception to the police informer privilege. This exception means that the privilege can be set aside in cases where maintaining it would undermine the accused’s ability to raise a reasonable doubt. The “need to know” exception would similarly be engaged when abrogating the privilege is necessary to prevent a serious breach of procedural fairness that would impugn the administration of justice. On the facts before him, Noël J. held that the requirements of the “need to know” exception had not been met and therefore denied the special advocates’ request.

[136] In our view, the “need to know” exception outlined by Noël J. is overly broad: 2009 FC 204, at para. 46. We agree with the ministers that this exception is broader than the “innocence at stake” exception because the latter applies only where there is a risk of an unjust outcome, whereas the “need to know” exception applies where there is an unjust procedure. It also appears to overlook the considerable procedural flexibility that is available to the reviewing judge and the particular role of the special advocate.

[137] But given the intensity of the interests at stake in the security certificate context, we acknowledge that it would be appropriate to recognize a limited exception specifically crafted for the security certificate process which would address only disclosure to the special advocate, not to the subject of the proceedings. Identity should be disclosed only if the reviewing judge is satisfied that other measures, including withdrawing the substance of the informant’s evidence from consideration in support of the certificate, are not sufficient to ensure a just outcome. Noël J. ordered generous disclosure of material to the special advocates concerning the credibility of informers

Le juge Noël était d’avis qu’il existait une exception en cas de « besoin de connaître », analogue à l’exception au privilège de l’indicateur de police relative à la « démonstration de l’innocence de l’accusé ». L’existence de cette exception signifie que le privilège peut être écarté dans les cas où son maintien minerait la capacité de l’accusé de soulever un doute raisonnable. De même, l’exception fondée sur le « besoin de connaître » serait applicable lorsqu’il serait nécessaire d’écarter le privilège pour éviter une atteinte sérieuse à l’équité procédurale qui minerait l’administration de la justice. À la lumière des faits portés à sa connaissance, le juge Noël a conclu qu’il n’avait pas été satisfait aux exigences de l’exception fondée sur le « besoin de connaître » et il a donc rejeté la demande des avocats spéciaux.

[136] Selon nous, l’exception fondée sur le « besoin de connaître » décrite par le juge Noël a une portée trop large : 2009 CF 204, par. 46. Comme les ministres, nous estimons que cette exception a une portée plus large que celle relative à la « démonstration de l’innocence de l’accusé ». En effet, cette dernière s’applique seulement lorsqu’il existe un risque que l’issue de l’affaire soit injuste tandis que l’exception fondée sur le « besoin de connaître » s’applique en présence d’une procédure injuste. L’exception telle qu’elle est circonscrite par le juge Noël semble aussi négliger de prendre en compte la souplesse procédurale considérable dont dispose le juge siégeant en révision et le rôle particulier de l’avocat spécial.

[137] Cela dit, compte tenu de l’importance des intérêts en jeu dans le contexte des certificats de sécurité, nous admettons qu’il serait approprié de reconnaître l’existence d’une exception limitée, conçue spécifiquement pour le processus applicable aux certificats de sécurité et dont la portée se limiterait à la divulgation à l’avocat spécial et ne viserait pas le sujet des procédures. L’identité des sources ne devrait être communiquée que si le juge siégeant en révision est convaincu que d’autres mesures, y compris le retrait de l’essentiel du témoignage de l’indicateur des éléments pris en compte au soutien du certificat, ne sont pas suffisantes pour garantir une issue équitable. Le

and the information they supplied. He allowed cross-examination of CSIS witnesses on the value, reliability and usefulness of informer information. In some circumstances, he relied on informer information only where it had been corroborated. If these measures are not considered adequate, the reviewing judge also has discretion under s. 83(1)(h) of *IRPA* to refuse to rely on evidence that he or she does not consider to be reliable and appropriate. Only if resort to these measures would not ensure a just outcome should identity be disclosed.

[138] Even when disclosure of identity is ordered, there should be no cross-examination of the source by the special advocate. Requiring a human source to testify will have a profound chilling effect on the willingness of other sources to come forward, and will undoubtedly damage the relationship between CSIS and the source compelled to testify. CSIS operatives must be able to provide confident assurances to their sources that their identities will not be revealed, not vague assurances hedged with qualifications. Moreover, the human sources themselves, who are not subject to the necessary security clearance, may learn sensitive material in the closed proceedings which CSIS will then be unable to control.

[139] We would therefore allow the ministers' appeal on the informant privilege issue and restore Noël J.'s disposition of this issue.

APPENDIX

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27

33. The facts that constitute inadmissibility under sections 34 to 37 include facts arising from omissions

juge Noël a ordonné une divulgation généreuse de documents aux avocats spéciaux concernant la crédibilité des sources et des renseignements qu'elles ont fournis. Il a autorisé le contre-interrogatoire des témoins du SCRS sur la valeur, la fiabilité et l'utilité des renseignements fournis par les indicateurs. Dans certaines circonstances, il s'est fondé sur ces renseignements uniquement s'ils avaient été corroborés. Si ces mesures ne sont pas jugées adéquates, le juge siégeant en révision dispose aussi du pouvoir discrétionnaire, prévu à l'al. 83(1)(h) de la *LIPR*, de refuser de fonder sa décision sur des éléments de preuve qu'il ne juge pas dignes de foi et utiles. Ce n'est que si le recours à ces mesures ne permettait pas de garantir une issue équitable que l'identité de la source devrait être communiquée.

[138] Même lorsque la communication de l'identité est ordonnée, la source ne devrait pas être contre-interrogée par l'avocat spécial. En effet, exiger qu'une source humaine témoigne refroidirait considérablement la volonté d'autres sources de collaborer avec les autorités et mettrait sans aucun doute à mal la relation entre le SCRS et la source assignée à témoigner. Les agents du SCRS doivent pouvoir donner à leurs sources l'assurance ferme que leur identité ne sera pas révélée et non pas des assurances vagues assorties de conditions. En outre, les sources humaines elles-mêmes, qui ne sont pas assujetties à l'habilitation de sécurité obligatoire, pourraient prendre connaissance d'information sensible durant les procédures à huis clos et le SCRS serait dès lors incapable d'en assurer le contrôle.

[139] Nous sommes donc d'avis d'accueillir le pourvoi des ministres en ce qui a trait à la question du privilège relatif à l'indicateur et de rétablir la décision du juge Noël à cet égard.

ANNEXE

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27

33. Les faits — actes ou omissions — mentionnés aux articles 34 à 37 sont, sauf disposition contraire, appréciés

and, unless otherwise provided, include facts for which there are reasonable grounds to believe that they have occurred, are occurring or may occur.

34. (1) A permanent resident or a foreign national is inadmissible on security grounds for

- (a) engaging in an act of espionage that is against Canada or that is contrary to Canada's interests;
- (b) engaging in or instigating the subversion by force of any government;
- (b.1) engaging in an act of subversion against a democratic government, institution or process as they are understood in Canada;
- (c) engaging in terrorism;
- (d) being a danger to the security of Canada;
- (e) engaging in acts of violence that would or might endanger the lives or safety of persons in Canada; or
- (f) being a member of an organization that there are reasonable grounds to believe engages, has engaged or will engage in acts referred to in paragraph (a), (b), (b.1) or (c).

. . .

77. (1) The Minister and the Minister of Citizenship and Immigration shall sign a certificate stating that a permanent resident or foreign national is inadmissible on grounds of security, violating human or international rights, serious criminality or organized criminality, and shall refer the certificate to the Federal Court.

(2) When the certificate is referred, the Minister shall file with the Court the information and other evidence on which the certificate is based, and a summary of information and other evidence that enables the person who is named in the certificate to be reasonably informed of the case made by the Minister but that does not include anything that, in the Minister's opinion, would be injurious to national security or endanger the safety of any person if disclosed.

(3) Once the certificate is referred, no proceeding under this Act respecting the person who is named in the certificate — other than proceedings relating to sections 82 to 82.3, 112 and 115 — may be commenced or continued until the judge determines whether the certificate is reasonable.

sur la base de motifs raisonnables de croire qu'ils sont survenus, surviennent ou peuvent survenir.

34. (1) Emportent interdiction de territoire pour raison de sécurité les faits suivants :

- a) être l'auteur de tout acte d'espionnage dirigé contre le Canada ou contraire aux intérêts du Canada;
- b) être l'instigateur ou l'auteur d'actes visant au renversement d'un gouvernement par la force;
- b.1) se livrer à la subversion contre toute institution démocratique, au sens où cette expression s'entend au Canada;
- c) se livrer au terrorisme;
- d) constituer un danger pour la sécurité du Canada;
- e) être l'auteur de tout acte de violence susceptible de mettre en danger la vie ou la sécurité d'autrui au Canada;
- f) être membre d'une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle est, a été ou sera l'auteur d'un acte visé aux alinéas a), b), b.1) ou c).

. . .

77. (1) Le ministre et le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration déposent à la Cour fédérale le certificat attestant qu'un résident permanent ou qu'un étranger est interdit de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux, grande criminalité ou criminalité organisée.

(2) Le ministre dépose en même temps que le certificat les renseignements et autres éléments de preuve justifiant ce dernier, ainsi qu'un résumé de la preuve qui permet à la personne visée d'être suffisamment informée de sa thèse et qui ne comporte aucun élément dont la divulgation porterait atteinte, selon le ministre, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui.

(3) Il ne peut être procédé à aucune instance visant la personne au titre de la présente loi tant qu'il n'a pas été statué sur le certificat. Ne sont pas visées les instances relatives aux articles 82 à 82.3, 112 et 115.

78. The judge shall determine whether the certificate is reasonable and shall quash the certificate if he or she determines that it is not.

. . .

80. A certificate that is determined to be reasonable is conclusive proof that the person named in it is inadmissible and is a removal order that is in force without it being necessary to hold or continue an examination or admissibility hearing.

81. The Minister and the Minister of Citizenship and Immigration may issue a warrant for the arrest and detention of a person who is named in a certificate if they have reasonable grounds to believe that the person is a danger to national security or to the safety of any person or is unlikely to appear at a proceeding or for removal.

. . .

83. (1) The following provisions apply to proceedings under any of sections 78 and 82 to 82.2:

(a) the judge shall proceed as informally and expeditiously as the circumstances and considerations of fairness and natural justice permit;

(b) the judge shall appoint a person from the list referred to in subsection 85(1) to act as a special advocate in the proceeding after hearing representations from the permanent resident or foreign national and the Minister and after giving particular consideration and weight to the preferences of the permanent resident or foreign national;

(c) at any time during a proceeding, the judge may, on the judge's own motion — and shall, on each request of the Minister — hear information or other evidence in the absence of the public and of the permanent resident or foreign national and their counsel if, in the judge's opinion, its disclosure could be injurious to national security or endanger the safety of any person;

(d) the judge shall ensure the confidentiality of information and other evidence provided by the Minister if, in the judge's opinion, its disclosure would be injurious to national security or endanger the safety of any person;

78. Le juge décide du caractère raisonnable du certificat et l'annule s'il ne peut conclure qu'il est raisonnable.

. . .

80. Le certificat jugé raisonnable fait foi de l'interdiction de territoire et constitue une mesure de renvoi en vigueur, sans qu'il soit nécessaire de procéder au contrôle ou à l'enquête.

81. Le ministre et le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration peuvent lancer un mandat pour l'arrestation et la mise en détention de la personne visée par le certificat dont ils ont des motifs raisonnables de croire qu'elle constitue un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui ou qu'elle se soustraira vraisemblablement à la procédure ou au renvoi.

. . .

83. (1) Les règles ci-après s'appliquent aux instances visées aux articles 78 et 82 à 82.2 :

a) le juge procède, dans la mesure où les circonstances et les considérations d'équité et de justice naturelle le permettent, sans formalisme et selon la procédure expéditive;

b) il nomme, parmi les personnes figurant sur la liste dressée au titre du paragraphe 85(1), celle qui agira à titre d'avocat spécial dans le cadre de l'instance, après avoir entendu l'intéressé et le ministre et accordé une attention et une importance particulières aux préférences de l'intéressé;

c) il peut d'office tenir une audience à huis clos et en l'absence de l'intéressé et de son conseil — et doit le faire à chaque demande du ministre — si la divulgation des renseignements ou autres éléments de preuve en cause pourrait porter atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui;

d) il lui incombe de garantir la confidentialité des renseignements et autres éléments de preuve que lui fournit le ministre et dont la divulgation porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui;

(e) throughout the proceeding, the judge shall ensure that the permanent resident or foreign national is provided with a summary of information and other evidence that enables them to be reasonably informed of the case made by the Minister in the proceeding but that does not include anything that, in the judge's opinion, would be injurious to national security or endanger the safety of any person if disclosed;

(f) the judge shall ensure the confidentiality of all information or other evidence that is withdrawn by the Minister;

(g) the judge shall provide the permanent resident or foreign national and the Minister with an opportunity to be heard;

(h) the judge may receive into evidence anything that, in the judge's opinion, is reliable and appropriate, even if it is inadmissible in a court of law, and may base a decision on that evidence;

(i) the judge may base a decision on information or other evidence even if a summary of that information or other evidence is not provided to the permanent resident or foreign national; and

(j) the judge shall not base a decision on information or other evidence provided by the Minister, and shall return it to the Minister, if the judge determines that it is not relevant or if the Minister withdraws it.

(1.1) For the purposes of paragraph (1)(h), reliable and appropriate evidence does not include information that is believed on reasonable grounds to have been obtained as a result of the use of torture within the meaning of section 269.1 of the *Criminal Code*, or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment within the meaning of the Convention Against Torture.

85.1 (1) A special advocate's role is to protect the interests of the permanent resident or foreign national in a proceeding under any of sections 78 and 82 to 82.2 when information or other evidence is heard in the absence of the public and of the permanent resident or foreign national and their counsel.

(2) A special advocate may challenge

(a) the Minister's claim that the disclosure of information or other evidence would be injurious to national security or endanger the safety of any person; and

e) il veille tout au long de l'instance à ce que soit fourni à l'intéressé un résumé de la preuve qui ne comporte aucun élément dont la divulgation porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui et qui permet à l'intéressé d'être suffisamment informé de la thèse du ministre à l'égard de l'instance en cause;

f) il lui incombe de garantir la confidentialité des renseignements et autres éléments de preuve que le ministre retire de l'instance;

g) il donne à l'intéressé et au ministre la possibilité d'être entendus;

h) il peut recevoir et admettre en preuve tout élément — même inadmissible en justice — qu'il estime digne de foi et utile et peut fonder sa décision sur celui-ci;

i) il peut fonder sa décision sur des renseignements et autres éléments de preuve même si un résumé de ces derniers n'est pas fourni à l'intéressé;

j) il ne peut fonder sa décision sur les renseignements et autres éléments de preuve que lui fournit le ministre et les remet à celui-ci s'il décide qu'ils ne sont pas pertinents ou si le ministre les retire.

(1.1) Pour l'application de l'alinéa (1)h), sont exclus des éléments de preuve dignes de foi et utiles les renseignements dont il existe des motifs raisonnables de croire qu'ils ont été obtenus par suite du recours à la torture, au sens de l'article 269.1 du *Code criminel*, ou à d'autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, au sens de la Convention contre la torture.

85.1 (1) L'avocat spécial a pour rôle de défendre les intérêts du résident permanent ou de l'étranger lors de toute audience tenue à huis clos et en l'absence de celui-ci et de son conseil dans le cadre de toute instance visée à l'un des articles 78 et 82 à 82.2.

(2) Il peut contester :

a) les affirmations du ministre voulant que la divulgation de renseignements ou autres éléments de preuve porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui;

(b) the relevance, reliability and sufficiency of information or other evidence that is provided by the Minister and is not disclosed to the permanent resident or foreign national and their counsel, and the weight to be given to it.

(3) For greater certainty, the special advocate is not a party to the proceeding and the relationship between the special advocate and the permanent resident or foreign national is not that of solicitor and client.

(4) However, a communication between the permanent resident or foreign national or their counsel and the special advocate that would be subject to solicitor-client privilege if the relationship were one of solicitor and client is deemed to be subject to solicitor-client privilege. For greater certainty, in respect of that communication, the special advocate is not a compellable witness in any proceeding.

85.2 A special advocate may

(a) make oral and written submissions with respect to the information and other evidence that is provided by the Minister and is not disclosed to the permanent resident or foreign national and their counsel;

(b) participate in, and cross-examine witnesses who testify during, any part of the proceeding that is held in the absence of the public and of the permanent resident or foreign national and their counsel; and

(c) exercise, with the judge's authorization, any other powers that are necessary to protect the interests of the permanent resident or foreign national.

. . .

85.4 (1) The Minister shall, within a period set by the judge, provide the special advocate with a copy of all information and other evidence that is provided to the judge but that is not disclosed to the permanent resident or foreign national and their counsel.

(2) After that information or other evidence is received by the special advocate, the special advocate may, during the remainder of the proceeding, communicate with another person about the proceeding only with the judge's authorization and subject to any conditions that the judge considers appropriate.

(3) If the special advocate is authorized to communicate with a person, the judge may prohibit that person from communicating with anyone else about the

b) la pertinence, la fiabilité et la suffisance des renseignements ou autres éléments de preuve fournis par le ministre, mais communiqués ni à l'intéressé ni à son conseil, et l'importance qui devrait leur être accordée.

(3) Il est entendu que l'avocat spécial n'est pas partie à l'instance et que les rapports entre lui et l'intéressé ne sont pas ceux qui existent entre un avocat et son client.

(4) Toutefois, toute communication entre l'intéressé ou son conseil et l'avocat spécial qui serait protégée par le secret professionnel liant l'avocat à son client si ceux-ci avaient de tels rapports est réputée être ainsi protégée, et il est entendu que l'avocat spécial ne peut être contraint à témoigner à l'égard d'une telle communication dans quelque instance que ce soit.

85.2 L'avocat spécial peut :

a) présenter au juge ses observations, oralement ou par écrit, à l'égard des renseignements et autres éléments de preuve fournis par le ministre, mais communiqués ni à l'intéressé ni à son conseil;

b) participer à toute audience tenue à huis clos et en l'absence de l'intéressé et de son conseil, et contre-interroger les témoins;

c) exercer, avec l'autorisation du juge, tout autre pouvoir nécessaire à la défense des intérêts du résident permanent ou de l'étranger.

. . .

85.4 (1) Il incombe au ministre de fournir à l'avocat spécial, dans le délai fixé par le juge, copie de tous les renseignements et autres éléments de preuve qui ont été fournis au juge, mais qui n'ont été communiqués ni à l'intéressé ni à son conseil.

(2) Entre le moment où il reçoit les renseignements et autres éléments de preuve et la fin de l'instance, l'avocat spécial ne peut communiquer avec qui que ce soit au sujet de l'instance si ce n'est avec l'autorisation du juge et aux conditions que celui-ci estime indiquées.

(3) Dans le cas où l'avocat spécial est autorisé à communiquer avec une personne, le juge peut interdire à cette dernière de communiquer avec qui que ce soit d'autre

proceeding during the remainder of the proceeding or may impose conditions with respect to such a communication during that period.

85.5 With the exception of communications authorized by a judge, no person shall

(a) disclose information or other evidence that is disclosed to them under section 85.4 and that is treated as confidential by the judge presiding at the proceeding; or

(b) communicate with another person about the content of any part of a proceeding under any of sections 78 and 82 to 82.2 that is heard in the absence of the public and of the permanent resident or foreign national and their counsel.

Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, as am. by S.C. 2013, c. 9, s. 20

38.06 (1) Unless the judge concludes that the disclosure of the information or facts referred to in subsection 38.02(1) would be injurious to international relations or national defence or national security, the judge may, by order, authorize the disclosure of the information or facts.

(2) If the judge concludes that the disclosure of the information or facts would be injurious to international relations or national defence or national security but that the public interest in disclosure outweighs in importance the public interest in non-disclosure, the judge may by order, after considering both the public interest in disclosure and the form of and conditions to disclosure that are most likely to limit any injury to international relations or national defence or national security resulting from disclosure, authorize the disclosure, subject to any conditions that the judge considers appropriate, of all or part of the information or facts, a summary of the information or a written admission of facts relating to the information.

Appeal allowed in part, ABELLA and CROMWELL JJ. dissenting in part. Cross-appeal dismissed.

Solicitor for the appellants/respondents on cross-appeal: Attorney General of Canada, Toronto and Ottawa.

au sujet de l'instance, et ce jusqu'à la fin de celle-ci, ou assujettir à des conditions toute communication de cette personne à ce sujet, jusqu'à la fin de l'instance.

85.5 Sauf à l'égard des communications autorisées par tout juge, il est interdit à quiconque :

a) de divulguer des renseignements et autres éléments de preuve qui lui sont communiqués au titre de l'article 85.4 et dont la confidentialité est garantie par le juge présidant l'instance;

b) de communiquer avec toute personne relativement au contenu de tout ou partie d'une audience tenue à huis clos et en l'absence de l'intéressé et de son conseil dans le cadre d'une instance visée à l'un des articles 78 et 82 à 82.2.

Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, telle que mod. par L.C. 2013, ch. 9, art. 20

38.06 (1) Le juge peut rendre une ordonnance autorisant la divulgation des renseignements ou des faits visés au paragraphe 38.02(1), sauf s'il conclut qu'elle porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales.

(2) Si le juge conclut que la divulgation des renseignements ou des faits porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales, mais que les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation, il peut par ordonnance, compte tenu des raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation ainsi que de la forme et des conditions de divulgation les plus susceptibles de limiter le préjudice porté aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales, autoriser, sous réserve des conditions qu'il estime indiquées, la divulgation de tout ou partie des renseignements ou des faits, d'un résumé des renseignements ou d'un aveu écrit des faits qui y sont liés.

Pourvoi accueilli en partie, les juges ABELLA et CROMWELL sont dissidents en partie. Pourvoi incident rejeté.

Procureur des appelants/intimés au pourvoi incident : Procureur général du Canada, Toronto et Ottawa.

Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal: Webber Schroeder Goldstein Abergel, Ottawa; Bayne, Sellar, Boxall, Ottawa.

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

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Ruby Shiller Chan Hasan, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Council of Criminal Defence Lawyers: John Norris, Toronto; Poupart, Dadour, Touma & Associés, Montréal.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Kapoor Barristers, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Bar Association: Waldman & Associates, Toronto; Edelmann & Co., Vancouver.

Solicitors for the intervener the Canadian Association of Refugee Lawyers: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitors for the interveners the Canadian Council for Refugees and the International Civil Liberties Monitoring Group: Jackman Nazami & Associates, Toronto; Queen's University, Kingston; Refugee Law Office, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Council on American-Islamic Relations (now known as National Council of Canadian Muslims): Office Khalid Elgazzar, Barrister, Ottawa; Osgoode Law School of York University, Toronto.

Solicitors for the intervener Amnesty International: Community Legal Services Ottawa Centre, Ottawa; Amnesty International Canada, Ottawa.

Procureurs de l'intimé/appelant au pourvoi incident : Webber Schroeder Goldstein Abergel, Ottawa; Bayne, Sellar, Boxall, Ottawa.

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

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Ruby Shiller Chan Hasan, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Conseil canadien des avocats de la défense : John Norris, Toronto; Poupart, Dadour, Touma & Associés, Montréal.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Kapoor Barristers, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association du barreau canadien : Waldman & Associates, Toronto; Edelmann & Co., Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureurs des intervenants le Conseil canadien pour les réfugiés et la Coalition pour la surveillance internationale des libertés civiles : Jackman Nazami & Associates, Toronto; Université Queen's, Kingston; Refugee Law Office, Toronto.

Procureurs de l'intervenant Canadian Council on American-Islamic Relations (maintenant connu sous le nom de Conseil national des musulmans canadiens) : Office Khalid Elgazzar, Barrister, Ottawa; Osgoode Law School of York University, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Amnistie internationale : Clinique juridique communautaire Ottawa Centre, Ottawa; Amnistie internationale Canada, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Breese Davies Law, Toronto; Di Luca Copeland, Toronto.

Solicitors for the Special Advocates: Cavalluzzo Shilton McIntyre Cornish, Toronto; Copeland, Duncan, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Breese Davies Law, Toronto; Di Luca Copeland, Toronto.

Procureurs des avocats spéciaux : Cavalluzzo Shilton McIntyre Cornish, Toronto; Copeland, Duncan, Toronto.

Vlasta Stubicar *Applicant/Applicant
on motion*

v.

**Deputy Prime Minister and Minister
of Public Safety and Emergency
Preparedness** *Respondents/Respondents
on motion*

**INDEXED AS: STUBICAR v. CANADA (PUBLIC SAFETY
AND EMERGENCY PREPAREDNESS)**

2014 SCC 38

File No.: 35368.

2014: May 15.

Present: Rothstein J.

MOTION FOR DIRECTIONS

Courts — Supreme Court of Canada — Application for leave to appeal — Reconsideration — Whether decision of Registrar refusing motion for reconsideration for filing subject to review by judge — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/2002-156, rr. 8(2), 73, 78.

Statutes and Regulations Cited

Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/2002-156, rr. 8(2), 73, 78.

MOTION for directions. Motion dismissed.

Written submissions by *Vlasta Stubicar*, on her own behalf.

Written submissions by *Jacques Mimar*, for the respondents/respondents on motion.

The following is the order delivered by

[1] ROTHSTEIN J. — The issue that arises on this motion is whether the Registrar's refusal to submit a matter to the Court under Rule 73(4) of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/2002-156, is an order of the Registrar subject to review by a judge of the Court under Rule 78.

Vlasta Stubicar *Demanderesse/Requérante
à la requête*

c.

**Vice-premier ministre et Ministre de
la Sécurité publique et de la Protection
civile** *Intimés/Intimés à la requête*

**RÉPERTORIÉ : STUBICAR c. CANADA (SÉCURITÉ
PUBLIQUE ET PROTECTION CIVILE)**

2014 CSC 38

N° du greffe : 35368.

2014 : 15 mai.

Présent : Le juge Rothstein.

REQUÊTE SOLLICITANT DES DIRECTIVES

Tribunaux — Cour suprême du Canada — Demande d'autorisation d'appel — Réexamen — Une décision du registraire refusant pour dépôt une requête en réexamen est-elle susceptible de révision par un juge de la Cour? — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/2002-156, règles 8(2), 73, 78.

Lois et règlements cités

Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/2002-156, règles 8(2), 73, 78.

REQUÊTE sollicitant des directives. Requête rejetée.

Argumentation écrite par *Vlasta Stubicar*, pour son propre compte.

Argumentation écrite par *Jacques Mimar*, pour les intimés/intimés à la requête.

Version française de l'ordonnance rendue par

[1] LE JUGE ROTHSTEIN — La question que soulève la présente requête est de savoir si le refus du registraire de soumettre une question à la Cour en vertu du par. 73(4) des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156, constitue une ordonnance du registraire susceptible de révision par un juge de la Cour en vertu de la règle 78.

[2] Vlasta Stubicar's application for leave to appeal to this Court was dismissed on September 12, 2013, [2013] 3 S.C.R. xi. Following that decision, Ms. Stubicar sought a reconsideration of the decision. Rule 73(1) provides that "[t]here shall be no reconsideration of an application for leave to appeal unless there are exceedingly rare circumstances in the case that warrant consideration by the Court." Pursuant to Rules 73(2) and 73(3)(b), the motion for reconsideration must be filed with the Registrar and must include an affidavit setting out the exceedingly rare circumstances in the case that warrant consideration by the Court and an explanation of why the issue was not previously raised. If the affidavit does not set out the required exceedingly rare circumstances, Rule 73(4) states that the motion "shall not be submitted to the Court". Accordingly, the Registrar will not accept for filing a motion that does not contain an affidavit setting out "exceedingly rare circumstances".

[3] In a letter dated November 20, 2013, the Registrar informed Ms. Stubicar that her reconsideration application would not be accepted for filing because it did not "reveal the exceedingly rare circumstances which would warrant reconsideration by this Court". Ms. Stubicar's motion materials were returned to her.

[4] On December 10, 2013, Ms. Stubicar sought to file a motion to a judge under Rule 78 to review the Registrar's decision. That rule provides that within 20 days after the Registrar makes an order, any party affected by the order may make a motion to a judge to review the order.

[5] On December 19, 2013, the Registrar returned the Rule 78 motion materials on the basis that the initial motion for reconsideration had been reviewed and refused in accordance with Rule 73.

[6] Now, Ms. Stubicar has filed the present motion for directions, in which she is seeking, amongst other things, an order directing the Registrar to accept for filing her Rule 78 motion. She contends that the decision of the Registrar to refuse to accept

[2] La demande d'autorisation d'appel présentée à la Cour par M^{me} Vlasta Stubicar a été rejetée le 12 septembre 2013, [2013] 3 R.C.S. xi. Cette dernière a par la suite sollicité le réexamen de cette décision. Aux termes du par. 73(1) des *Règles*, « [a]ucune demande d'autorisation d'appel ne peut faire l'objet d'un réexamen sauf si des circonstances extrêmement rares le justifient. » Conformément au par. 73(2) et à l'al. 73(3)b), la requête en réexamen doit être déposée auprès du registraire et comporter un affidavit exposant les circonstances extrêmement rares qui justifient le réexamen par la Cour et expliquant les raisons pour lesquelles la question n'a pas été soulevée plus tôt. Si l'affidavit n'expose pas de circonstances extrêmement rares, le par. 73(4) précise que dans de tels cas la requête « ne peut être soumise à la Cour ». En conséquence, le registraire n'accepte pas le dépôt d'une requête qui n'est pas accompagnée d'un affidavit faisant état de « circonstances extrêmement rares ».

[3] Dans une lettre datée du 20 novembre 2013, le registraire a avisé M^{me} Stubicar que sa demande de réexamen ne serait pas acceptée pour dépôt, parce que celle-ci [TRADUCTION] « ne faisait pas état de circonstances extrêmement rares qui justifieraient un réexamen ». Les documents accompagnant la requête de M^{me} Stubicar lui ont été retournés.

[4] Le 10 décembre 2013, M^{me} Stubicar a cherché à déposer, en vertu de la règle 78, une requête demandant la révision de la décision du registraire par un juge. Selon cette disposition, toute partie visée par une ordonnance du registraire peut, dans les 20 jours suivant le prononcé de celle-ci, en demander la révision à un juge par requête.

[5] Le 19 décembre 2013, le registraire a retourné à M^{me} Stubicar les documents relatifs à la requête fondée sur la règle 78, au motif que la requête initiale en réexamen avait été examinée et refusée conformément à la règle 73.

[6] Madame Stubicar a déposé la présente requête sollicitant des directives, dans laquelle elle demande entre autres une ordonnance enjoignant au registraire d'accepter pour dépôt sa requête fondée sur la règle 78. Elle prétend que le refus du registraire

a motion for reconsideration for filing constitutes an order of the Registrar subject to review by a judge under Rule 78. In my view, it does not.

[7] The Registrar has the important function of assisting the Court in managing its docket and it is in that role that the Registrar is acting when making decisions under Rule 73(4). The decision of the Registrar to not accept a motion for reconsideration for filing is a function of the Registrar's authority pursuant to Rule 8(2), which allows the Registrar to refuse a document that does not comply with the *Rules*.

[8] A decision of the Registrar under Rule 73(4) is not an order of the Registrar subject to review by a judge under Rule 78. Reconsideration of an application for leave to appeal will, as Rule 73(1) states, occur in "exceedingly rare circumstances". Rule 73(3)(b) sets forth the stringent requirement that such an application be accompanied by an affidavit setting out the exceedingly rare circumstances and the reason why the issue was not previously raised. In the absence of such an affidavit — i.e. if the circumstances set out in the affidavit are not "exceedingly rare" —, the Registrar shall not submit the application to the Court and it will be refused.

[9] If a decision of the Registrar under Rule 73(4) constituted an order, it would be subject to review by a judge of the Court under Rule 78. While the judge would not be conducting a reconsideration of the application for leave, he or she would nonetheless be occupied with reviewing the Registrar's decision, including whether the motion contains an affidavit setting out exceedingly rare circumstances and an explanation of why the issue was not previously raised. As Rule 73(4) is intended to limit access to the Court where minimum standards are not met, allowing for review of Rule 73(4) decisions of the Registrar would be contrary to the intent of the scheme. Accordingly, a decision of the Registrar

d'accepter le dépôt d'une requête en réexamen constitue une ordonnance du registraire susceptible de révision par un juge en vertu de la règle 78. Je suis d'avis que ce n'est pas le cas.

[7] Le registraire exerce une fonction importante, à savoir aider la Cour à gérer son rôle — le registre des affaires dont elle est saisie —, et c'est dans l'exercice de cette fonction qu'il rend des décisions sur la base du par. 73(4). Le refus du registraire d'accepter le dépôt d'une requête en réexamen est un aspect du pouvoir que lui confère le par. 8(2), disposition qui l'autorise à refuser un document non conforme aux *Règles*.

[8] La décision rendue par le registraire sur le fondement du par. 73(4) n'est pas une ordonnance du registraire susceptible de révision par un juge en vertu de la règle 78. Comme le précise le par. 73(1), une demande d'autorisation d'appel ne peut être réexaminée que dans « des circonstances extrêmement rares ». L'alinéa 73(3)b énonce l'obligation stricte de joindre à une requête de cette nature un affidavit exposant de telles circonstances ainsi que la raison pour laquelle la question n'a pas été soulevée plus tôt. En l'absence d'un affidavit respectant cette exigence — c'est-à-dire si les circonstances exposées dans celui-ci ne sont pas « extrêmement rares » —, le registraire ne peut soumettre la demande à la Cour et la demande sera refusée.

[9] Si les décisions rendues par le registraire sur le fondement du par. 73(4) constituaient des ordonnances, elles seraient alors susceptibles de révision par un juge de la Cour en vertu de la règle 78. Si tel était le cas, le juge ne réexaminerait pas la demande d'autorisation d'appel, mais il réviserait néanmoins la décision du registraire, notamment en vérifiant si la requête comporte un affidavit exposant des circonstances extrêmement rares et expliquant les raisons pour lesquelles la question n'a pas été soulevée plus tôt. Comme le par. 73(4) vise à limiter l'accès à la Cour lorsque certaines normes minimales ne sont pas respectées, le fait d'autoriser la révision des décisions rendues par le registraire en vertu de ce

under Rule 73(4) to not submit an application to the Court is not reviewable by a judge under Rule 78.

[10] The motion for an order directing the Registrar to accept for filing the Rule 78 motion is dismissed.

Order accordingly.

Vlasta Stubicar, on her own behalf.

Solicitor for the respondents/respondents on motion: Attorney General of Canada.

paragraphe irait à l'encontre de l'objet du régime. Par conséquent, lorsque le registraire décide — sur la base du par. 73(4) — de ne pas soumettre une demande à la Cour, une telle décision n'est pas révisable par un juge en vertu de la règle 78.

[10] La requête présentée en vue d'obtenir une ordonnance intimant au registraire d'accepter le dépôt de la requête fondée sur la règle 78 est rejetée.

Ordonnance en conséquence.

Vlasta Stubicar, pour son propre compte.

*Procureur des intimés/intimés à la requête :
Procureur général du Canada.*

John Michael McCormick *Appellant*

v.

**Fasken Martineau DuMoulin
LLP** *Respondent*

and

**Alberta Human Rights Commission,
British Columbia Human Rights Tribunal,
Ernst & Young LLP, KPMG LLP,
Deloitte LLP, PricewaterhouseCoopers LLP,
BDO Canada LLP, Grant Thornton LLP,
Young Bar Association of Montreal,
Ontario Human Rights Commission
and Canadian Human
Rights Commission** *Interveners*

**INDEXED AS: MCCORMICK v. FASKEN MARTINEAU
DUMOULIN LLP**

2014 SCC 39

File No.: 34997.

2013: December 13; 2014: May 22.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA**

Human rights — Discrimination — Employment — Age — Law firm partnership agreement containing provision relating to retirement at age 65 — Equity partner filing complaint with Human Rights Tribunal arguing provision constituting age discrimination in employment — Whether equity partner engaged in “employment relationship” for purposes of Human Rights Code — Whether complaint comes within jurisdiction of Human Rights Tribunal — Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, c. 210, ss. 1, 13, 27.

John Michael McCormick *Appellant*

c.

**Fasken Martineau DuMoulin
S.E.N.C.R.L./s.r.l.** *Intimée*

et

**Alberta Human Rights Commission,
British Columbia Human Rights Tribunal,
Ernst & Young s.r.l./S.E.N.C.R.L.,
KPMG s.r.l./S.E.N.C.R.L.,
Deloitte S.E.N.C.R.L./s.r.l.,
PricewaterhouseCoopers s.r.l., BDO Canada
s.r.l./S.E.N.C.R.L., Grant Thornton LLP,
Association du Jeune Barreau de Montréal,
Commission ontarienne des droits de la
personne et Commission canadienne des
droits de la personne** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : MCCORMICK c. FASKEN MARTINEAU
DUMOULIN S.E.N.C.R.L./S.R.L.**

2014 CSC 39

N° du greffe : 34997.

2013 : 13 décembre; 2014 : 22 mai.

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

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

Droits de la personne — Discrimination — Emploi — Âge — Contrat de société d'un cabinet d'avocats comportant une disposition relative au départ à la retraite à l'âge de 65 ans — Dépôt par un associé participant d'une plainte auprès du Tribunal des droits de la personne au motif que cette disposition constituerait de la discrimination en matière d'emploi fondée sur l'âge — L'associé participant était-il dans une « relation d'emploi » visée par le code des droits de la personne? — La plainte relève-t-elle de la compétence du Tribunal des droits de la personne? — Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, ch. 210, art. 1, 13, 27.

M became an equity partner at his law firm in 1979. An equity partner has an ownership interest in the firm. In the 1980s, the equity partners voted to adopt a provision in their Partnership Agreement that required equity partners to retire as equity partners and divest their ownership shares at the end of the year in which they turned 65. A partner could make individual arrangements to continue working as an employee or as a “regular” partner without an equity stake, but such arrangements are stated in the Agreement to be the exception rather than the rule. In 2009, when he was 64, M brought a complaint to the Human Rights Tribunal arguing that this provision constituted age discrimination in employment, contrary to s. 13(1) of the *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210 (“*Code*”).

The law firm applied to have the complaint dismissed on the grounds that M, as an equity partner, was not in the type of workplace relationship covered by the *Code*. The Tribunal concluded that there was an employment relationship. The law firm’s application for judicial review was dismissed by the B.C. Supreme Court. The Court of Appeal allowed the appeal, concluding that M, as a partner, was not in an employment relationship pursuant to the *Code*.

Held: The appeal should be dismissed.

The *Code* is quasi-constitutional legislation that attracts a generous interpretation to permit the achievement of its broad public purposes. Those purposes include the prevention of arbitrary disadvantage or exclusion based on enumerated grounds, so that individuals deemed to be vulnerable by virtue of a group characteristic can be protected from discrimination. The *Code* achieves those purposes by prohibiting discrimination in specific contexts. One of these contexts is employment.

Deciding who is in an “employment relationship” for purposes of the *Code* means examining how two synergistic aspects function in an employment relationship: control exercised by an employer over working conditions and remuneration, and corresponding dependency on the part of a worker. The test is who is responsible for determining working conditions and financial benefits and to what extent does a worker have an influential

En 1979, M est devenu un associé participant (*equity partner*) au sein du cabinet d’avocats dont il faisait partie. Les associés participants possèdent une part des capitaux propres du cabinet. Dans les années 1980, les associés participants ont voté pour l’inclusion dans leur Contrat de société (*Partnership Agreement*) d’une disposition obligeant les associés de cette catégorie à se retirer à ce titre et à se départir de leur participation financière à la fin de l’année à laquelle ils atteignaient l’âge de 65 ans. Un associé pouvait convenir d’arrangements individuels lui permettant de continuer de travailler à titre d’employé ou d’associé « ordinaire » sans participation financière, mais le contrat précise que de tels arrangements sont l’exception plutôt que la règle. En 2009, alors âgé de 64 ans, M a déposé une plainte devant le Tribunal des droits de la personne (« Tribunal »), affirmant que cette disposition du Contrat de société constituait de la discrimination en matière d’emploi fondée sur l’âge et contrevenait au par. 13(1) du *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, ch. 210 (« *Code* »).

Le cabinet d’avocats a demandé le rejet de la plainte, au motif que, en tant qu’associé participant, M ne se trouvait pas dans une relation d’emploi du type de celles visées par le *Code*. Le Tribunal a conclu qu’il existait une relation d’emploi. La demande de contrôle judiciaire présentée par le cabinet d’avocats a été rejetée par la Cour suprême de la C.-B. La Cour d’appel a accueilli l’appel formé contre cette décision, concluant qu’en tant qu’associé M ne se trouvait pas dans une relation d’emploi visée par le *Code*.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Le *Code* est une loi quasi constitutionnelle, qui commande une interprétation généreuse afin de permettre la réalisation de ses larges objectifs d’intérêt public. Ces objectifs incluent la prévention des désavantages ou exclusions arbitraires fondés sur des motifs énumérés, afin que les personnes réputées vulnérables en raison d’une caractéristique collective puissent être protégées contre la discrimination. Le *Code* réalise ces objectifs en prohibant la discrimination dans certains contextes précis. L’un de ces contextes est l’emploi.

Décider qui se trouve dans une « relation d’emploi » pour les besoins du *Code* consiste essentiellement à examiner comment deux aspects synergiques interagissent dans une relation de travail donnée : le contrôle exercé par un employeur à l’égard des conditions de travail et de la rémunération, et la dépendance correspondante du travailleur. L’analyse consiste à se demander qui est responsable de fixer les conditions de travail et les

say in those determinations? The more the work life of individuals is controlled, the greater their dependency and, consequently, their economic, social and psychological vulnerability in the workplace.

Control and dependency are a function not only of whether the worker receives immediate direction from, or is affected by the decisions of others, but also whether he or she has the ability to influence decisions that critically affect his or her working life. The answers to these questions represent the compass for determining the true nature of the relationship. Ultimately, the key is the degree of control and the extent to which the worker is subject and subordinate to someone else's decision-making over working conditions and remuneration.

Applying the control/dependency test to this case, in addition to the right to participate in the management of the partnership, as an equity partner M benefited from other control mechanisms, including the right to vote for — and stand for election to — the firm's Board; the duty that the other partners owed to him to render accounts; the right not to be subject to discipline or dismissal; the right, on leaving the firm, to his share of the firm's capital account; and the protection that he could only be expelled from the partnership by a special resolution passed by a meeting of all equity partners and a regional resolution in his region.

As an equity partner, and based on his ownership, sharing of profits and losses, and the right to participate in management, M was part of the group that controlled the partnership, not a person vulnerable to its control, and, for over 30 years, benefited financially from the retirement of other partners. In no material way was M structurally or substantively ever in a subordinate relationship with the other equity partners. It is true that the law firm had certain administrative rules to which M was subject, but they did not transform the substance of the relationship into one of subordination or dependency. This is not to say that a partner in a firm can never be an employee under the *Code*, but in the absence of any genuine control of M in the significant decisions affecting the workplace,

avantages pécuniaires, et dans quelle mesure le travailleur exerce une influence sur ces décisions. Plus on exerce de contrôle sur les conditions de travail d'une personne, plus on accroît la dépendance de cette personne et, par voie de conséquence, sa vulnérabilité professionnelle sur les plans économique, social et psychologique.

L'existence d'une situation de contrôle et de dépendance dépend non seulement de la question de savoir si le travailleur reçoit des directives directes de la part d'autrui ou s'il est touché par des décisions prises par autrui, mais également de celle de savoir s'il a la capacité d'influencer les décisions qui ont une incidence sérieuse sur sa vie professionnelle. Les réponses à ces questions représentent les balises à suivre pour déterminer la nature véritable de la relation. En définitive, le facteur clé est le degré de contrôle et la mesure dans laquelle le travailleur est assujéti et subordonné au pouvoir décisionnel de quelqu'un d'autre à l'égard des conditions de travail et de la rémunération.

Selon l'analyse fondée sur les notions de contrôle et de dépendance à la présente affaire, en plus du droit de participer à la gestion de la société, M bénéficiait, en sa qualité d'associé participant, d'autres mesures lui accordant un pouvoir de contrôle au sein de la société, notamment les suivantes : le droit de voter à l'élection des membres du Conseil d'administration du cabinet et de se présenter comme candidat à cette élection; l'obligation faite aux autres associés de lui rendre des comptes; le droit de ne pas faire l'objet de mesures disciplinaires ou d'être renvoyé; le droit à sa part des capitaux propres de la société à son départ de celle-ci; la protection contre l'exclusion de la société autrement qu'en vertu d'une résolution extraordinaire adoptée à une réunion de l'ensemble des associés participants et d'une résolution régionale de sa région.

En tant qu'associé participant, et compte tenu de son intérêt financier dans la société, de sa participation aux bénéfices et aux pertes ainsi que de son droit de prendre part à la gestion, M faisait partie du groupe qui contrôlait la société, non des personnes vulnérables à l'exercice de ce pouvoir de contrôle, et, pendant plus de 30 ans, il a profité financièrement des départs à la retraite d'autres associés. À aucun moment M ne s'est trouvé, sous quelque aspect important que ce soit, structurellement ou concrètement, dans une relation de subordination par rapport aux autres associés participants. Il est vrai que le cabinet d'avocats avait établi certaines règles administratives auxquelles M était assujéti, mais ces règles n'avaient pas pour effet de transformer la substance de la relation et

there was no employment relationship between him and the partnership under the provisions of the *Code*.

The Tribunal therefore had no jurisdiction over M's relationship with the partnership.

Cases Cited

Referred to: *Crane v. British Columbia (Ministry of Health Services) (No. 1)*, 2005 BCHRT 361, 53 C.H.R.R. D/156, rev'd 2007 BCSC 460, 60 C.H.R.R. D/381; *Moore v. British Columbia (Education)*, 2012 SCC 61, [2012] 3 S.C.R. 360; *British Columbia (Workers' Compensation Board) v. Figliola*, 2011 SCC 52, [2011] 3 S.C.R. 422; *Winnipeg School Division No. 1 v. Craton*, [1985] 2 S.C.R. 150; *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114; *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650; *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, [1992] 2 S.C.R. 321; *National Bank of Greece (Canada) v. Katsikonouris*, [1990] 2 S.C.R. 1029; *University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353; *Canadian Pacific Ltd. v. Canada (Human Rights Commission)*, [1991] 1 F.C. 571; *Pannu v. Prestige Cab Ltd.* (1986), 73 A.R. 166; *Yu v. Shell Canada Ltd.*, 2004 BCHRT 28, 49 C.H.R.R. D/56; *Canada (Attorney General) v. Rosin*, [1991] 1 F.C. 391; *Mans v. British Columbia Council of Licensed Practical Nurses* (1990), 14 C.H.R.R. D/221; *International Woodworkers of America v. Atway Transport Inc.*, [1989] OLRB Rep. 540; *Pointe-Claire (City) v. Quebec (Labour Court)*, [1997] 1 S.C.R. 1015; *York Condominium Corp.*, [1977] OLRB Rep. 645; *Clackamas Gastroenterology Associates, P. C. v. Wells*, 538 U.S. 440 (2003); *Backman v. Canada*, 2001 SCC 10, [2001] 1 S.C.R. 367; *Boyd v. Attorney-General for British Columbia* (1917), 54 S.C.R. 532; *Green v. Harnum*, 2007 NLCA 57, 269 Nfld. & P.E.I.R. 97; *Blue Line Hockey Acquisition Co. v. Orca Bay Hockey Ltd. Partnership*, 2008 BCSC 27, 40 B.L.R. (4th) 83, aff'd 2009 BCCA 34, 52 B.L.R. (4th) 108; *Re Davies and Council of the Institute of Chartered Accountants of Saskatchewan* (1985), 19 D.L.R. (4th) 447; *Coal Harbour Properties Partnership v. Liu*, 2004 BCCA 283, 48 B.L.R. (3d) 237; *Largie v. TCBA Watson*

de faire de celle-ci une relation de subordination ou de dépendance. Il ne s'ensuit pas qu'un associé au sein d'un cabinet ne peut jamais être considéré comme un employé visé par le *Code*, mais vu l'absence de véritable contrôle exercé sur M relativement aux décisions importantes touchant le milieu de travail, il n'existait pas entre lui et la société de personnes une relation d'emploi visée par les dispositions du *Code*.

Le Tribunal n'avait donc pas compétence à l'égard de la relation entre M et la société de personnes.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Crane c. British Columbia (Ministry of Health Services) (No. 1)*, 2005 BCHRT 361, 53 C.H.R.R. D/156, inf. par 2007 BCSC 460, 60 C.H.R.R. D/381; *Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2012 CSC 61, [2012] 3 R.C.S. 360; *Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board) c. Figliola*, 2011 CSC 52, [2011] 3 R.C.S. 422; *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114; *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650; *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321; *Banque nationale de Grèce (Canada) c. Katsikonouris*, [1990] 2 R.C.S. 1029; *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353; *Canadien Pacifique Ltée c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1991] 1 C.F. 571; *Pannu c. Prestige Cab Ltd.* (1986), 73 A.R. 166; *Yu c. Shell Canada Ltd.*, 2004 BCHRT 28, 49 C.H.R.R. D/56; *Canada (Procureur général) c. Rosin*, [1991] 1 C.F. 391; *Mans c. British Columbia Council of Licensed Practical Nurses* (1990), 14 C.H.R.R. D/221; *International Woodworkers of America c. Atway Transport Inc.*, [1989] OLRB Rep. 540; *Pointe-Claire (Ville) c. Québec (Tribunal du travail)*, [1997] 1 R.C.S. 1015; *York Condominium Corp.*, [1977] OLRB Rep. 645; *Clackamas Gastroenterology Associates, P. C. c. Wells*, 538 U.S. 440 (2003); *Backman c. Canada*, 2001 CSC 10, [2001] 1 R.C.S. 367; *Boyd c. Attorney-General for British Columbia* (1917), 54 R.C.S. 532; *Green c. Harnum*, 2007 NLCA 57, 269 Nfld. & P.E.I.R. 97; *Blue Line Hockey Acquisition Co. c. Orca Bay Hockey Ltd. Partnership*, 2008 BCSC 27, 40 B.L.R. (4th) 83, conf. par 2009 BCCA 34, 52 B.L.R. (4th) 108; *Re Davies and Council of the Institute of Chartered Accountants of Saskatchewan*

Rice, LLP, 2013 U.S. Dist. LEXIS 117688; *Bowers v. Ophthalmology Group, LLP*, 2012 U.S. Dist. LEXIS 118761, rev'd 733 F.3d 647 (2013); *Kirleis v. Dickie, McCamey & Chilcote, P.C.*, 2009 U.S. Dist. LEXIS 100326; *Equal Employment Opportunity Commission v. Sidley Austin Brown & Wood*, 315 F.3d 696 (2002); *Ellis v. Joseph Ellis & Co.*, [1905] 1 K.B. 324; *Re Thorne and New Brunswick Workmen's Compensation Board* (1962), 33 D.L.R. (2d) 167, aff'd [1962] S.C.R. viii; *Hitchcock v. Sykes* (1914), 49 S.C.R. 403; *Cameron v. Julien* (1957), 9 D.L.R. (2d) 460; *Rochweg v. Truster* (2002), 58 O.R. (3d) 687.

Statutes and Regulations Cited

Administrative Tribunals Act, S.B.C. 2004, c. 45, s. 59.
Age Discrimination Act 2004 (Cth.), No. 68, s. 21.
Anti-Discrimination Act 1977 (N.S.W.), No. 48, ss. 10A, 27A, 49G.
Anti-Discrimination Act 1991 (Qld.), No. 85, ss. 16 to 18.
Disability Discrimination Act 1992 (Cth.), No. 135, s. 18.
Equal Opportunity Act 1984 (S.A.), ss. 33, 55, 70.
Equal Opportunity Act 1984 (W.A.), ss. 14, 40, 66E.
Equal Opportunity Act 2010 (Vic.), No. 16, ss. 30, 31.
Equality Act 2010 (U.K.), 2010, c. 15, s. 44.
Human Rights Act 1993 (N.Z.), 1993, No. 82, s. 36.
Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, c. 210, ss. 1 "employment", "person", 3, 13, 27(1)(a), (c).
Partnership Act, R.S.B.C. 1996, c. 348, ss. 1 "firm", 2 "partnership", 22, 27(e), 28, 31, 104.
Partnership Act 1890 (U.K.), 1890, c. 39.
Sex Discrimination Act 1984 (Cth.), No. 4, s. 17.

Authors Cited

Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed. Toronto: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf updated December 2013, release 48).
 Arthurs, H. W. "The Dependent Contractor: A Study of the Legal Problems of Countervailing Power" (1965), 16 *U.T.L.J.* 89.
 Davidov, Guy. "The Three Axes of Employment Relationships: A Characterization of Workers in Need of Protection" (2002), 52 *U.T.L.J.* 357.
 England, Geoffrey. *Individual Employment Law*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2008.
 Houh, Emily M. S. "Critical Race Realism: Re-Claiming the Antidiscrimination Principle through the Doctrine of Good Faith in Contract Law" (2005), 66 *U. Pitt. L. Rev.* 455.

(1985), 19 D.L.R. (4th) 447; *Coal Harbour Properties Partnership c. Liu*, 2004 BCCA 283, 48 B.L.R. (3d) 237; *Largie c. TCBA Watson Rice, LLP*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 117688; *Bowers c. Ophthalmology Group, LLP*, 2012 U.S. Dist. LEXIS 118761, inf. par 733 F.3d 647 (2013); *Kirleis c. Dickie, McCamey & Chilcote, P.C.*, 2009 U.S. Dist. LEXIS 100326; *Equal Employment Opportunity Commission c. Sidley Austin Brown & Wood*, 315 F.3d 696 (2002); *Ellis c. Joseph Ellis & Co.*, [1905] 1 K.B. 324; *Re Thorne and New Brunswick Workmen's Compensation Board* (1962), 33 D.L.R. (2d) 167, conf. par [1962] R.C.S. viii; *Hitchcock c. Sykes* (1914), 49 R.C.S. 403; *Cameron c. Julien* (1957), 9 D.L.R. (2d) 460; *Rochweg c. Truster* (2002), 58 O.R. (3d) 687.

Lois et règlements cités

Administrative Tribunals Act, S.B.C. 2004, ch. 45, art. 59.
Age Discrimination Act 2004 (Cth.), No. 68, art. 21.
Anti-Discrimination Act 1977 (N.S.W.), No. 48, art. 10A, 27A, 49G.
Anti-Discrimination Act 1991 (Qld.), No. 85, art. 16 à 18.
Disability Discrimination Act 1992 (Cth.), No. 135, art. 18.
Equal Opportunity Act 1984 (S.A.), art. 33, 55, 70.
Equal Opportunity Act 1984 (W.A.), art. 14, 40, 66E.
Equal Opportunity Act 2010 (Vic.), No. 16, art. 30, 31.
Equality Act 2010 (R.-U.), 2010, ch. 15, art. 44.
Human Rights Act 1993 (N.-Z.), 1993, No. 82, art. 36.
Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, ch. 210, art. 1 « employment », « person », 3, 13, 27(1)(a), (c).
Partnership Act, R.S.B.C. 1996, ch. 348, art. 1 « firm », 2 « partnership », 22, 27(e), 28, 31, 104.
Partnership Act 1890 (R.-U.), 1890, ch. 39.
Sex Discrimination Act 1984 (Cth.), No. 4, art. 17.

Doctrine et autres documents cités

Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed. Toronto : Canada Law Book, 1993 (loose-leaf updated December 2013, release 48).
 Arthurs, H. W. « The Dependent Contractor : A Study of the Legal Problems of Countervailing Power » (1965), 16 *U.T.L.J.* 89.
 Davidov, Guy. « The Three Axes of Employment Relationships : A Characterization of Workers in Need of Protection » (2002), 52 *U.T.L.J.* 357.
 England, Geoffrey. *Individual Employment Law*, 2nd ed. Toronto : Irwin Law, 2008.
 Houh, Emily M. S. « Critical Race Realism : Re-Claiming the Antidiscrimination Principle through the Doctrine of Good Faith in Contract Law » (2005), 66 *U. Pitt. L. Rev.* 455.

Lindley & Banks on Partnership, 19th ed., by Roderick I'Anson Banks. London: Sweet & Maxwell, 2010.
 Manitoba. Law Reform Commission. *Good Faith and the Individual Contract of Employment*, Report #107. Winnipeg: The Commission, 2001.
 Manzer, Alison R. *A Practical Guide to Canadian Partnership Law*. Toronto: Canada Law Book, 1994 (loose-leaf updated December 2013, release 20).
 Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.
 VanDuzer, J. Anthony. *The Law of Partnerships and Corporations*, 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2009.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Finch C.J. and Newbury and Levine J.J.A.), 2012 BCCA 313, 352 D.L.R. (4th) 294, [2012] 9 W.W.R. 633, 325 B.C.A.C. 216, 34 B.C.L.R. (5th) 160, 100 C.C.E.L. (3d) 196, [2012] B.C.J. No. 1508 (QL), 2012 CarswellBC 2180, setting aside a decision of Bruce J., 2011 BCSC 713, 335 D.L.R. (4th) 450, 93 C.C.E.L. (3d) 314, 71 C.H.R.R. D/280, [2011] B.C.J. No. 999 (QL), 2011 CarswellBC 1340. Appeal dismissed.

Murray Tevlin and John Chesko, for the appellant.

Irwin G. Nathanson, Q.C., and *Peter Senkpiel*, for the respondent.

Arman Mujahid Chak and Audrey Dean, for the interveners the Alberta Human Rights Commission.

Katherine Hardie, for the intervener the British Columbia Human Rights Tribunal.

Peter H. Griffin and Rory Gillis, for the interveners Ernst & Young LLP, KPMG LLP, Deloitte LLP, PricewaterhouseCoopers LLP, BDO Canada LLP and Grant Thornton LLP.

Written submissions only by *Vincent de l'Étoile* and *Catherine Galardo*, for the intervener the Young Bar Association of Montreal.

Reema Khawja and Anthony D. Griffin, for the intervener the Ontario Human Rights Commission.

Lindley & Banks on Partnership, 19th ed., by Roderick I'Anson Banks. London : Sweet & Maxwell, 2010.
 Manitoba. Commission de réforme du droit. *Good Faith and the Individual Contract of Employment*, Report #107. Winnipeg : La Commission, 2001.
 Manzer, Alison R. *A Practical Guide to Canadian Partnership Law*. Toronto : Canada Law Book, 1994 (loose-leaf updated December 2013, release 20).
 Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.
 VanDuzer, J. Anthony. *The Law of Partnerships and Corporations*, 3rd ed. Toronto : Irwin Law, 2009.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (le juge en chef Finch et les juges Newbury et Levine), 2012 BCCA 313, 352 D.L.R. (4th) 294, [2012] 9 W.W.R. 633, 325 B.C.A.C. 216, 34 B.C.L.R. (5th) 160, 100 C.C.E.L. (3d) 196, [2012] B.C.J. No. 1508 (QL), 2012 CarswellBC 2180, qui a infirmé une décision de la juge Bruce, 2011 BCSC 713, 335 D.L.R. (4th) 450, 93 C.C.E.L. (3d) 314, 71 C.H.R.R. D/280, [2011] B.C.J. No. 999 (QL), 2011 CarswellBC 1340. Pourvoi rejeté.

Murray Tevlin et John Chesko, pour l'appelant.

Irwin G. Nathanson, c.r., et *Peter Senkpiel*, pour l'intimée.

Arman Mujahid Chak et Audrey Dean, pour l'intervenante Alberta Human Rights Commission.

Katherine Hardie, pour l'intervenant British Columbia Human Rights Tribunal.

Peter H. Griffin et Rory Gillis, pour les intervenantes Ernst & Young s.r.l./S.E.N.C.R.L., KPMG s.r.l./S.E.N.C.R.L., Deloitte S.E.N.C.R.L./s.r.l., PricewaterhouseCoopers s.r.l., BDO Canada s.r.l./S.E.N.C.R.L. et Grant Thornton LLP.

Argumentation écrite seulement par *Vincent de l'Étoile* et *Catherine Galardo*, pour l'intervenante l'Association du Jeune Barreau de Montréal.

Reema Khawja et Anthony D. Griffin, pour l'intervenante la Commission ontarienne des droits de la personne.

Philippe Dufresne and Valerie Phillips, for the interveners the Canadian Human Rights Commission.

The judgment of the Court was delivered by

[1] ABELLA J. — John Michael McCormick became an equity partner at Fasken Martineau DuMoulin LLP in 1979. In the 1980s, the equity partners — those partners with an ownership interest in the firm — voted to adopt a provision in their Partnership Agreement whereby equity partners were to retire as equity partners and divest their ownership shares in the partnership at the end of the year in which they turned 65. A partner could make individual arrangements to continue working as an employee or as a “regular” partner without an equity stake, but such arrangements were stated in the Agreement to be “the exception”.

[2] In 2009, when he was 64, Mr. McCormick brought a claim alleging that this provision in the Partnership Agreement constituted age discrimination contrary to s. 13(1) of the British Columbia *Human Rights Code*.¹

[3] Fasken applied to have the claim dismissed on the grounds that the complaint was not within the jurisdiction of the tribunal and that there was no reasonable prospect that the complaint would succeed.² In its view, Mr. McCormick, as an equity partner, was not in the type of workplace relationship covered by the *Code*.

[4] The issue before this Court, therefore, is how to characterize Mr. McCormick’s relationship with his firm in order to determine if it comes within the jurisdiction of the *Code* over employment. That

Philippe Dufresne et Valerie Phillips, pour l’intervenante la Commission canadienne des droits de la personne.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — En 1979, John Michael McCormick est devenu un associé participant (*equity partner*) au sein du cabinet Fasken Martineau DuMoulin S.E.N.C.R.L., s.r.l. (« Fasken Martineau »). Dans les années 1980, les associés participants — c’est-à-dire les associés possédant une participation financière dans le cabinet — ont voté pour l’inclusion dans leur Contrat de société (*Partnership Agreement*) d’une disposition obligeant les associés de cette catégorie à se retirer à ce titre et à se départir de leur participation financière à la fin de l’année à laquelle ils atteignaient l’âge de 65 ans. Un associé pouvait convenir d’arrangements individuels lui permettant de continuer de travailler à titre d’employé ou d’associé [TRADUCTION] « ordinaire » sans participation financière, mais le contrat précisait que de tels arrangements étaient « l’exception ».

[2] En 2009, alors âgé de 64 ans, M. McCormick a déposé une plainte dans laquelle il plaidait que cette disposition du Contrat de société constituait de la discrimination fondée sur l’âge et contrevenait au par. 13(1) du *Human Rights Code* (« *Code* ») de la Colombie-Britannique¹.

[3] Fasken Martineau a demandé le rejet de la plainte, au motif que celle-ci ne relevait pas de la compétence du tribunal administratif et qu’il n’y avait aucune possibilité raisonnable qu’elle soit accueillie². De l’avis de Fasken Martineau, en tant qu’associé participant M. McCormick ne se trouvait pas dans une relation d’emploi du type de celles visées par le *Code*.

[4] La question en litige devant notre Cour consiste donc à qualifier la relation entre M. McCormick et son cabinet, afin de décider si cette relation relève du champ d’application du *Code* en matière d’emploi.

¹ R.S.B.C. 1996, c. 210.

² *Human Rights Code*, s. 27(1)(a) and (c).

¹ R.S.B.C. 1996, ch. 210.

² *Human Rights Code*, al. 27(1)(a) et (c).

requires us to examine the essential character of the relationship and the extent to which it is a dependent one.

[5] At the time this complaint was brought, Fasken had 650 lawyers worldwide, of whom 260 were equity partners. There were about 60 equity partners in Fasken's Vancouver office. Responsibility for the day-to-day running of the partnership is delegated through the Partnership Agreement to the Partnership Board, consisting of 13 equity partners, including three from the British Columbia region, elected to three-year terms by the equity partners. Before the creation of the Board, this responsibility had been given to the "Executive Committee". In 1998-1999, Mr. McCormick served for a year on that committee.

[6] The Board determines the compensation criteria for equity partners.³ The compensation criteria in place at the relevant time included the quality of the legal work, teamwork, generation of profitable business from new and existing clients, profitable maintenance of existing clients, contribution to the firm's image, reputation and seniority, profitable personal production, businesslike personal practice management, contribution to firm activities, ancillary income generated for the firm, and peer review. A regional compensation committee, comprised of equity partners, allocates the firm's profits to the equity partners in the region based on these criteria. There is a limited right of appeal back to the committee based on information not available at the time the initial allocation was made.

[7] The Board appoints and gives direction to the firm's managing partner, who is responsible for the overall management of the firm and who is accountable to the Board. The duties of the managing partner include "managing and structuring

Cette question nous oblige à nous interroger sur l'essence de la relation et sur la mesure dans laquelle il s'agit d'une relation de dépendance.

[5] À l'époque où la plainte a été déposée, Fasken Martineau comptait 650 avocats à travers le monde, dont 260 étaient des associés participants. Il y avait environ 60 associés de cette catégorie au bureau du cabinet à Vancouver. Aux termes du Contrat de société, la responsabilité à l'égard de la gestion quotidienne de la firme est déléguée au Conseil d'administration, lequel est constitué de 13 associés participants — dont trois de la région de la Colombie-Britannique — élus pour des mandats de trois ans par les associés participants. Avant la création du Conseil d'administration, cette responsabilité avait été confiée au « Comité exécutif ». En 1998-1999, M. McCormick a siégé pendant un an à ce comité.

[6] Le Conseil d'administration établit les critères de rémunération des associés participants³. Les critères qui étaient appliqués durant la période pertinente incluaient les suivants : qualité des services juridiques; travail d'équipe; obtention de mandats rentables de clients nouveaux et existants; maintien de la clientèle existante et de la rentabilité des services qui lui sont offerts; contribution à l'image du cabinet; réputation, expérience et expertise; rentabilité personnelle; gestion méthodique de la pratique personnelle; contribution aux activités du cabinet; revenus secondaires produits pour le cabinet; évaluation par les pairs. Un comité régional de la rémunération, composé d'associés participants, distribue les profits réalisés par le cabinet aux associés participants de la région concernée en fonction de ces critères. Il existe un droit d'appel limité au comité sur la base de renseignements qui n'étaient pas disponibles à l'époque où la distribution initiale a été faite.

[7] Le Conseil d'administration nomme et dirige l'associé directeur, qui est responsable de la gestion globale du cabinet et qui est comptable devant le Conseil d'administration. Les fonctions de l'associé directeur comprennent [TRADUCTION] « la gestion et

³ Partnership Agreement, ss. 7.1(b) and 7.4(a).

³ Contrat de société, al. 7.1(b) et 7.4(a).

the human resources of the Firm, including Partners, associates and staff” and “delegat[ing] specific functions, responsibilities, authorities and accountabilities to Regional Managing Partners, committees, task forces, individual Partners or associates, as appropriate, and supervis[ing] the execution of those tasks”.⁴ Within the firm, all management and support staff report directly or indirectly to a chief operating officer.⁵ The chief operating officer reports through the firm’s managing partner to the Board.⁶

[8] All written opinions given to a client are the opinion of the firm, and must be reviewed and approved by a partner other than the partner who prepared it. The firm appoints a “client manager” for each client, who may not be the lawyer who brought the client to the firm. Each matter the firm handles for a client is overseen by a “file manager”, who is responsible for ensuring that the matter is efficiently and properly dealt with. The client manager monitors the performance of the file manager for each matter. All content produced by lawyers, including equity partners, becomes the property of the firm. Any income earned by a partner that relates in any manner to the practice of law is deemed to be property of the firm.⁷ Partners are prohibited from entering into financial arrangements or contracts in the name of the firm without the authorization of the firm’s managing partner, Board Chair, regional managing partner or two members of the Board.⁸

[9] A vote of the equity partnership as a whole is required for such matters as an amendment to the Partnership Agreement, the admission of a new equity partner, the expulsion of an equity partner, the dissolution of the firm, the removal of the managing

la structuration des ressources humaines du cabinet, y compris les associés, les avocats et le personnel » et « la délégation de fonctions, d’obligations de rendre compte, de responsabilités et de pouvoirs particuliers à des associés directeurs régionaux, comités, groupes de travail, associés ou avocats, selon le cas, et la supervision de l’exécution de ces tâches »⁴. Tout le personnel de gestion et de soutien du cabinet relève directement ou indirectement d’un chef des opérations⁵. Le chef des opérations relève du Conseil, par l’intermédiaire de l’associé directeur⁶.

[8] Tout avis écrit donné à un client constitue un avis du cabinet et doit être examiné et approuvé par un associé différent de celui qui l’a rédigé. Le cabinet nomme, pour chaque client, un « gestionnaire-client » qui n’est pas nécessairement l’avocat qui a amené ce client à recourir aux services du cabinet. Chaque mandat est supervisé par un « gestionnaire-dossier » chargé de veiller à ce que le mandat soit traité de façon compétente et efficiente. Le gestionnaire-client surveille le rendement du gestionnaire-dossier relativement à chaque mandat. Tous les travaux produits par les avocats, y compris par les associés participants, deviennent la propriété du cabinet. Tout revenu gagné par un associé participant et se rapportant de quelque manière que ce soit à la pratique du droit est réputé être la propriété du cabinet⁷. Il est interdit aux associés participants de conclure des arrangements financiers ou des contrats au nom du cabinet sans l’autorisation de l’associé directeur, du président du Conseil d’administration, de l’associé directeur régional ou de deux membres du Conseil d’administration⁸.

[9] Un vote de l’ensemble des associés participants est nécessaire à l’égard de questions comme la modification du Contrat de société, l’admission d’un nouvel associé participant, l’expulsion d’un associé participant, la dissolution du cabinet, la

4 Partnership Agreement, s. 5.3(b) and (g).

5 Partnership Agreement, s. 5.6.

6 Partnership Agreement, s. 5.6.

7 Partnership Agreement, s. 8.4.

8 Partnership Agreement, s. 3.7.

4 Contrat de société, al. 5.3(b) et (g).

5 Contrat de société, art. 5.6.

6 Contrat de société, art. 5.6.

7 Contrat de société, art. 8.4.

8 Contrat de société, art. 3.7.

partner, the opening of a new office, as well as the approval of certain significant expenses or debts.⁹

[10] An equity partner also has a capital account with the firm, which is paid out when he or she leaves the firm.¹⁰ The aggregate of the partners' capital accounts represents the funding of the partnership. Partners are liable for the debts of the partnership to the extent that they are not covered by insurance or which the Board elects to treat as an expense, and as limited by s. 104 of the *Partnership Act*.¹¹ If the partnership is dissolved, partners are entitled to receive a share of the assets remaining after all of the partnership's debts and obligations are satisfied.

[11] An equity partner like Mr. McCormick has an ownership interest in the firm. The terms of the Partnership Agreement require that equity partners divest their ownership shares in the partnership at the end of the year in which they turn 65. All equity partners are subject to this time limit on their ownership interests in the firm. A partner may make individual arrangements to continue working as an employee or as a "regular" partner without an equity stake, but such arrangements are stated in the Agreement to be "the exception rather than the rule".¹²

[12] Mr. McCormick brought a complaint to the British Columbia Human Rights Tribunal, arguing that this provision of the Partnership Agreement constituted age discrimination in employment, contrary to s. 13(1) of the *Code*. Fasken brought an application to dismiss Mr. McCormick's claim on the grounds that the Tribunal did not have jurisdiction over the claim because Fasken was not in an employment relationship with Mr. McCormick.

destitution de l'associé directeur, l'ouverture d'un nouveau bureau et l'approbation de certaines charges ou dettes importantes⁹.

[10] En outre, un associé participant possède un compte de capital dans le cabinet, dont le solde lui est versé lorsqu'il quitte la société¹⁰. L'ensemble des comptes de capital des associés représente la capitalisation de la société. Les associés sont responsables des dettes de la société qui ne sont pas couvertes par une assurance ou que le Conseil d'administration choisit de considérer comme des charges, et ce, selon les limites prévues à l'art. 104 de la *Partnership Act*¹¹. En cas de dissolution de la société, les associés participants ont droit à une part du solde de l'actif une fois réglées l'ensemble des dettes et obligations de la société.

[11] Un associé participant comme M. McCormick possède une part des capitaux propres du cabinet. Aux termes du Contrat de société, les associés participants doivent se départir de leur part dans la société à la fin de l'année où ils ont atteint l'âge de 65 ans. Tous les associés participants sont assujettis à cette limite temporelle imposée à l'égard de leur participation financière dans le cabinet. Un associé peut convenir d'arrangements individuels lui permettant de continuer de travailler à titre d'employé ou d'associé [TRADUCTION] « ordinaire » sans participation financière, mais le contrat précise que de tels arrangements constituent « l'exception plutôt que la règle »¹².

[12] Monsieur McCormick a déposé une plainte devant le British Columbia Human Rights Tribunal (« Tribunal »), affirmant que cette disposition du Contrat de société constituait de la discrimination en matière d'emploi fondée sur l'âge et contrevenait au par. 13(1) du *Code*. Fasken Martineau a demandé le rejet de la plainte de M. McCormick, plaidant que le Tribunal n'avait pas compétence à l'égard de la plainte, puisqu'il n'existait pas de relation d'emploi entre le cabinet et M. McCormick.

⁹ Partnership Agreement, ss. 3.3 and 3.4.

¹⁰ Partnership Agreement, s. 9.5.

¹¹ R.S.B.C. 1996, c. 348.

¹² Partnership Agreement, s. 9.2.

⁹ Contrat de société, art. 3.3 et 3.4.

¹⁰ Contrat de société, art. 9.5.

¹¹ R.S.B.C. 1996, ch. 348.

¹² Contrat de société, art. 9.2.

[13] In assessing whether Mr. McCormick was in an employment relationship with the firm, the Tribunal relied on the factors it had developed in *Crane v. British Columbia (Ministry of Health Services) (No. 1)* (2005), 53 C.H.R.R. D/156, rev'd on other grounds (2007), 60 C.H.R.R. D/381 (B.C.S.C.): utilization, control, financial burden, and remedial purpose. Under the first factor, the Tribunal found that Fasken "utilized" Mr. McCormick to provide legal services to the firm's clients and to generate intellectual property. Under the second, the Tribunal found that Fasken exercised control over Mr. McCormick through the direction given by managing partners and client and file managers. With respect to remuneration, the Tribunal found that despite the fact that the partnership involves sharing profits rather than paying fixed wages, the firm nevertheless had the burden of determining and paying Mr. McCormick's compensation. Finally, the Tribunal concluded that allegations that Fasken treated Mr. McCormick differently because of his age engaged the broad remedial purposes of the *Code*. It concluded that there was therefore an employment relationship and dismissed Fasken's application. Fasken's application for judicial review was dismissed by the B.C. Supreme Court.

[14] The B.C. Court of Appeal allowed Fasken's appeal, concluding that Mr. McCormick, as a partner, was not in an employment relationship pursuant to the *Code*. It held that because a partnership is not, in law, a separate legal entity from its partners, it is a legal impossibility for a partner ever to be "employed" by a partnership of which he or she is a member.

[15] For the reasons that follow, I agree with the Court of Appeal that the Tribunal's decision was incorrect and that the Tribunal had no jurisdiction over Mr. McCormick's relationship with the firm,

[13] Dans son analyse de la question de savoir s'il existait une relation d'emploi entre M. McCormick et le cabinet, le Tribunal s'est appuyé sur les facteurs qu'il avait élaborés dans *Crane c. British Columbia (Ministry of Health Services) (No. 1)* (2005), 53 C.H.R.R. D/156, inf. pour d'autres motifs (2007), 60 C.H.R.R. D/381 (C.S.C.-B.) : l'utilisation, le contrôle, le fardeau financier et l'objectif de réparation. Eu égard au premier facteur, le Tribunal a conclu que Fasken Martineau avait « utilisé » M. McCormick pour fournir des services juridiques aux clients du cabinet et créer de la propriété intellectuelle. Quant au deuxième facteur, le Tribunal a jugé que Fasken Martineau avait exercé un pouvoir de contrôle sur M. McCormick par les directives que lui donnaient les associés directeurs ainsi que les gestionnaires-clients et les gestionnaires-dossiers. Pour ce qui est de la rémunération, le Tribunal a considéré que, bien que le régime des sociétés de personnes implique le partage de bénéfices plutôt que le paiement d'un salaire fixe, le cabinet avait néanmoins le fardeau de déterminer et de payer la rémunération de M. McCormick. Enfin, le Tribunal a estimé que les allégations selon lesquelles Fasken Martineau avait traité M. McCormick différemment en raison de son âge faisaient entrer en jeu les larges objectifs réparateurs du *Code*. Le Tribunal a conclu qu'il existait par conséquent une relation d'emploi et il a refusé de faire droit à la demande de Fasken Martineau. La demande de contrôle judiciaire présentée par le cabinet a été rejetée par Cour suprême de la Colombie-Britannique.

[14] La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a accueilli l'appel de Fasken Martineau, concluant qu'en tant qu'associé participant M. McCormick ne se trouvait pas dans une relation d'emploi visée par le *Code*. La Cour d'appel a jugé que, comme une société de personnes ne constitue pas en droit une entité distincte de ses associés, il est juridiquement impossible qu'un associé puisse jamais être « employé » par une société de personnes dont il est membre.

[15] Pour les motifs qui suivent, à l'instar de la Cour d'appel, je suis d'avis que la décision du Tribunal était erronée et que ce dernier n'avait pas compétence à l'égard de la relation qui existait entre

but do not accept that a partner can never be an employee for purposes of the *Code*. The key is the degree of control and dependency.

Analysis

[16] In the prior proceedings, the parties did not dispute that the standard of review was correctness. Since the issue does not deal with a finding of fact or the exercise of the Tribunal's discretion, under s. 59 of the *B.C. Administrative Tribunals Act*¹³ a correctness standard is mandated: *Moore v. British Columbia (Education)*, [2012] 3 S.C.R. 360, at paras. 55-57; *British Columbia (Workers' Compensation Board) v. Figliola*, [2011] 3 S.C.R. 422, at paras. 18-20.

[17] The *Code* is quasi-constitutional legislation that attracts a generous interpretation to permit the achievement of its broad public purposes: *Winnipeg School Division No. 1 v. Craton*, [1985] 2 S.C.R. 150; *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536, at p. 547, per McIntyre J.; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114, at pp. 1133-36; *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, [2007] 1 S.C.R. 650.

[18] Those purposes include the prevention of arbitrary disadvantage or exclusion based on enumerated grounds, so that individuals deemed to be vulnerable by virtue of a group characteristic can be protected from discrimination.

[19] The *Code* achieves those purposes by prohibiting discrimination in specific contexts. One of those contexts is "employment". The definition of employment must be approached consistently with the generous, aspirational purposes set out in s. 3

M. McCormick et le cabinet; je ne puis toutefois accepter la conclusion voulant qu'un associé ne puisse jamais être un employé relevant du champ d'application du *Code*. Le facteur clé est le degré de contrôle et de dépendance.

Analyse

[16] Au cours des procédures antérieures, les parties n'ont pas contesté que la norme de contrôle était celle de la décision correcte. Puisque le litige ne porte pas sur une conclusion de fait ou sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire du Tribunal, c'est la norme de la décision correcte qui s'applique aux termes de l'art. 59 de la loi intitulée *Administrative Tribunals Act* de la Colombie-Britannique¹³ : *Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*, [2012] 3 R.C.S. 360, par. 55-57; *Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board) c. Figliola*, [2011] 3 R.C.S. 422, par. 18-20.

[17] Le *Code* est une loi quasi constitutionnelle, qui commande une interprétation généreuse afin de permettre la réalisation de ses larges objectifs d'intérêt public : *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, p. 547, le juge McIntyre; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114, p. 1133-1136; *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, [2007] 1 R.C.S. 650.

[18] Ces objectifs incluent la prévention des désavantages ou exclusions arbitraires fondés sur des motifs énumérés, afin que les personnes réputées vulnérables en raison d'une caractéristique collective puissent être protégées contre la discrimination.

[19] Le *Code* réalise ces objectifs en prohibant la discrimination dans certains contextes précis. L'un de ces contextes est l'« emploi ». La définition de ce mot doit donc être analysée d'une manière qui s'harmonise avec les objectifs généreux énoncés à

¹³ S.B.C. 2004, c. 45.

¹³ S.B.C. 2004, ch. 45.

of the *Code* and understood in light of the protective nature of human rights legislation, which is “often the final refuge of the disadvantaged and the disenfranchised” and of “the most vulnerable members of society”: *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, [1992] 2 S.C.R. 321, at p. 339. This is the philosophical framework for ascertaining whether a particular workplace relationship represents the kind of vulnerability the *Code* intended to bring under its protective scope.

[20] Mr. McCormick’s claim was based on age, an enumerated ground, and was brought under s. 13 of the *Code*, which states:

13 [Discrimination in employment] (1) A person must not

- (a) refuse to employ or refuse to continue to employ a person, or
- (b) discriminate against a person regarding employment or any term or condition of employment

because of the race, colour, ancestry, place of origin, political belief, religion, marital status, family status, physical or mental disability, sex, sexual orientation or age of that person or because that person has been convicted of a criminal or summary conviction offence that is unrelated to the employment or to the intended employment of that person.

. . .

(3) Subsection (1) does not apply

- (a) as it relates to age, to a bona fide scheme based on seniority, or
- (b) as it relates to marital status, physical or mental disability, sex or age, to the operation of a bona fide retirement, superannuation or pension plan or to a bona fide group or employee insurance plan, whether or not the plan is the subject of a contract of insurance between an insurer and an employer.

l’art. 3 du *Code*, objectifs qui expriment les aspirations de la société, et être interprétée à la lumière de la nature protectrice des lois sur les droits de la personne, lesquelles constituent « souvent le dernier recours de la personne désavantagée et de la personne privée de ses droits de représentation » et « des membres les plus vulnérables de la société » : *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321, p. 339. Voilà le cadre philosophique applicable pour déterminer si une relation d’emploi donnée représente le genre de vulnérabilité que le *Code* est censé protéger.

[20] Monsieur McCormick a déposé une plainte fondée sur l’âge — un motif énuméré — en vertu de l’art. 13 du *Code*, disposition qui est rédigée en partie ainsi :

[TRADUCTION]

13 [Discrimination en matière d’emploi] (1) Nul ne peut

- (a) soit refuser d’employer ou de continuer d’employer une personne;
- (b) soit faire preuve de discrimination envers une personne relativement à son emploi ou aux modalités de son emploi,

du fait de sa race, de sa couleur, de son ascendance, de son lieu d’origine, de ses opinions politiques, de sa religion, de son état matrimonial, de sa situation familiale, de ses déficiences mentales ou physiques, de son sexe, de son orientation sexuelle ou de son âge, ou en raison de sa déclaration de culpabilité à l’égard d’une infraction criminelle ou d’une infraction punissable par procédure sommaire qui n’ont aucun rapport avec l’emploi actuel ou envisagé de la personne en question.

. . .

(3) Le paragraphe (1) ne s’applique pas

- (a) en ce qui concerne l’âge, à un régime d’ancienneté légitime;
- (b) en ce qui concerne l’état matrimonial, les déficiences physiques ou mentales, le sexe ou l’âge, à la mise en œuvre d’un régime de retraite ou de pension légitime ou à un régime d’assurance collective ou d’assurance des employés légitime, que le régime soit l’objet ou non d’un contrat d’assurance entre un assureur et un employeur.

- (4) Subsections (1) and (2) do not apply with respect to a refusal, limitation, specification or preference based on a bona fide occupational requirement.

“[E]mployment” and “person” are defined in s. 1 as follows:

“employment” includes the relationship of master and servant, master and apprentice and principal and agent, if a substantial part of the agent’s services relate to the affairs of one principal, and “employ” has a corresponding meaning;

. . .

“person” includes an employer, an employment agency, an employers’ organization, an occupational association and a trade union;

[21] While the starting point of the analysis is found in the legislative language of “master and servant”, “master and apprentice”, and “principal and agent”, it is important to note that the definition of employment “includes” these relationships, but is not restricted to them (Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at p. 239; *National Bank of Greece (Canada) v. Katsikonouris*, [1990] 2 S.C.R. 1029, at p. 1041). Moreover, relying on a formalistic approach to a “master and servant” relationship, resurrects an unduly restrictive traditional test for employment (H. W. Arthurs, “The Dependent Contractor: A Study of the Legal Problems of Countervailing Power” (1965), 16 *U.T.L.J.* 89; George W. Adams, *Canadian Labour Law* (2nd ed. (loose-leaf)), at p. 6-35). At the same time, the relationships which are deemed to be included should be analogous to those set out in the definition. As this Court said in *University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353: “It is the duty of boards and courts to give [provisions] a liberal and purposive construction, without reading the limiting words out of the Act or otherwise circumventing the intention of the legislature” (p. 371).

- (4) Les paragraphes (1) et (2) ne s’appliquent pas à un refus, à une limite, à une spécification ou à une préférence fondés sur une exigence professionnelle justifiée.

Les mots « emploi » et « personne » sont définis en ces termes à l’art. 1 :

[TRADUCTION]

« emploi » S’entend notamment des relations commettant-préposé, maître-apprenti ou mandant-mandataire, si une partie substantielle des services du mandataire a trait aux affaires d’un seul mandant, et le mot « employer » a un sens correspondant.

. . .

« personne » Sont assimilés à une personne les employeurs, les bureaux de placement, les associations d’employeurs, les associations professionnelles et les syndicats.

[21] Quoique le point de départ de l’analyse soit les termes « commettant-préposé », « maître-apprenti » et « mandant-mandataire » figurant dans la loi, il importe de souligner que la définition du mot emploi précise que celui-ci « [s]’entend notamment » (« *includes* ») de ces relations, mais ne se limite pas à ces relations (Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5^e éd. 2008), p. 239; *Banque nationale de Grèce (Canada) c. Katsikonouris*, [1990] 2 R.C.S. 1029, p. 1041). Qui plus est, le recours à une approche formaliste à l’égard de la relation « commettant-préposé » fait revivre un critère classique indûment restrictif en matière d’emploi (H. W. Arthurs, « The Dependent Contractor : A Study of the Legal Problems of Countervailing Power » (1965), 16 *U.T.L.J.* 89; George W. Adams, *Canadian Labour Law* (2^e éd. (feuilles mobiles)), p. 6-35). Par ailleurs, les relations qui sont réputées être visées devraient être analogues à celles énoncées dans la définition. Comme l’a affirmé notre Cour dans *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353 : « Il incombe aux commissions et aux cours de justice de donner [aux dispositions] une interprétation libérale et fondée sur l’objet visé, sans faire abstraction des termes restrictifs de la Loi ni autrement contourner l’intention de la législature » (p. 371).

[22] The jurisprudence confirms that there should be an expansive approach to the definition of “employment” under the *Code*. Independent contractors, for example, have been found to be employees for purposes of human rights legislation, even though they would not be considered employees in other legal contexts: *Canadian Pacific Ltd. v. Canada (Human Rights Commission)*, [1991] 1 F.C. 571 (C.A.); *Pannu v. Prestige Cab Ltd.* (1986), 73 A.R. 166 (C.A.); *Yu v. Shell Canada Ltd.* (2004), 49 C.H.R.R. D/56 (B.C.H.R.T.). See also *Canada (Attorney General) v. Rosin*, [1991] 1 F.C. 391 (C.A.); *Mans v. British Columbia Council of Licensed Practical Nurses* (1990), 14 C.H.R.R. D/221 (B.C.C.H.R.).

[23] Deciding who is in an employment relationship for purposes of the *Code* means, in essence, examining how two synergetic aspects function in an employment relationship: control exercised by an employer over working conditions and remuneration, and corresponding dependency on the part of a worker. In other words, the test is who is responsible for determining working conditions and financial benefits and to what extent does a worker have an influential say in those determinations? The more the work life of individuals is controlled, the greater their dependency and, consequently, their economic, social and psychological vulnerability in the workplace: Guy Davidov, “The Three Axes of Employment Relationships: A Characterization of Workers in Need of Protection” (2002), 52 *U.T.L.J.* 357, at pp. 377-94; Arthurs, at pp. 89-90; *International Woodworkers of America v. Atway Transport Inc.*, [1989] OLRB Rep. 540; *Pointe-Claire (City) v. Quebec (Labour Court)*, [1997] 1 S.C.R. 1015.

[24] The test applied by the Human Rights Tribunal in British Columbia for determining whether someone is in an employment relationship under the *Code* was developed in *Crane*, where it identified the following indicia:

[22] La jurisprudence confirme qu’il y a lieu d’interpréter de manière extensive la définition du mot « emploi » dans le cadre de l’application du *Code*. Par exemple, des entrepreneurs indépendants ont été jugés être des employés visés par des lois sur les droits de la personne, même s’ils ne seraient pas considérés comme tels dans d’autres contextes juridiques : *Canadien Pacifique Ltée c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1991] 1 C.F. 571 (C.A.); *Pannu c. Prestige Cab Ltd.* (1986), 73 A.R. 166 (C.A.); *Yu c. Shell Canada Ltd.* (2004), 49 C.H.R.R. D/56 (T.D.P.C.-B.). Voir aussi *Canada (Procureur général) c. Rosin*, [1991] 1 C.F. 391 (C.A.); *Mans c. British Columbia Council of Licensed Practical Nurses* (1990), 14 C.H.R.R. D/221 (C.D.P.C.-B.).

[23] Décider qui se trouve dans une relation d’emploi pour les besoins du *Code* consiste essentiellement à examiner comment deux aspects synergiques interagissent dans une relation donnée : le contrôle exercé par un employeur à l’égard des conditions de travail et de la rémunération, et la dépendance correspondante du travailleur. Autrement dit, l’analyse consiste à se demander qui est responsable de fixer les conditions de travail et les avantages pécuniaires, et dans quelle mesure le travailleur exerce une influence sur ces décisions. Plus on exerce de contrôle sur les conditions de travail d’une personne, plus on accroît la dépendance de cette personne et, par voie de conséquence, sa vulnérabilité professionnelle sur les plans économique, social et psychologique : Guy Davidov, « The Three Axes of Employment Relationships : A Characterization of Workers in Need of Protection » (2002), 52 *U.T.L.J.* 357, p. 377-394; Arthurs, p. 89-90; *International Woodworkers of America c. Atway Transport Inc.*, [1989] OLRB Rep. 540; *Pointe-Claire (Ville) c. Québec (Tribunal du travail)*, [1997] 1 R.C.S. 1015.

[24] L’analyse appliquée par le Tribunal pour déterminer si une personne se trouve dans une relation d’emploi visée par le *Code* a été élaborée dans l’affaire *Crane*, où le Tribunal a énoncé les indices suivants :

[TRADUCTION]

- a. “Utilization” — this . . . looks to the question of whether the alleged employer “utilized” or gained some benefit from the employee in question;
- b. Control — did the alleged employer exercise control over the employee, whether in relation to the determination of his or her wages or other terms and conditions of employment, or in relation to their work more generally, such as the nature of the work to be performed or questions of discipline and discharge?
- c. Financial burden — did the alleged employer bear the burden of remuneration of the employee? and
- d. Remedial purpose — does the ability to remedy any discrimination lie with the alleged employer? [para. 79]

This test too is, in essence, a control/dependency test. The concepts of utilization, control, financial burden, as well as the ability of the employer to remedy any discrimination, all ultimately relate to whether the employer controls working conditions and remuneration, resulting in dependency on the part of the employee.

[25] Placing the emphasis on control and dependency in determining whether there is an employment relationship is consistent with approaches taken to the definition of employment in the context of protective legislation both in Canada and internationally: Davidov, at pp. 365-71. The Ontario Labour Relations Board, for example, uses a seven-factor test for determining if an employment relationship exists, based on indicia that relate mainly to control and economic dependency. Among other criteria, the Board asks whether the alleged employer exercises direction and control over the performance of work; imposes discipline; has the authority to dismiss employees; bears the burden of remuneration; and is perceived to be the employer (*York Condominium Corp.*, [1977] OLRB Rep. 645; Adams, at p. 6-36). That said, while significant underlying similarities may exist across different statutory schemes dealing with employment, it must

- a. L’« utilisation » : Ce concept [. . .] porte sur la question de savoir si le présumé employeur a « utilisé » l’employé en question ou tiré certains bénéfices de ce dernier.
- b. Le contrôle : Le présumé employeur exerçait-il un contrôle sur l’employé, que ce soit relativement à l’établissement de son salaire ou à d’autres conditions d’emploi, ou relativement à son travail de manière plus générale, par exemple la nature du travail à effectuer ou des questions de discipline et de renvoi?
- c. Le fardeau financier : Le présumé employeur assumait-il le fardeau de la rémunération de l’employé?
- d. L’objectif de réparation : La capacité de corriger une situation de discrimination appartient-elle à l’employeur? [par. 79]

Essentiellement, cette analyse constitue elle aussi une approche fondée sur les critères de contrôle et de dépendance. Les concepts d’utilisation, de contrôle et de fardeau financier, ainsi que la capacité de l’employeur de remédier à des situations de discrimination, se rattachent en définitive tous à la question de savoir si l’employeur contrôle les conditions de travail et la rémunération, ce qui a pour effet de placer l’employé dans une situation de dépendance.

[25] Le fait de mettre l’accent sur le contrôle et la dépendance pour déterminer si on est en présence d’une relation d’emploi est conforme aux approches qui sont adoptées, tant au Canada qu’à l’étranger, pour définir la notion d’emploi dans le contexte de mesures législatives de protection : Davidov, p. 365-371. Par exemple, la Commission des relations de travail de l’Ontario se livre à une analyse fondée sur sept facteurs pour décider s’il existe ou non une relation de travail, et ce, à partir d’indices se rapportant principalement aux concepts de contrôle et de dépendance économique. Entre autres critères, la Commission se demande si le présumé employeur exerce un pouvoir de direction et de contrôle sur l’exécution du travail, s’il impose des mesures disciplinaires, s’il a le pouvoir de renvoyer les employés, s’il assume le fardeau de la rémunération et s’il est perçu comme étant l’employeur (*York Condominium Corp.*, [1977] OLRB Rep. 645;

always be assessed in the context of the particular scheme being scrutinized.

[26] While the specific indicia used in other jurisdictions may vary from those adopted by Canadian authorities, the consistent animating themes are control and dependency. For example, in *Clackamas Gastroenterology Associates, P. C. v. Wells*, 538 U.S. 440 (2003), a case that required the U.S. Supreme Court to define who is an employee under the *Americans with Disabilities Act of 1990* (104 Stat. 327, as amended, 42 U.S.C. § 12101 *et seq.*), the court relied on the following control/dependency factors:

“Whether the organization can hire or fire the individual or set the rules and regulations of the individual’s work

“Whether and, if so, to what extent the organization supervises the individual’s work

“Whether the individual reports to someone higher in the organization

“Whether and, if so, to what extent the individual is able to influence the organization

“Whether the parties intended that the individual be an employee, as expressed in written agreements or contracts

“Whether the individual shares in the profits, losses, and liabilities of the organization.” EEOC Compliance Manual § 605:0009. [pp. 449-50]

[27] Control and dependency, in other words, are a function not only of whether the worker receives immediate direction from, or is affected by the decisions of others, but also whether he or she has the ability to influence decisions that critically affect his or her working life. The answers to these questions represent the compass for determining the true nature of the relationship.

Adams, p. 6-36). Cela dit, il est possible que différents régimes législatifs en matière d’emploi présentent d’importantes similitudes, mais la question doit néanmoins toujours être appréciée dans le contexte du régime particulier en cause.

[26] Bien que les indices particuliers utilisés dans d’autres pays puissent différer de ceux adoptés par la jurisprudence canadienne, les deux thèmes qui reviennent constamment sont le contrôle et la dépendance. À titre d’exemple, dans *Clackamas Gastroenterology Associates, P. C. c. Wells*, 538 U.S. 440 (2003), une affaire qui a obligé la Cour suprême des États-Unis à définir qui est un employé visé par l’*Americans with Disabilities Act of 1990* (104 Stat. 327, modifiée, 42 U.S.C. § 12101 *et suiv.*), la cour s’est appuyée sur les facteurs suivants relativement à la question du contrôle et de la dépendance :

[TRADUCTION] L’organisation peut-elle embaucher ou congédier l’intéressé ou fixer les règles régissant son travail?

L’organisation supervise-t-elle le travail de l’intéressé et, si oui, dans quelle mesure?

L’intéressé relève-t-il de quelqu’un qui occupe un rang hiérarchique supérieur dans l’organisation?

L’intéressé est-il capable d’influencer l’organisation et, si oui, dans quelle mesure?

Les parties entendaient-elles que l’intéressé soit un employé, comme en feraient foi des ententes ou des contrats écrits?

L’intéressé participe-t-il aux bénéfices, aux pertes et aux dettes de l’organisation? EEOC Compliance Manual § 605:0009. [p. 449-450]

[27] Autrement dit, l’existence d’une situation de contrôle et de dépendance dépend non seulement de la question de savoir si le travailleur reçoit des directives directes de la part d’autrui ou s’il est touché par des décisions prises par autrui, mais également de celle de savoir s’il a la capacité d’influencer les décisions qui ont une incidence sérieuse sur sa vie professionnelle. Les réponses à ces questions représentent les balises à suivre pour déterminer la nature véritable de la relation.

[28] While control and dependency define the essence of an employment relationship for purposes of human rights legislation, this does not mean that other indicia that courts and tribunals have developed, such as the *Crane* factors, are unhelpful in assessing the extent to which control and dependency are present. But such factors are unweighted taxonomies, a checklist that helps explore different aspects of the relationship. While helpful in framing the inquiry, they should not be applied formulaically. What is more defining than any particular facts or factors is the extent to which they illuminate the essential character of the relationship and the underlying control and dependency. Ultimately, the key is the degree of control, that is, the extent to which the worker is subject and subordinate to someone else's decision-making over working conditions and remuneration: Geoffrey England, *Individual Employment Law* (2nd ed. 2008), at p. 19.

[29] This brings us to partnerships generally. British Columbia's *Partnership Act* is modeled on the U.K. *Partnership Act 1890*¹⁴ (Alison R. Manzer, *A Practical Guide to Canadian Partnership Law* (loose-leaf), at p. 1-2). Section 1 states that "'firm' is the collective term for persons who have entered into partnership with one another". Section 2 defines a partnership as "the relation which subsists between persons carrying on business in common with a view of profit". Accordingly, a partnership is by its nature an entrepreneurial relationship among individuals agreeing to do business together.

[30] The conventional view of a partnership was famously described in *Lindley & Banks on Partnership* (19th ed. 2010) as a collection of partners,

[28] Bien que les notions de contrôle et de dépendance définissent l'essence d'une relation d'emploi pour l'application des lois sur les droits de la personne, il ne s'ensuit pas que d'autres indices élaborés par les tribunaux judiciaires ou administratifs, notamment les facteurs mentionnés dans *Crane*, ne sont pas utiles dans l'appréciation du degré de contrôle et de dépendance qui existe. Toutefois, de tels facteurs constituent des éléments taxonomiques non pondérés, une liste de contrôle qui aide à examiner différents aspects de la relation. Bien qu'utiles pour établir le cadre de l'analyse, ces indices ou facteurs ne devraient pas être appliqués mécaniquement. Un aspect plus déterminant que tout fait ou facteur individuel est la mesure dans laquelle ces faits ou facteurs éclairent sur le caractère essentiel de la relation, ainsi que sur les éléments de contrôle et de dépendance sous-jacents. En définitive, le facteur clé est le degré de contrôle, c'est-à-dire la mesure dans laquelle le travailleur est assujéti et subordonné au pouvoir décisionnel de quelqu'un d'autre à l'égard des conditions de travail et de la rémunération : Geoffrey England, *Individual Employment Law* (2^e éd. 2008), p. 19.

[29] Ce qui nous amène aux sociétés de personnes en général. La *Partnership Act* de la Colombie-Britannique est inspirée de la *Partnership Act 1890* du Royaume-Uni¹⁴ (Alison R. Manzer, *A Practical Guide to Canadian Partnership Law* (feuilles mobiles), p. 1-2). Son article 1 précise que le mot [TRADUCTION] « "firme" est un terme collectif désignant un ensemble d'individus qui se sont associés pour former une société de personnes ». L'article 2 définit la société de personnes comme « la relation qui existe entre des personnes qui exploitent une entreprise en commun en vue de réaliser des bénéfices ». Par conséquent, une telle société est, de par sa nature, une relation entrepreneuriale entre individus qui conviennent d'exercer des activités ensemble.

[30] La conception classique de la société de personnes a été l'objet d'une description célèbre dans l'ouvrage *Lindley & Banks on Partnership* (19^e éd.

¹⁴ 1890, c. 39.

¹⁴ 1890, ch. 39.

rather than a distinct legal entity separate from the parties who are its members:

The law, ignoring the firm, looks to the partners composing it; any change amongst them destroys the identity of the firm; what is called the property of the firm is their property, and what are called the debts and liabilities of the firm are their debts and their liabilities. [para. 3-04]

(Cited with approval in *Backman v. Canada*, [2001] 1 S.C.R. 367, at para. 41. See also *Boyd v. Attorney-General for British Columbia* (1917), 54 S.C.R. 532; *Green v. Harnum* (2007), 269 Nfld. & P.E.I.R. 97 (N.L.C.A.); *Blue Line Hockey Acquisition Co. v. Orca Bay Hockey Ltd. Partnership* (2008), 40 B.L.R. (4th) 83 (B.C.S.C.), at paras. 79-89, aff'd (2009), 52 B.L.R. (4th) 108 (B.C.C.A.); *Re Davies and Council of the Institute of Chartered Accountants of Saskatchewan* (1985), 19 D.L.R. (4th) 447 (Sask. Q.B.), at pp. 451-53; *Coal Harbour Properties Partnership v. Liu* (2004), 48 B.L.R. (3d) 237 (B.C.C.A.), at para. 10.)

[31] Among the distinctive features of a partnership is that partners generally have a right to participate meaningfully in the decision-making process that determines their workplace conditions and remuneration (J. Anthony VanDuzer, *The Law of Partnerships and Corporations* (3rd ed. 2009), at p. 75; *Partnership Act*, s. 27(e)). This is reflected in, for example, the duty to render accounts to other partners in order to permit them to have the information they need to participate in workplace decisions and ensure that their interests are adequately considered. This duty is set out in s. 31 of the *Partnership Act*:

31 Partners are bound to render true accounts and full information of all things affecting the partnership to any partner or his or her legal representatives.

2010), à savoir un groupement d'associés, plutôt qu'une entité juridique distincte des personnes qui sont ses membres :

[TRADUCTION] Le droit, faisant abstraction de la firme, s'attache aux associés qui la composent; tout changement en leur sein a pour effet de détruire l'identité de la firme; ce qu'on appelle les biens de la firme constituent les biens des associés, et ce qu'on appelle les dettes et obligations de la firme sont les dettes et obligations des associés. [par. 3-04]

(Citée avec approbation dans *Backman c. Canada*, [2001] 1 R.C.S. 367, par. 41. Voir aussi *Boyd c. Attorney-General for British Columbia* (1917), 54 R.C.S. 532; *Green c. Harnum* (2007), 269 Nfld. & P.E.I.R. 97 (C.A.T.-N.-L.); *Blue Line Hockey Acquisition Co. c. Orca Bay Hockey Ltd. Partnership* (2008), 40 B.L.R. (4th) 83 (C.S.C.-B.), par. 79-89, conf. (2009), 52 B.L.R. (4th) 108 (C.A.C.-B.); *Re Davies and Council of the Institute of Chartered Accountants of Saskatchewan* (1985), 19 D.L.R. (4th) 447 (B.R. Sask.), p. 451-453; *Coal Harbour Properties Partnership c. Liu* (2004), 48 B.L.R. (3d) 237 (C.A.C.-B.), par. 10.)

[31] Une des caractéristiques distinctives de la société de personnes est le fait que ses associés possèdent généralement le droit de participer de manière effective au processus décisionnel qui détermine leurs conditions de travail et leur rémunération (J. Anthony VanDuzer, *The Law of Partnerships and Corporations* (3^e éd. 2009), p. 75; *Partnership Act*, al. 27(e)). Un exemple de cela est l'obligation faite à chaque associé de rendre compte aux autres associés, afin que ceux-ci puissent disposer des renseignements dont ils ont besoin pour participer aux décisions touchant le milieu de travail et faire en sorte que leurs intérêts soient adéquatement pris en compte. Cette obligation est énoncée à l'art. 31 de la *Partnership Act* :

[TRADUCTION]

31 Les associés sont tenus de rendre des comptes exacts et de donner des renseignements complets, relativement à tout ce qui touche la société de personnes, à tout associé ou à ses représentants légaux.

[32] Partnership agreements also typically create a high threshold for expulsion and, unless the agreement explicitly provides otherwise, a partner cannot be expelled by a simple majority of partners (*Partnership Act*, s. 28). The Fasken Partnership Agreement, for example, requires a special resolution passed by a meeting of all equity partners, as well as a regional resolution in the partner's region.¹⁵ When partners do leave a partnership, they are entitled to be paid their share of the partnership's capital account: VanDuzer, at p. 73; Partnership Agreement, s. 9.5.

[33] In other words, the control over workplace conditions and remuneration is with the partners who form the partnership. In most cases, therefore, partners are not employees of the partnership, they are, collectively, the employer.

[34] American courts have generally found that partnerships are not employment relationships under anti-discrimination legislation since even in a large partnership, partners are typically able to influence the running of the partnership to a significant extent: *Largie v. TCBA Watson Rice, LLP*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 117688 (D.N.J.); *Bowers v. Ophthalmology Group, LLP*, 2012 U.S. Dist. LEXIS 118761 (W.D. Ky.), rev'd on other grounds 733 F.3d 647 (6th Cir. 2013); *Kirleis v. Dickie, McCamey & Chilcote, P.C.*, 2009 U.S. Dist. LEXIS 100326 (W.D. Pa.), at [*82]. In *Clackamas*, however, the U.S. Supreme Court specifically left open the possibility that nominal "partners" could still be considered employees in exceptional circumstances based on an assessment of the substance of the relationship (p. 446; see also *Equal Employment Opportunity Commission v. Sidney Austin Brown & Wood*, 315 F.3d 696 (7th Cir. 2002), at pp. 702-7).

[32] En outre, les contrats de société comportent habituellement une procédure d'expulsion exigeante et, sauf indication expresse à l'effet contraire, un associé ne peut être exclu par une majorité simple d'associés (*Partnership Act*, art. 28). Par exemple, le Contrat de société de Fasken Martineau exige une résolution extraordinaire adoptée lors d'une réunion de l'ensemble des associés participants, ainsi qu'une résolution régionale de la région de l'associé¹⁵. Lorsqu'un associé se retire d'une société de personnes, il a droit au paiement de sa part du compte de capital de la société : VanDuzer, p. 73; Contrat de société, art. 9.5.

[33] En d'autres mots, le pouvoir de contrôle sur les conditions de travail et la rémunération appartient aux associés qui composent la société de personnes. Par conséquent, dans la plupart des cas les associés ne sont pas des employés de la société, mais constituent plutôt, collectivement, l'employeur.

[34] En règle générale, les tribunaux américains ont conclu que la relation entre les associés et la société de personnes à laquelle ils appartiennent n'est pas une relation d'emploi visée par les lois antidiscrimination, puisque, même dans une grande société, les associés sont habituellement capables d'influencer l'administration de celle-ci dans une mesure importante : *Largie c. TCBA Watson Rice, LLP*, 2013 U.S. Dist. LEXIS 117688 (D.N.J.); *Bowers c. Ophthalmology Group, LLP*, 2012 U.S. Dist. LEXIS 118761 (W.D. Ky.), inf. pour d'autres motifs par 733 F.3d 647 (6th Cir. 2013); *Kirleis c. Dickie, McCamey & Chilcote, P.C.*, 2009 U.S. Dist. LEXIS 100326 (W.D. Pa.), à [*82]. Toutefois, dans l'arrêt *Clackamas*, la Cour suprême des États-Unis a expressément maintenu la possibilité que, dans certaines circonstances exceptionnelles, des « associés » nominaux puissent être assimilés à des employés au terme d'un examen de l'essence de la relation (p. 446; voir aussi *Equal Employment Opportunity Commission c. Sidney Austin Brown & Wood*, 315 F.3d 696 (7th Cir. 2002), p. 702-707).

¹⁵ Partnership Agreement, s. 3.3.

¹⁵ Contrat de société, art. 3.3.

[35] Canadian and British courts have similarly held that partnerships are not relationships of employment for purposes of other forms of protective legislation, such as in the realm of workers' compensation: *Ellis v. Joseph Ellis & Co.*, [1905] 1 K.B. 324 (C.A.); *Re Thorne and New Brunswick Workmen's Compensation Board* (1962), 33 D.L.R. (2d) 167 (N.B.S.C. (App. Div.)), *aff'd* [1962] S.C.R. viii.

[36] This does not mean human rights legislation cannot apply to partnerships, it means that an express statutory provision is usually required, as is found in s. 44 of the U.K. *Equality Act 2010*, 2010, c. 15. The Explanatory Note to that provision states that a separate provision protecting partners from discrimination was necessary because their relationship with their partnership is not one of employment:

Because partners are mainly governed by their partnership agreements, rather than by employment contracts, separate provisions are needed to provide protection from discrimination, harassment and victimisation for partners in ordinary and limited partnerships. [para. 158]

[37] Partnership is also designated as a separate category from employer/employee relationships in anti-discrimination legislation in Australia and New Zealand: *Sex Discrimination Act 1984* (Cth.), No. 4, s. 17; *Disability Discrimination Act 1992* (Cth.), No. 135, s. 18; *Age Discrimination Act 2004* (Cth.), No. 68, s. 21; *Anti-Discrimination Act 1977* (N.S.W.), No. 48, ss. 10A, 27A and 49G; *Anti-Discrimination Act 1991* (Qld.), No. 85, ss. 16 to 18; *Equal Opportunity Act 1984* (S.A.), ss. 33, 55 and 70; *Equal Opportunity Act 2010* (Vic.), No. 16, ss. 30 and 31; *Equal Opportunity Act 1984* (W.A.), ss. 14, 40 and 66E; *Human Rights Act 1993* (N.Z.), 1993, No. 82, s. 36.

[35] De même, les tribunaux canadiens et britanniques ont conclu que la relation entre les associés et la société de personnes dont ils sont membres n'est pas une relation d'emploi visée par d'autres types de législation protectrice, par exemple en matière d'indemnisation des accidents du travail : *Ellis c. Joseph Ellis & Co.*, [1905] 1 K.B. 324 (C.A.); *Re Thorne and New Brunswick Workmen's Compensation Board* (1962), 33 D.L.R. (2d) 167 (C.S.N.-B. (Div. app.)), *conf. par* [1962] R.C.S. viii.

[36] Cela ne veut pas dire que les lois sur les droits de la personne ne peuvent pas s'appliquer aux sociétés de personnes; cela signifie plutôt qu'une disposition législative expresse, comme celle figurant à l'art. 44 de l'*Equality Act 2010* du Royaume-Uni, 2010, ch. 15, est habituellement requise. La note explicative concernant cette disposition précise qu'une disposition distincte protégeant les associés contre la discrimination est nécessaire, parce que la relation entre ceux-ci et la société de personnes n'est pas une relation d'emploi :

[TRADUCTION] Parce que les associés sont principalement régis par leur contrat de société, plutôt que par des contrats d'emploi, des dispositions distinctes sont nécessaires pour protéger les associés des sociétés de personnes et des sociétés en commandite contre la discrimination, le harcèlement et la victimisation. [par. 158]

[37] La société de personnes est également désignée comme une catégorie distincte de relations employeur-employé dans les lois antidiscrimination d'Australie et de Nouvelle-Zélande : *Sex Discrimination Act 1984* (Cth.), No. 4, art. 17; *Disability Discrimination Act 1992* (Cth.), No. 135, art. 18; *Age Discrimination Act 2004* (Cth.), No. 68, art. 21; *Anti-Discrimination Act 1977* (N.S.W.), No. 48, art. 10A, 27A et 49G; *Anti-Discrimination Act 1991* (Qld.), No. 85, art. 16 à 18; *Equal Opportunity Act 1984* (S.A.), art. 33, 55 et 70; *Equal Opportunity Act 2010* (Vic.), No. 16, art. 30 et 31; *Equal Opportunity Act 1984* (W.A.), art. 14, 40 et 66E; *Human Rights Act 1993* (N.-Z.), 1993, No. 82, art. 36.

[38] While the structure and protections normally associated with equity partnerships mean they will rarely be employment relationships for purposes of human rights legislation, this does not mean that form should trump substance. In this case, for example, the Court of Appeal appeared to focus exclusively on partnership as a legal concept, rather than examining the substance of the actual relationship and the extent to which control and dependency played a role.

[39] Turning to Mr. McCormick's relationship with his partnership and applying the control/dependency test, based on his ownership, sharing of profits and losses, and the right to participate in management, I see him more as someone in control of, rather than subject to, decisions about workplace conditions. As an equity partner, he was part of the group that controlled the partnership, not a person vulnerable to its control.

[40] It is true that Fasken had certain administrative rules to which Mr. McCormick was subject, but they did not transform the substance of the relationship into one of subordination or dependency. Management and compensation committees are necessary mechanisms to implement and coordinate the firm's policies, not limitations on a partner's autonomy. Fasken's Board, regional managing partners, and compensation committees were all directly or indirectly accountable to, and controlled by, the partnership as a whole, of which Mr. McCormick was a full and equal member. Under the Partnership Agreement, most major decisions, *including those relating to the firm's mandatory retirement policy*, were subject to a vote of the partnership, in which all partners, including Mr. McCormick, had an

[38] Bien que, en raison de la structure et des protections normalement associées aux sociétés de personnes, il y ait rarement relation d'emploi entre ces sociétés et leurs associés participants visée par les lois sur les droits de la personne, cela ne signifie pas qu'il faille laisser la forme l'emporter sur le fond. Dans le cas qui nous occupe, par exemple, la Cour d'appel semble s'être attachée exclusivement à la société de personnes en tant que concept juridique, au lieu d'examiner la substance de la relation qui existait dans les faits ainsi que la mesure dans laquelle les facteurs de contrôle et de dépendance jouaient un rôle.

[39] Appliquant maintenant l'analyse fondée sur les notions de contrôle et de dépendance à la relation entre M. McCormick et la société de personnes à laquelle il appartenait, compte tenu de l'intérêt financier de M. McCormick dans la société, de sa participation aux bénéfices et aux pertes ainsi que de son droit de prendre part à la gestion, je le considère davantage comme une personne qui exerçait un pouvoir de contrôle sur les décisions relatives aux conditions de travail, plutôt que comme une personne qui était soumise à ces décisions. En tant qu'associé participant, il faisait partie du groupe qui contrôlait la société, et non des personnes vulnérables à l'exercice de ce pouvoir de contrôle.

[40] Il est vrai que Fasken Martineau avait établi certaines règles administratives auxquelles M. McCormick était assujéti, mais ces règles n'avaient pas pour effet de transformer la substance de la relation et de faire de celle-ci une relation de subordination ou de dépendance. Les comités de gestion et de rémunération sont des mécanismes nécessaires à la mise en œuvre et à la coordination des politiques du cabinet; ils ne limitent pas l'autonomie des associés. Le Conseil d'administration, les associés directeurs régionaux et les comités de rémunération de Fasken Martineau étaient tous, directement ou indirectement, comptables devant la société dans son ensemble et contrôlés par celle-ci, société dont M. McCormick était un membre à part entière et au sein de laquelle il jouissait de la

equal say.¹⁶ Mr. McCormick was an equity partner when the current retirement policy was adopted, and was entitled to vote on the very policy that he is now challenging.

[41] In addition to the right to participate in the management of the partnership, as an equity partner Mr. McCormick benefited from other control mechanisms, including the right to vote for — and stand for election to — the firm’s Board; the duty that the other partners owed to him to render accounts; the right not to be subject to discipline or dismissal; the right, on leaving the firm, to his share of the firm’s capital account; and the protection that he could only be expelled from the partnership by a special resolution passed by a meeting of all equity partners and a regional resolution in his region, arguably giving him tenure since there is no evidence of any equity partners being expelled from this partnership.

[42] Nor was Mr. McCormick dependent on Fasken in a meaningful sense. It is true that his remuneration came exclusively from the partnership, but this remuneration represented his share of the profits of the partnership in accordance with his ownership interest. The partnership was run for the economic benefit of the partners, *including* Mr. McCormick. While the financial proceeds of Mr. McCormick’s work were pooled with those of other lawyers in the firm, and the distribution of profits was ultimately determined by internal committees, these committees applied criteria that

pleine égalité. Aux termes du Contrat de société, la plupart des décisions importantes, *y compris celles ayant trait à la politique de départ à la retraite obligatoire*, devaient faire l’objet d’un vote de la société dans le cadre duquel tous les associés, *y compris* M. McCormick, avaient voix égale au chapitre¹⁶. Monsieur McCormick était un associé participant lorsque la politique de retraite en vigueur a été adoptée, et il avait droit de voter sur la politique même qu’il conteste maintenant.

[41] En plus du droit de participer à la gestion de la société, M. McCormick bénéficiait, en sa qualité d’associé participant, d’autres mesures lui accordant un pouvoir de contrôle au sein de la société, notamment les suivantes : le droit de voter à l’élection des membres du Conseil d’administration du cabinet et de se présenter comme candidat à cette élection; l’obligation faite aux autres associés de lui rendre des comptes; le droit de ne pas faire l’objet de mesures disciplinaires ou d’être renvoyé; le droit à sa part des capitaux propres de la société à son départ de celle-ci; la protection contre l’exclusion de la société autrement qu’en vertu d’une résolution extraordinaire adoptée à une réunion de l’ensemble des associés participants et d’une résolution régionale de sa région, une mesure de protection qui, peut-on soutenir, lui accordait l’inamovibilité, puisqu’aucune preuve n’indique qu’un associé participant ait déjà été exclu de cette société de personnes.

[42] On ne peut pas vraiment dire non plus que M. McCormick était dans une situation de dépendance par rapport à Fasken Martineau. Il est vrai que sa rémunération provenait exclusivement de la société, mais cette rémunération représentait sa part des bénéfices du cabinet conformément à sa participation financière dans celui-ci. La société était administrée pour le bénéfice pécuniaire des associés, *y compris* M. McCormick. Même si les revenus générés par le travail de M. McCormick étaient mis en commun avec ceux des autres avocats du cabinet, et que la distribution des bénéfices était déterminée

¹⁶ Partnership Agreement, s. 3.2.

¹⁶ Contrat de société, art. 3.2.

were designed to measure the partner's contribution to the firm. Mr. McCormick drew his income from the profits of the partnership and was liable for its debts and losses. In addition, he had a capital account and was entitled to share in the partnership's assets if it dissolved. In effect, Mr. McCormick was not working for the benefit of someone else, as the Tribunal's reasons suggest, he was, as an equity partner, in a common enterprise with his partners for profit, and was therefore working for his own benefit.

[43] Finally, it must be observed that in order to change the firm's mandatory retirement policy, all of Fasken's equity partners would have been entitled to vote. Responsibility for remedying any alleged inequity thus lay in the hands of Mr. McCormick as much as any other equity partner. Instead, he financially benefited for over 30 years from the retirement of the other partners. In fact, in no material way was Mr. McCormick structurally or substantively ever in a subordinate relationship with the other equity partners.

[44] I appreciate that the Tribunal sought, through the application of the *Crane* factors, to assess Mr. McCormick's relationship with his firm, but in so doing, it paid insufficient attention to whether he was actually subject to the control of others and dependent on them. It assessed "control", for example, in terms of some administrative restrictions on partners rather than examining the underlying power dynamics of the relationship. And it found that Mr. McCormick was "utilized" and "remunerated" by Fasken, while disregarding the fact that the firm was run for the benefit of, and by, its equity partners, including Mr. McCormick.

en dernier ressort par des comités internes, ces comités appliquaient des critères qui étaient conçus de façon à mesurer l'apport de l'associé à la société. Monsieur McCormick tirait son revenu des bénéfices de la société et il était responsable des dettes et des pertes de celle-ci. En outre, il possédait un compte de capital et avait droit à une part de l'actif de la société en cas de dissolution. En fait, M. McCormick ne travaillait pas pour le bénéfice de quelqu'un d'autre, comme le suggèrent les motifs du Tribunal, mais, en tant qu'associé participant, il exploitait avec ses associés une entreprise commune dans un but lucratif et, de ce fait, il travaillait pour son propre bénéfice.

[43] Enfin, il convient de signaler que tous les associés participants de Fasken Martineau auraient eu le droit de voter à l'égard d'un changement à la politique du cabinet en matière de départ obligatoire à la retraite. La responsabilité de remédier à toute présumée iniquité appartenait donc autant à M. McCormick qu'à tout autre associé participant. Mais M. McCormick a plutôt profité financièrement pendant plus de 30 ans des départs à la retraite d'autres associés. En fait, à aucun moment ce dernier ne s'est trouvé, sous quelque aspect important que ce soit, structurellement ou concrètement, dans une relation de subordination par rapport aux autres associés participants.

[44] Je comprends que le Tribunal a essayé, en appliquant les facteurs énoncés dans *Crane*, de saisir la relation entre M. McCormick et le cabinet, mais dans sa démarche le Tribunal n'a pas accordé suffisamment d'attention à la question de savoir si M. McCormick était dans les faits assujéti au pouvoir de contrôle d'autres personnes et dépendant de celles-ci. À titre d'exemple, le Tribunal a analysé le « contrôle » en tenant compte de certaines restrictions administratives imposées aux associés plutôt qu'en considérant le rapport de force sous-jacent dans la relation. Le Tribunal a ensuite conclu que M. McCormick était « utilisé » et « rémunéré » par Fasken Martineau, sans tenir compte du fait que la société était dirigée pour le bénéfice de ses associés participants et par ceux-ci, y compris M. McCormick.

[45] In the absence of any genuine control over Mr. McCormick in the significant decisions affecting the workplace, there cannot, under the *Code*, be said to be an employment relationship with the partnership. Far from being subject to the control of Fasken, Mr. McCormick was among the partners who controlled it from 1979, when he became an equity partner, until he left in 2012. The Tribunal therefore erred in concluding that it had jurisdiction over his relationship with the partnership.

[46] This is not to say that a partner in a firm can never be an employee under the *Code*, but such a finding would only be justified in a situation quite different from this case, one where the powers, rights and protections normally associated with a partnership were greatly diminished.

[47] But the fact that a partner like Mr. McCormick has no remedy under the *Code* does not necessarily mean that partners have no recourse for claims of discrimination. One of the duties partners owe each other is the duty of utmost fairness and good faith, set out in s. 22 of the *Partnership Act*:

22 (1) A partner must act with the utmost fairness and good faith towards the other members of the firm in the business of the firm.

(2) The duties imposed by this section are in addition to, and not in derogation of, any enactment or rule of law or equity relating to the duties or liabilities of partners.

[48] This duty is an important source of protection for partners: *Hitchcock v. Sykes* (1914), 49 S.C.R. 403, at p. 407; *Cameron v. Julien* (1957), 9 D.L.R. (2d) 460 (Ont. C.A.); *Rochweg v. Truster* (2002), 58 O.R. (3d) 687 (C.A.). While this case does not require us to decide the point, the duty of

[45] Vu l'absence de véritable contrôle exercé sur M. McCormick relativement aux décisions importantes touchant le milieu de travail, il est impossible d'affirmer qu'il existait entre lui et la société une relation d'emploi visée par le *Code*. Loin d'avoir été assujetti au contrôle de Fasken Martineau, M. McCormick a fait partie des associés qui contrôlaient ce cabinet, et ce, de 1979 — lorsqu'il est devenu un associé participant — jusqu'à son départ en 2012. Le Tribunal a donc eu tort de conclure qu'il avait compétence à l'égard de la relation entre M. McCormick et la société de personnes.

[46] Il ne s'ensuit pas qu'un associé au sein d'un cabinet ne peut jamais être considéré comme un employé visé par le *Code*. Mais une telle conclusion ne serait justifiée que dans une situation fort différente de celle qui nous occupe, c'est-à-dire dans une situation où les pouvoirs, les droits et les protections normalement associés à une société de personnes seraient considérablement réduits.

[47] Toutefois, le fait qu'un associé comme M. McCormick ne puisse obtenir de réparation en vertu du *Code* ne signifie pas nécessairement que des associés n'ont aucun recours en cas de discrimination. En effet, les associés ont, les uns envers les autres, l'obligation d'agir en toute honnêteté et bonne foi, comme le précise l'art. 22 de la *Partnership Act* :

[TRADUCTION]

22 (1) Dans les affaires de la firme, l'associé agit en toute honnêteté et bonne foi envers les autres associés.

(2) Les obligations imposées par le présent article s'ajoutent et ne dérogent pas à tout autre texte législatif ou à toute règle de droit ou d'équité relative aux obligations ou aux responsabilités des associés.

[48] Cette obligation constitue une importante source de protection pour les associés : *Hitchcock c. Sykes* (1914), 49 R.C.S. 403, p. 407; *Cameron c. Julien* (1957), 9 D.L.R. (2d) 460 (C.A. Ont.); *Rochweg c. Truster* (2002), 58 O.R. (3d) 687 (C.A.). Bien que nous ne soyons pas tenus de trancher

utmost good faith in a partnership may well capture some forms of discrimination among partners that represent arbitrary disadvantage: see Manitoba Law Reform Commission, *Good Faith and the Individual Contract of Employment*, Report #107 (2001), at pp. 22 and 32-33; Emily M. S. Houh, “Critical Race Realism: Re-Claiming the Antidiscrimination Principle through the Doctrine of Good Faith in Contract Law” (2005), 66 *U. Pitt. L. Rev.* 455. That said, absent special circumstances, it is difficult to see how the duty of good faith would preclude a partnership from instituting an equity divestment policy designed to benefit all partners by ensuring the regenerative turnover of partnership shares.

cette question en l’espèce, l’obligation d’agir en toute bonne foi au sein d’une société de personnes pourrait fort bien être invoquée à l’égard de certaines formes de discrimination entre les associés qui représentent un désavantage arbitraire : voir Commission de réforme du droit du Manitoba, *Good Faith and the Individual Contract of Employment*, Report #107 (2001), p. 22 et 32-33; Emily M. S. Houh, « Critical Race Realism : Re-Claiming the Antidiscrimination Principle through the Doctrine of Good Faith in Contract Law » (2005), 66 *U. Pitt. L. Rev.* 455. Cela dit, en l’absence de circonstances spéciales, il est difficile de voir comment l’obligation de bonne foi pourrait empêcher une société de personnes d’instaurer une politique de dessaisissement des fonds propres qui est à l’avantage de l’ensemble des associés en ce qu’elle assure un renouvellement régénérateur des parts sociales.

[49] The appeal is dismissed with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: TevlinGleadle Employment Law Strategies, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Nathanson Schachter & Thompson, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Alberta Human Rights Commission: Alberta Human Rights Commission, Edmonton.

Solicitor for the intervener the British Columbia Human Rights Tribunal: British Columbia Human Rights Tribunal, Vancouver.

Solicitors for the interveners Ernst & Young LLP, KPMG LLP, Deloitte LLP, PricewaterhouseCoopers LLP, BDO Canada LLP and Grant Thornton LLP: Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto.

Solicitors for the intervener the Young Bar Association of Montreal: Langlois Kronström Desjardins, Montréal.

[49] Le pourvoi est rejeté avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l’appelant : TevlinGleadle Employment Law Strategies, Vancouver.

Procureurs de l’intimée : Nathanson Schachter & Thompson, Vancouver.

Procureur de l’intervenante Alberta Human Rights Commission: Alberta Human Rights Commission, Edmonton.

Procureur de l’intervenant British Columbia Human Rights Tribunal : British Columbia Human Rights Tribunal, Vancouver.

Procureurs des intervenantes Ernst & Young s.r.l./S.E.N.C.R.L., KPMG s.r.l./S.E.N.C.R.L., Deloitte S.E.N.C.R.L./s.r.l., PricewaterhouseCoopers s.r.l., BDO Canada s.r.l./S.E.N.C.R.L. et Grant Thornton LLP : Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto.

Procureurs de l’intervenante l’Association du Jeune Barreau de Montréal : Langlois Kronström Desjardins, Montréal.

Solicitor for the intervener the Ontario Human Rights Commission: Ontario Human Rights Commission, Toronto.

Solicitor for the intervener the Canadian Human Rights Commission: Canadian Human Rights Commission, Ottawa.

Procureur de l'intervenante la Commission ontarienne des droits de la personne : Commission ontarienne des droits de la personne, Toronto.

Procureur de l'intervenante la Commission canadienne des droits de la personne : Commission canadienne des droits de la personne, Ottawa.

**Canadian National Railway
Company** *Appellant*

v.

**Attorney General of Canada,
Peace River Coal Inc.
and Canadian Industrial
Transportation Association** *Respondents*

**INDEXED AS: CANADIAN NATIONAL RAILWAY CO. v.
CANADA (ATTORNEY GENERAL)**

2014 SCC 40

File No.: 35145.

2014: January 14; 2014: May 23.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Rothstein,
Cromwell, Karakatsanis and Wagner JJ.

**ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF
APPEAL**

*Administrative law — Transportation law — Boards
and tribunals — Judicial review — Standard of review
— Governor in Council rescinding decision of Canadian
Transportation Agency — Whether Governor in Council
empowered to vary or rescind decision of Agency —
Whether applicable standard of review is correctness or
reasonableness — Canadian Transportation Act, S.C.
1996, c. 10, ss. 40, 41, 120.1.*

The confidential contract between PRC and CN for shipping coal specified that a fuel surcharge set out in Tariff 7402 would be applied when the monthly average price of highway diesel fuel equalled or exceeded the “strike price”. Tariff 7402 set the strike price at US\$1.25 per gallon. CN could make unilateral changes to Tariff 7402, and the contract provided no mechanism for PRC to challenge any such change.

Shortly after the confidential contract took effect, CN introduced Tariff 7403, which provided for a higher strike price. Tariff 7402 and its lower strike price would remain in effect until the expiration of those contracts to which it applied. CN refused to apply the higher strike price to PRC’s traffic, and the Canadian Transportation Agency (“Agency”) dismissed PRC’s application under s. 120.1

**Compagnie des chemins de fer nationaux
du Canada** *Appelante*

c.

**Procureur général du Canada,
Peace River Coal Inc. et
Association canadienne de
transport industriel** *Intimés*

**RÉPERTORIÉ : COMPAGNIE DES CHEMINS DE
FER NATIONAUX DU CANADA c. CANADA
(PROCUREUR GÉNÉRAL)**

2014 CSC 40

N° du greffe : 35145.

2014 : 14 janvier; 2014 : 23 mai.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL FÉDÉRALE

*Droit administratif — Droit des transports — Orga-
nismes et tribunaux administratifs — Contrôle judiciaire
— Norme de contrôle — Gouverneur en conseil annulant
une décision de l’Office des transports du Canada — Le
gouverneur en conseil est-il habilité à modifier ou à
annuler une décision de l’Office? — La norme de contrôle
applicable est-elle celle de la décision correcte ou celle
de la décision raisonnable? — Loi sur les transports au
Canada, L.C. 1996, ch. 10, art. 40, 41, 120.1.*

Le contrat confidentiel conclu entre PRC et le CN pour le transport de charbon par voie ferrée précisait qu’un supplément carburant prévu au tarif 7402 s’appliquerait lorsque le prix moyen mensuel du carburant diesel pour véhicules routiers serait égal ou supérieur au « seuil » prévu. Le tarif 7402 fixait ce seuil à 1,25 \$ US le gallon. Le CN pouvait modifier unilatéralement le tarif 7402, et le contrat ne prévoyait aucun mécanisme permettant à PRC de contester un tel changement.

Peu après l’entrée en vigueur du contrat confidentiel, le CN a adopté le tarif 7403, qui prévoyait un seuil plus élevé. Le tarif 7402 et le seuil moins élevé qu’il prévoyait continueraient de s’appliquer jusqu’à l’expiration des contrats conclus à ce tarif. Le CN a refusé d’appliquer le seuil plus élevé aux services de transport qu’il fournissait à PRC, et l’Office des transports du

of the *Canada Transportation Act* (“CTA”) for an order that the strike price in Tariff 7402 be varied to reflect the higher strike price in Tariff 7403. The Canadian Industrial Transportation Association then filed a petition under s. 40 of the CTA requesting that the Governor in Council vary the Agency’s decision and direct the Agency that the confidential contract does not preclude the Agency from assessing the reasonableness of the fuel surcharge in Tariff 7402. The Governor in Council rescinded the Agency’s decision. On judicial review, the Federal Court found that the issue before the Governor in Council was one of pure jurisdiction, applied the correctness standard and set aside the Order of the Governor in Council, and restored the Agency’s decision. The Federal Court of Appeal, applying a reasonableness standard, set aside the judgment of the Federal Court and dismissed CN’s application for judicial review of the Governor in Council’s decision.

Held: The appeal should be dismissed.

Section 40 of the CTA confers broad authority on the Governor in Council to address any orders or decisions of the Agency, including those involving questions of law. Where Parliament intends to limit the Governor in Council’s authority, it does so expressly, but the only inherent limitation on the authority conferred by s. 40 is that the Governor in Council’s authority is limited to matters already dealt with by the Commission. Limitations like those placed on the right to appeal a decision of the Agency to the Federal Court of Appeal or on the Governor in Council’s authority under other legislation are not found in s. 40.

The *Dunsmuir* framework, which applies to administrative decision makers generally and not just to administrative tribunals, applies to adjudicative decisions of the Governor in Council made under s. 40, and the applicable standard of review is reasonableness. It is now well established that deference will usually result where a decision maker is interpreting its own statute or statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity. Parliament has recognized that the Governor in Council has particular familiarity in the area of economic regulation and transportation law and policy is closely connected to the Governor in Council’s review function. The presumption of deference applies and is not rebutted. Whether a party to a confidential contract can bring a complaint under s. 120.1 is a question of law which

Canada (« Office ») a rejeté la demande présentée par PRC en vertu de l’art. 120.1 de la *Loi sur les transports au Canada* (« Loi ») en vue d’obtenir une ordonnance modifiant le seuil prévu au tarif 7402 de façon à le faire correspondre à celui plus élevé établi par le tarif 7403. L’Association canadienne de transport industriel a alors demandé au gouverneur en conseil, par voie de requête fondée sur l’art. 40 de la *Loi*, de modifier la décision de l’Office et d’ordonner à celui-ci de considérer que le contrat confidentiel ne l’empêchait pas de déterminer si le supplément carburant prévu au tarif 7402 était raisonnable. Le gouverneur en conseil a annulé la décision de l’Office. À l’issue d’un contrôle judiciaire, la Cour fédérale a conclu que la question soumise au gouverneur en conseil touchait véritablement à la compétence, a appliqué la norme de la décision correcte, a annulé le décret du gouverneur en conseil et a rétabli la décision de l’Office. Appliquant la norme de la décision raisonnable, la Cour d’appel fédérale a infirmé le jugement de la Cour fédérale et a rejeté la demande de contrôle judiciaire de la décision du gouverneur en conseil présentée par le CN.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

L’article 40 de la *Loi* confère au gouverneur en conseil un vaste pouvoir décisionnel à l’égard des arrêtés et des décisions de l’Office, y compris ceux qui soulèvent des questions de droit. Lorsque le législateur entend restreindre les pouvoirs du gouverneur en conseil, il le fait expressément, mais la seule limite inhérente au pouvoir conféré par l’art. 40 est que le pouvoir du gouverneur en conseil se limite à l’examen des questions déjà examinées par l’Office. Des restrictions comme celles relatives au droit de porter une décision de l’Office devant la Cour d’appel fédérale ou celles qu’imposent d’autres lois au pouvoir du gouverneur en conseil n’apparaissent pas à l’art. 40.

Le cadre énoncé dans l’arrêt *Dunsmuir*, qui s’applique aux décideurs administratifs en général et non seulement aux tribunaux administratifs, s’applique aux décisions juridictionnelles prises par le gouverneur en conseil en vertu de l’art. 40, et la norme de contrôle est celle de la décision raisonnable. Il est aujourd’hui bien établi que la déférence est habituellement de mise lorsqu’un décideur interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie. Le législateur a reconnu au gouverneur en conseil une connaissance approfondie du secteur de la réglementation économique, et les lois et politiques en matière de transport sont liées de près à la fonction d’examen du gouverneur en conseil. La présomption de déférence s’applique et n’est pas réfutée.

does not fall within one of the established categories of questions to which correctness review applies. There is no issue of constitutionality or competing jurisdiction between tribunals. The question at issue is not a question of central importance to the legal system as a whole. Finally, it is an issue of statutory interpretation and could not be a true question of jurisdiction or *vires* of the Governor in Council.

The Governor in Council's conclusion that a party to a confidential contract is able to bring a complaint under s. 120.1 in certain circumstances was reasonable. It is supported by the facts and the wording of s. 120.1(1). The conclusion that the existence of a confidential contract did not bar a shipper from applying for a reasonableness assessment under s. 120.1(1) is consistent with the terms of the *CTA*, which do not preclude the Agency from reviewing the reasonableness of a charge contained in a tariff applicable to more than one shipper, whether or not it is incorporated by reference into a confidential contract. In addition, it was open to the Governor in Council to conclude that Parliament's intent in enacting s. 120.1 was to provide a measure of protection for shippers. Accordingly, without deciding whether in any particular case a confidential contract would preclude a shipper from relief under s. 120.1, leaving access to the s. 120.1 complaint mechanism available to parties to confidential contracts can reasonably be said to be consistent with that intention. The Governor in Council's interpretation of s. 120.1 was reasonable.

Cases Cited

Referred to: *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735; *Public Mobile Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 194, [2011] 3 F.C.R. 344; *British Columbia (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 S.C.R. 41; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471; *Placer Dome Canada Ltd. v. Ontario (Minister of Finance)*, 2006 SCC 20, [2006] 1 S.C.R. 715; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Katz Group Canada Inc. v. Ontario (Health and Long-Term Care)*, 2013 SCC 64, [2013] 3 S.C.R. 810;

La question de savoir si une partie à un contrat confidentiel peut déposer une plainte en vertu de l'art. 120.1 constitue une question de droit qui n'appartient pas à l'une des catégories établies de questions auxquelles s'applique la norme de contrôle de la décision correcte. Aucune question de constitutionnalité ou de compétence concurrente entre tribunaux administratifs ne se pose. La question en litige ne revêt pas une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble. Enfin, il s'agit d'une question d'interprétation législative et il ne pouvait donc s'agir d'une question touchant véritablement la compétence ou la validité du pouvoir du gouverneur en conseil.

Le gouverneur en conseil a raisonnablement conclu qu'une partie à un contrat confidentiel peut dans certaines circonstances déposer une plainte en vertu de l'art. 120.1. Cette décision est étayée par les faits et par le libellé du par. 120.1(1). La conclusion suivant laquelle l'existence d'un contrat confidentiel n'empêchait pas un expéditeur de demander un examen du caractère raisonnable des frais en vertu du par. 120.1(1) concorde avec les dispositions de la *Loi*, lesquelles n'empêchent pas l'Office d'examiner le caractère raisonnable des frais que contient un tarif applicable à plus d'un expéditeur, que le tarif soit ou non incorporé par renvoi dans un contrat confidentiel. En outre, le gouverneur en conseil pouvait conclure qu'en édictant l'art. 120.1, le législateur entendait offrir une certaine protection aux expéditeurs. En conséquence, sans décider si, dans un cas donné, un contrat confidentiel pourrait priver un expéditeur du recours prévu à l'art. 120.1, il est raisonnable d'affirmer que le fait de laisser aux parties à des contrats confidentiels l'accès au mécanisme des plaintes prévu à l'art. 120.1 serait conforme à cette intention du législateur. L'interprétation de l'art. 120.1 donnée par le gouverneur en conseil était raisonnable.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735; *Public Mobile Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 194, [2011] 3 R.C.F. 344; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 R.C.S. 41; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *Placer Dome Canada Ltd. c. Ontario (Ministre des Finances)*, 2006 CSC 20, [2006] 1 R.C.S. 715; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Katz Group Canada Inc.*

Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District), 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654.

Statutes and Regulations Cited

Broadcasting Act, S.C. 1991, c. 11, s. 28.
Canada Marine Act, S.C. 1998, c. 10, ss. 52(2), 94(3).
Canada Oil and Gas Operations Act, R.S.C. 1985, c. O-7, s. 51.
Canada Transportation Act, S.C. 1996, c. 10, ss. 40, 41, 120.1, 126, 161, 162(1), 165(1), (3).
National Transportation Act, S.C. 1966-67, c. 69.
National Transportation Act, 1987, S.C. 1987, c. 34, s. 120.
Pilotage Act, R.S.C. 1985, c. P-14, s. 35(7).
Railway Act, S.C. 1888, c. 29, s. 11(r).
Railway Act, 1868, S.C. 1868, c. 68, s. 23.
Railway Act, 1903, S.C. 1903, c. 58.
Telecommunications Act, S.C. 1993, c. 38, s. 12.

Authors Cited

Canada. House of Commons. *Debates of the House of Commons of the Dominion of Canada*, vol. LVIII, 3rd Sess., 9th Parl., March 20, 1903, pp. 248 and 259.
 Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. XI, 1st Sess., 27th Parl., January 10, 1967, p. 11630.
 Canada. House of Commons. Standing Committee on Transport, Infrastructure and Communities. *Evidence*, No. 2, 2nd Sess., 39th Parl., November 22, 2007, pp. 1-2.
 Canada. House of Commons. Standing Committee on Transport, Infrastructure and Communities. *Evidence*, No. 3, 2nd Sess., 39th Parl., November 27, 2007, pp. 1-2.
 Canada. Parliamentary Information and Research Service. Legislative Summary LS-569E. "Bill C-8: An Act to Amend the Canada Transportation Act (Railway Transportation)", by David Johansen, Law and Government Division, November 2, 2007, revised June 27, 2008.
 Canada. Transport Canada. *Freedom to Move: The Legislation: Overview of National Transportation Legislation 1986*. Ottawa: Transport Canada, 1986.

c. Ontario (Santé et Soins de longue durée), 2013 CSC 64, [2013] 3 R.C.S. 810; *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654.

Lois et règlements cités

Acte des chemins de fer, S.C. 1888, ch. 29, art. 11r).
Acte des chemins de fer, 1868, S.C. 1868, ch. 68, art. 23.
Acte des chemins de fer, 1903, S.C. 1903, ch. 58.
Loi maritime du Canada, L.C. 1998, ch. 10, art. 52(2), 94(3).
Loi nationale de 1987 sur les transports, L.C. 1987, ch. 34, art. 120.
Loi nationale sur les transports, S.C. 1966-67, ch. 69.
Loi sur la radiodiffusion, L.C. 1991, ch. 11, art. 28.
Loi sur le pilotage, L.R.C. 1985, ch. P-14, art. 35(7).
Loi sur les opérations pétrolières au Canada, L.R.C. 1985, ch. O-7, art. 51.
Loi sur les télécommunications, L.C. 1993, ch. 38, art. 12.
Loi sur les transports au Canada, L.C. 1996, ch. 10, art. 40, 41, 120.1, 126, 161, 162(1), 165(1), (3).

Doctrine et autres documents cités

Canada. Chambre des communes. Comité permanent des transports, de l'infrastructure et des collectivités. *Témoignages*, n° 2, 2^e sess., 39^e lég., 22 novembre 2007, p. 1-2.
 Canada. Chambre des communes. Comité permanent des transports, de l'infrastructure et des collectivités. *Témoignages*, n° 3, 2^e sess., 39^e lég., 27 novembre 2007, p. 1-2.
 Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. XI, 1^{re} sess., 27^e lég., 10 janvier 1967, p. 11630.
 Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes du Canada*, vol. LVIII, 3^e sess., 9^e lég., 20 mars 1903, p. 252 et 262.
 Canada. Service d'information et de recherche parlementaires. Résumé législatif LS-569F. « Projet de loi C-8 : Loi modifiant la Loi sur les transports au Canada (transport ferroviaire) », par David Johansen, Division du droit et du gouvernement, 2 novembre 2007, révisé 27 juin 2008.
 Canada. Transports Canada. *Aller sans entraves : l'étape de la législation : aperçu de la loi nationale sur les transports 1986*. Ottawa : Transports Canada, 1986.

Coyne, H. E. B. *The Railway Law of Canada*. Toronto: Canada Law Book Co., 1947.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Dawson, Gauthier and Stratas JJ.A.), 2012 FCA 278, 440 N.R. 217, [2012] F.C.J. No. 1438 (QL), 2012 CarswellNat 4527, setting aside a decision of Hughes J., 2011 FC 1201, 398 F.T.R. 218, [2011] F.C.J. No. 1469 (QL), 2011 CarswellNat 4297. Appeal dismissed.

Guy J. Pratte, Nadia Effendi and Éric Harvey, for the appellant.

Peter Southey and Sean Gaudet, for the respondent the Attorney General of Canada.

Forrest C. Hume and Cynthia A. Millar, for the respondents Peace River Coal Inc. and the Canadian Industrial Transportation Association.

The judgment of the Court was delivered by

ROTHSTEIN J. —

I. Overview

[1] In *The Railway Act, 1868*, S.C. 1868, c. 68, the Governor in Council was given the power to approve railway freight rates in Canada. In 1903, the regulation of freight rates devolved to the Board of Railway Commissioners and the role of the Governor in Council changed to that of a reviewing body with the power to vary or rescind decisions of the Board of Railway Commissioners. Section 40 of the *Canada Transportation Act*, S.C. 1996, c. 10 (“CTA”), continues this role for the Governor in Council to vary or rescind any decision or order of the Canadian Transportation Agency (“Agency”).

[2] The questions at issue in this appeal centre on whether the Governor in Council was empowered to vary or rescind a decision of the Agency on a

Coyne, H. E. B. *The Railway Law of Canada*. Toronto : Canada Law Book Co., 1947.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale (les juges Dawson, Gauthier et Stratas), 2012 CAF 278, 440 N.R. 217, [2012] A.C.F. n° 1438 (QL), 2012 CarswellNat 5639, qui a infirmé une décision du juge Hughes, 2011 CF 1201, 398 F.T.R. 218, [2011] A.C.F. n° 1469 (QL), 2011 CarswellNat 5850. Pourvoi rejeté.

Guy J. Pratte, Nadia Effendi et Éric Harvey, pour l’appelante.

Peter Southey et Sean Gaudet, pour l’intimé le procureur général du Canada.

Forrest C. Hume et Cynthia A. Millar, pour les intimées Peace River Coal Inc. et l’Association canadienne de transport industriel.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ROTHSTEIN —

I. Aperçu

[1] L’*Acte des chemins de fer, 1868*, S.C. 1868, ch. 68, conférait au gouverneur en conseil le pouvoir d’approuver les prix du transport des marchandises par voie ferrée au Canada. En 1903, la réglementation des prix du transport des marchandises a été dévolue à la Commission des chemins de fer, et le gouverneur en conseil s’est vu confier un nouveau rôle, celui d’organisme de révision habilité à modifier ou à annuler les décisions de la Commission. L’article 40 de la *Loi sur les transports au Canada*, L.C. 1996, ch. 10 (« Loi »), a maintenu ce rôle du gouverneur en conseil en matière de modification et d’annulation des décisions et arrêts de l’Office des transports du Canada (« Office »).

[2] Les questions en litige dans le présent pourvoi ont principalement trait au fait de savoir si le gouverneur en conseil est habilité à modifier ou à

point of law. In my respectful opinion, the Governor in Council has such authority.

II. Facts

[3] This appeal concerns a confidential contract between the Canadian National Railway Company (“CN”) and Peace River Coal Inc. (“PRC”). PRC operates a coal loading facility at Trend, British Columbia. The confidential contract, effective for the period from January 1, 2008 to June 30, 2010, was for shipping coal from Trend to Ridley Terminals in Prince Rupert, British Columbia.

[4] The confidential contract incorporated by reference all applicable tariffs, rules and regulations. In particular, it incorporated “Fuel Surcharge Tariff CN 7402 series, supplements thereto or re-issues thereof”, which provided for the addition of a mileage-based fuel surcharge to the base rate CN charged for carriage of freight. The surcharge would be applied when the monthly average price of highway diesel fuel equalled or exceeded a set price called the “strike price”. Tariff 7402 set the strike price at US\$1.25 per gallon. CN and PRC both understood that, during the lifetime of the contract, CN could unilaterally make changes to Tariff 7402. The contract did not provide a mechanism for PRC to challenge any change to the Tariff unilaterally made by CN.

[5] On February 21, 2008, CN advised its customers that, effective April 1, 2008, it would be introducing Tariff 7403, which provided for a strike price of US\$2.30 per gallon. However, Tariff 7402 would remain in effect until the expiration of those contracts to which Tariff 7402 applied.

[6] PRC asked CN to apply Tariff 7403 to PRC’s traffic as of April 1, 2008. CN declined this request.

annuler une décision de l’Office sur un point de droit. À mon humble avis, le gouverneur en conseil a le pouvoir de le faire.

II. Faits

[3] Le présent pourvoi concerne un contrat confidentiel intervenu entre la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada (« CN ») et Peace River Coal Inc. (« PRC »). PRC exploite une installation de chargement de charbon à Trend, en Colombie-Britannique. Ce contrat, qui a été en vigueur du 1^{er} janvier 2008 au 30 juin 2010, portait sur le transport de charbon par voie ferrée depuis Trend jusqu’à Ridley Terminals à Prince Rupert, en Colombie-Britannique.

[4] Le contrat confidentiel incorporait par renvoi tous les tarifs, les règles et les règlements applicables. En particulier, il incorporait le [TRADUCTION] « Tarif de supplément carburant CN 7402, ses ajouts ou ses rééditions », qui prévoyait l’ajout, au taux de base que facturait le CN pour le transport de marchandises, d’un supplément pour carburant calculé en fonction du millage parcouru. Le supplément carburant serait appliqué lorsque le prix moyen mensuel du carburant diesel pour véhicules routiers serait égal ou supérieur à un prix préétabli appelé le « seuil ». Le tarif 7402 fixait le seuil à 1,25 \$ US le gallon. Le CN et PRC savaient toutes deux que, pendant la durée du contrat, le CN pourrait modifier unilatéralement le tarif 7402. Le contrat ne prévoyait aucun mécanisme permettant à PRC de contester un changement que le CN apporterait unilatéralement à ce tarif.

[5] Le 21 février 2008, le CN a informé ses clients qu’il allait adopter le tarif 7403, avec effet à compter du 1^{er} avril 2008, et que le seuil serait de 2,30 \$ US le gallon. Cependant, le tarif 7402 continuerait à s’appliquer aux contrats conclus au tarif 7402 jusqu’à leur expiration.

[6] PRC a demandé au CN d’appliquer dès le 1^{er} avril 2008 le tarif 7403 aux services de transport qu’elle obtenait, mais le CN a refusé.

[7] On April 22, 2008, PRC applied to the Agency under s. 120.1 of the *CTA* for an order establishing a reasonable fuel surcharge to apply to PRC's traffic. PRC requested that the Agency require CN to vary its charges in Tariff 7402 to reflect the charges in Tariff 7403; that is, that its rates for the movement of its coal from Trend to Ridley Terminals in its confidential contract could not be increased by a fuel surcharge until the strike price of US\$2.30 per gallon was equalled or exceeded.

[8] On motion by CN, the Agency dismissed PRC's application on the ground that PRC was asking the Agency to amend its confidential contract, which the Agency said it did not have the jurisdiction to do. PRC did not seek leave to appeal to the Federal Court of Appeal, despite having the option to do so pursuant to s. 41 of the *CTA*, which provides for a right of appeal, on leave being obtained, on a matter of law or jurisdiction brought within one month of the Agency's decision.

[9] Six months after the Agency's decision, the Canadian Industrial Transportation Association ("CITA"), a trade association representing the interests of shippers, filed a petition with the Governor in Council requesting a variance of the Agency's decision pursuant to s. 40 of the *CTA*. PRC is a member of CITA. CITA asked the Governor in Council to direct the Agency that the confidential contract between PRC and CN does not preclude the Agency from assessing the reasonableness of the fuel surcharge in Tariff 7402. On June 10, 2010, the Governor in Council rescinded the Agency's decision.

III. Relevant Statutory Provisions

[10] The relevant statutory provisions are contained in the Appendix. The statutory provisions most directly at issue in this appeal are ss. 40, 41 and 120.1 of the *CTA*.

[7] Le 22 avril 2008, PRC a demandé à l'Office, en vertu de l'art. 120.1 de la *Loi*, de rendre une ordonnance fixant un supplément carburant raisonnable pour les services de transport qu'elle obtenait du CN. Elle a demandé à l'Office d'obliger le CN à modifier les frais prescrits par le tarif 7402 de façon à les faire correspondre à ceux que prévoyait le tarif 7403, c'est-à-dire d'ordonner que les taux prévus aux termes du contrat confidentiel concernant le transport de son charbon depuis le terminal de Trend jusqu'à Ridley Terminals, ne soient pas assujettis à un supplément carburant avant que le seuil soit égal ou supérieur à 2,30 \$ US le gallon.

[8] Saisi d'une requête du CN, l'Office a rejeté la demande de PRC au motif que cette dernière lui demandait de modifier son contrat confidentiel, ce que l'Office affirmait ne pas avoir le pouvoir de faire. PRC n'a pas demandé l'autorisation d'interjeter appel de cette décision auprès de la Cour d'appel fédérale, même s'il lui était loisible de le faire aux termes de l'art. 41 de la *Loi*, lequel prévoit un droit d'appel, avec l'autorisation de la cour, sur une question de droit ou de compétence à la suite d'une demande présentée dans le mois suivant la date de la décision de l'Office.

[9] Six mois après la décision de l'Office, l'Association canadienne de transport industriel (« ACTI »), une association commerciale représentant les intérêts des expéditeurs, a demandé par voie de requête au gouverneur en conseil de modifier la décision de l'Office en vertu de l'art. 40 de la *Loi*. PRC est membre de l'ACTI. Cette dernière a demandé au gouverneur en conseil d'ordonner à l'Office de considérer que le contrat confidentiel passé entre PRC et le CN n'empêchait pas l'Office de déterminer si le supplément carburant prévu au tarif 7402 était raisonnable. Le 10 juin 2010, le gouverneur en conseil a annulé la décision de l'Office.

III. Dispositions législatives applicables

[10] Les dispositions législatives applicables figurent à l'annexe. Les articles 40, 41 et 120.1 de la *Loi* sont plus directement en cause en l'espèce.

IV. Administrative Decisions

A. *The Decision of the Agency*

[11] CN brought a preliminary motion before the Agency, seeking to dismiss PRC's application on two grounds: (1) the Agency did not have jurisdiction to amend the terms of a confidential contract under s. 120.1 of the *CTA* and (2) the fuel surcharge was part of the rate for the movement of traffic such that s. 120.1(7) would preclude review of the surcharge under s. 120.1 of the *CTA*.

[12] The Agency found that PRC was seeking to have the fuel surcharge provided for in the contract changed to reflect a different fuel surcharge.

[13] Citing certainty and predictability of contract, the Agency found that the parties were bound by the contract and that it had no jurisdiction to change the terms of a contract under s. 120.1. The Agency did not find it necessary to go on to consider whether the fuel surcharge forms part of the rate for the movement of traffic within the meaning of s. 120.1(7). The Agency dismissed PRC's application.

B. *The Decision of the Governor in Council*

[14] The Governor in Council rescinded the Agency's decision. The Order in Council, P.C. 2010-749, stated that s. 120.1 of the *CTA* is a complaint-based regulatory remedy against unreasonable charges for the movement of traffic imposed by a railway company. Section 120.1 is aimed at benefiting all shippers subject to the charges in the challenged tariff rather than only benefiting the complainant. The complaint filed by PRC was for the benefit of all shippers subject to the charge contained in Tariff 7402, which applies to more than one shipper.

[15] The Order in Council stated that the Governor in Council was of the opinion that, while the existence and terms and conditions of a confidential contract are relevant to whether PRC will benefit from an order made by the Agency under s. 120.1,

IV. Décisions administratives

A. *Décision de l'Office*

[11] Le CN a présenté à l'Office une requête préliminaire visant à faire rejeter la demande de PRC pour deux motifs : (1) l'Office n'était pas compétent pour modifier les modalités d'un contrat confidentiel en vertu de l'art. 120.1 de la *Loi*; (2) le supplément carburant faisait partie du prix relatif au transport, de sorte que le par. 120.1(7) empêchait que le supplément soit révisé en vertu de l'art. 120.1 de la *Loi*.

[12] L'Office a conclu que PRC demandait que le supplément carburant prévu au contrat soit modifié pour qu'il corresponde à un supplément carburant différent.

[13] Invoquant la certitude et la prévisibilité des contrats, l'Office a conclu que les parties étaient liées par le contrat et qu'il n'avait pas compétence pour modifier les modalités du contrat en vertu de l'art. 120.1. Il n'a pas jugé nécessaire d'examiner la question de savoir si le supplément carburant faisait partie du prix relatif au transport au sens du par. 120.1(7) et il a rejeté la demande de PRC.

B. *Décision du gouverneur en conseil*

[14] Le gouverneur en conseil a annulé la décision de l'Office. Le décret C.P. 2010-749 précisait que l'art. 120.1 de la *Loi* prévoit un recours administratif par voie de plainte à l'encontre des frais de transport déraisonnables appliqués par une compagnie de chemin de fer. L'article 120.1 est censé bénéficier non pas seulement au plaignant mais également à l'ensemble des expéditeurs assujettis aux frais prévus dans le tarif contesté. La plainte déposée par PRC avait été présentée dans l'intérêt de tous les expéditeurs assujettis aux frais prévus par le tarif 7402, lequel s'applique à plus d'un expéditeur.

[15] Selon le décret, le gouverneur en conseil estimait que, même si l'existence et les modalités d'un contrat confidentiel avaient une incidence sur la question de savoir si PRC profiterait d'une ordonnance de l'Office rendue en vertu de l'art. 120.1, ce

the confidential contract had no bearing on the reasonableness of a charge in a tariff that applies to more than one shipper and is not a tariff referred to in s. 165(3) of the *CTA*.

V. Judicial History

A. *Federal Court of Canada, 2011 FC 1201, 398 F.T.R. 218*

[16] CN sought judicial review of the Governor in Council's decision. Hughes J. set aside the Order of the Governor in Council and restored the Agency's decision. Hughes J. characterized the issue before the Governor in Council as one of "pure jurisdiction" as it centred on the Agency's jurisdiction over PRC's application and determined that the applicable standard of review was correctness (para. 68).

[17] Hughes J. found that PRC was seeking to have the fuel surcharge in the contract changed to reflect a different fuel surcharge. He also held that Tariff 7402 was part of the "rate" for the movement of traffic and was therefore exempt from review by the Agency on the basis of s. 120.1(7). The Agency had no power to vary a contract entered into by the parties and did not have jurisdiction to review rates which are covered by the s. 120.1(7) exemption. Although the Governor in Council has the authority to determine questions of law and jurisdiction, the decision of the Governor in Council to rescind the Agency's decision was incorrect.

B. *Federal Court of Appeal, 2012 FCA 278, 440 N.R. 217*

[18] The Federal Court of Appeal set aside the judgment of the Federal Court and dismissed CN's application for judicial review of the Governor in Council's decision.

[19] Applying a reasonableness standard, Dawson J.A. held that the decision of the Governor in Council was reasonable. She determined that "[t]he effect of the Governor in Council's decision was to impugn the Agency's factual determination that

contrat confidentiel n'avait aucune incidence sur le caractère raisonnable des frais prévus par un tarif qui est applicable à plus d'un expéditeur et qui n'est pas un tarif mentionné au par. 165(3) de la *Loi*.

V. Historique judiciaire

A. *Cour fédérale du Canada, 2011 CF 1201 (CanLII)*

[16] Le CN a demandé le contrôle judiciaire de la décision du gouverneur en conseil. Le juge Hughes a annulé le décret du gouverneur en conseil et rétabli la décision de l'Office. Le juge a qualifié la question soumise au gouverneur en conseil de question touchant « véritablement à la compétence » car elle était axée sur la compétence de l'Office à l'égard de la demande de PRC, et il a conclu que la norme de contrôle applicable était celle de la décision correcte (par. 68).

[17] Le juge Hughes a estimé que PRC cherchait à faire modifier le supplément carburant prévu au contrat pour qu'il corresponde à un supplément différent. Il a aussi décidé que le tarif 7402 faisait partie du « prix » relatif au transport et que, aux termes du par. 120.1(7), l'Office ne pouvait donc pas l'examiner. L'Office n'avait pas le pouvoir de modifier un contrat passé entre les parties et n'avait pas compétence pour réviser des prix auxquels s'applique l'exemption prévue au par. 120.1(7). Même si le gouverneur en conseil était habilité à trancher des questions de droit et de compétence, sa décision d'annuler la décision de l'Office était mal fondée.

B. *Cour d'appel fédérale, 2012 CAF 278 (CanLII)*

[18] La Cour d'appel fédérale a infirmé le jugement de la Cour fédérale et a rejeté la demande de contrôle judiciaire de la décision du gouverneur en conseil présentée par le CN.

[19] Appliquant la norme du caractère raisonnable, la juge Dawson a conclu que la décision du gouverneur en conseil était raisonnable. Elle a estimé que cette « décision du gouverneur en conseil a[vait] eu pour effet d'infirmar la conclusion de fait de l'Office

[PRC]’s application sought ‘an order requiring new fuel surcharge rates to apply to the confidential contract . . .’” (para. 43). The Governor in Council substituted its own view, which was that PRC’s application was for the benefit of all shippers. Dawson J.A. held that the characterization by the Governor in Council of the nature of PRC’s application to the Agency was a question of fact that carried a policy component. Accordingly, it was not necessary for the Federal Court of Appeal to consider whether the Governor in Council is a proper forum for determining questions of law and jurisdiction.

[20] Dawson J.A. concluded that the specific remedy sought, together with the fact that s. 120.1 is “‘aimed at benefiting all shippers subject to the . . . challenged tariff” provided a basis upon which the Governor in Council could reasonably conclude that [PRC]’s application ‘was for the benefit of all shippers subject to the alleged charge’” (para. 50). She held that the Governor in Council’s decision was supported by the evidence and fell within a range of outcomes defensible in respect of the facts and law. The decision was therefore reasonable. In addition, as the Agency declined to decide whether the fuel surcharge was part of the rate for the movement of traffic within the meaning of s. 120.1(7), the Federal Court judge sitting on judicial review erred by determining this issue, which remained a live issue before the Agency. The s. 120.1(7) issue was not a proper basis for setting aside the decision of the Governor in Council. Making the judgment that the Federal Court ought to have pronounced, the Federal Court of Appeal dismissed CN’s application for judicial review.

VI. Issues

[21] This appeal raises four issues:

- (1) What was the nature of the question answered by the Governor in Council in this case?
- (2) What is the scope of the Governor in Council’s authority under s. 40 of the *CTA*?

selon laquelle [PRC] visait par sa plainte à obtenir “une ordonnance exigeant l’application de nouveaux suppléments pour le carburant au contrat . . .” » (par. 43). Le gouverneur en conseil avait, selon elle, substitué sa propre opinion à celle de l’Office en estimant que PRC avait déposé sa plainte dans l’intérêt de tous les expéditeurs. La juge Dawson a conclu que la manière dont le gouverneur en conseil avait caractérisé la nature de la demande de PRC à l’Office était une question de fait qui comportait un élément de politique. Il n’était donc pas nécessaire que la Cour d’appel fédérale détermine si le gouverneur en conseil avait compétence pour trancher des questions de droit et de compétence.

[20] La juge Dawson a conclu que, en raison de la réparation précise demandée et du fait que l’art. 120.1 « “doit profiter à tous les expéditeurs assujettis [au] tarif contesté”, le gouverneur en conseil était fondé à conclure [raisonnablement] que la plainte de [PRC] visait “l’intérêt de tous les expéditeurs assujettis aux frais allégués” » (par. 50). Elle a estimé que la décision du gouverneur en conseil était étayée par la preuve et appartenait aux issues pouvant se justifier au regard des faits et du droit. Cette décision était donc raisonnable. En outre, comme l’Office avait refusé de décider si le supplément carburant faisait partie du prix relatif au transport au sens du par. 120.1(7), le juge de la Cour fédérale saisi de la demande de contrôle judiciaire avait commis une erreur en tranchant cette question, dont l’Office demeurait encore saisi. La question relative au par. 120.1(7) n’était pas un motif valable permettant d’annuler la décision du gouverneur en conseil. Rendant le jugement que la Cour fédérale aurait dû rendre, la Cour d’appel fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire du CN.

VI. Questions en litige

[21] Le présent pourvoi soulève quatre questions :

- (1) Quelle est la nature de la question à laquelle le gouverneur en conseil a répondu en l’espèce?
- (2) Quelle est l’étendue du pouvoir que l’art. 40 de la *Loi* confère au gouverneur en conseil?

(3) What is the applicable standard of review?

(4) Does the Governor in Council's decision withstand judicial review?

VII. Background to the Regulatory Scheme

A. *Section 120.1 of the CTA*

[22] Section 120.1 was added to the legislation following a 2001 statutory review of the *CTA* and as part of amendments aimed at updating the legislative framework (Parliamentary Information and Research Service, Legislative Summary LS-569E, "Bill C-8: An Act to Amend the Canada Transportation Act (Railway Transportation)", revised June 27, 2008, at p. 1). Shippers had expressed concerns about incidental or ancillary charges, applied over and above freight rates for the movement of traffic. Examples of such charges include those imposed for cleaning cars, storing cars, weighing product and demurrage, a charge imposed for taking longer than the permitted free time to load or unload a car. Unlike rates for the movement of traffic from origin to destination, which may be challenged through final offer arbitration, shippers had limited recourse to challenge incidental or ancillary charges established unilaterally by the railway companies (Standing Committee on Transport, Infrastructure and Communities, *Evidence*, No. 2, 2nd Sess., 39th Parl., November 22, 2007, at p. 2).

[23] The amendments came as part of a move towards partial re-regulation in the rail sector after two decades of deregulation. Beginning with legislative reform in 1987 and continuing with further amendments in 1996, the goals of deregulation were to increase efficiency and improve service in the rail industry in Canada (Standing Committee on Transport, Infrastructure and Communities, *Evidence*, No. 3, 2nd Sess., 39th Parl., November 27, 2007, at pp. 1-2). Although deregulation was seen to achieve these aims, rail services were and are not

(3) Quelle est la norme de contrôle applicable?

(4) La décision du gouverneur en conseil résiste-t-elle à un contrôle judiciaire?

VII. Contexte du régime de réglementation

A. *L'article 120.1 de la Loi*

[22] L'article 120.1 a été ajouté à la suite d'un examen législatif de la *Loi* effectué en 2001 et dans le cadre de modifications visant à mettre à jour le cadre législatif (Service d'information et de recherche parlementaires, Résumé législatif LS-569F, « Projet de loi C-8 : Loi modifiant la Loi sur les transports au Canada (transport ferroviaire) », révisé au 27 juin 2008, p. 1). Les expéditeurs avaient exprimé des préoccupations à propos de l'application de frais connexes ou accessoires s'ajoutant aux prix relatifs au transport de marchandises. Parmi ces frais figuraient, par exemple, ceux que l'on exige pour le nettoyage ou le remisage des wagons et la pesée des produits, ainsi que les frais de stationnement, que l'on exige lorsqu'il faut plus de temps que le délai de séjour autorisé pour charger ou décharger un wagon. Contrairement à ce qui existait dans le cas des frais relatifs au transport entre le point d'origine et celui de destination, lesquels peuvent être contestés par voie d'arbitrage, les expéditeurs disposaient de peu de recours pour contester les frais connexes ou accessoires que fixaient unilatéralement les compagnies de chemin de fer (Comité permanent des transports, de l'infrastructure et des collectivités, *Témoignages*, n° 2, 2^e sess., 39^e lég., 22 novembre 2007, p. 2).

[23] Les modifications s'inscrivaient dans la foulée d'un retour partiel vers la réglementation dans le secteur ferroviaire après deux décennies de déréglementation. La déréglementation, qui avait dans un premier temps donné lieu à une réforme législative en 1987 pour se poursuivre par d'autres modifications en 1996, avait pour objectifs d'accroître l'efficacité et d'améliorer les services au sein de l'industrie ferroviaire au Canada (Comité permanent des transports, de l'infrastructure et des collectivités, *Témoignages*, n° 3, 2^e sess., 39^e lég., 27 novembre

provided in a perfectly competitive marketplace. In certain circumstances, the railway companies were seen to have superior market power to shippers. This superior market power of the railway companies, combined with the complaints of shippers over railway service and rates, led to Parliament's efforts to respond to these concerns (Standing Committee on Transport, Infrastructure and Communities, November 22, 2007, at p. 1). As the Honourable Lawrence Cannon, Minister of Transport, Infrastructure and Communities explained: "I believe the time has come to rebalance the legislative framework in favour of shippers" (*ibid.*, at p. 2).

[24] In the context of this "rebalancing" in favour of shippers, s. 120.1 was introduced to provide a new remedy for shippers who are subject to unreasonable charges or associated terms and conditions for the movement of traffic or for the provision of incidental services that are found in a tariff that applies to more than one shipper, other than a tariff resulting from a decision of an arbitrator in a final offer arbitration. It provides that, if, on complaint in writing to the Agency, the Agency finds that the charges or associated terms and conditions are unreasonable, the Agency may establish new charges or associated terms and conditions. Under s. 120.1(7), this complaint-based remedy does not apply to rates for the movement of traffic from origin to destination.

B. Confidential Contracts

[25] Under s. 126 of the CTA, carriers and shippers may enter into confidential contracts. A confidential contract may pertain to the rates to be charged by the railway company to the shipper, reductions or allowances pertaining to rates in tariffs, rebates or allowances pertaining to rates in tariffs or confidential contracts, any conditions relating to the traffic to be moved by the railway company

2007, p. 1-2). Même si l'on considérait que la déréglementation permettait d'atteindre ces objectifs, les services ferroviaires n'étaient pas — et ne sont pas — fournis dans un marché parfaitement concurrentiel. Dans certaines circonstances, on considérait que les compagnies de chemin de fer avaient une puissance commerciale supérieure à celle des expéditeurs. Cette puissance commerciale supérieure des compagnies de chemin de fer, conjuguée aux plaintes des expéditeurs à l'égard des services et des prix du secteur ferroviaire, a amené le Parlement à répondre à ces préoccupations (Comité permanent des transports, de l'infrastructure et des collectivités, 22 novembre 2007, p. 1). Comme l'a expliqué l'honorable Lawrence Cannon, ministre des Transports, de l'Infrastructure et des Collectivités : « [j]e crois que le moment est venu de rééquilibrer le cadre législatif au profit des expéditeurs » (*ibid.*, p. 2).

[24] Dans le contexte de ce « rééquilibrage » en faveur des expéditeurs, l'art. 120.1 a été introduit afin d'offrir un nouveau recours aux expéditeurs à qui sont appliqués, pour le transport ou la prestation de services connexes, des frais ou des conditions afférentes déraisonnables qui figurent dans un tarif applicable à plus d'un expéditeur, exception faite d'un tarif découlant d'une décision rendue par un arbitre dans le cadre d'un arbitrage. Cet article prévoit que si, à la suite du dépôt d'une plainte, l'Office estime que ces frais ou ces conditions sont déraisonnables, il peut fixer de nouveaux frais ou de nouvelles conditions. Aux termes du par. 120.1(7), ce recours ne s'applique pas aux prix relatifs au transport entre le point d'origine et le point de destination.

B. Les contrats confidentiels

[25] Aux termes de l'art. 126 de la Loi, les transporteurs et les expéditeurs peuvent conclure des contrats confidentiels. Les contrats de cette nature peuvent porter sur les prix exigés de l'expéditeur par la compagnie ferroviaire, les baisses de prix, ou les allocations afférentes à ceux-ci, qui sont indiquées dans les tarifs établis, les rabais sur les prix, ou les allocations afférentes à ceux-ci, qui sont établis dans

and the manner in which the railway company shall fulfill its service obligations.

[26] Confidential contracts were introduced in 1987 amendments to railway legislation (*National Transportation Act, 1987*, S.C. 1987, c. 34, s. 120). Parliament provided for confidential contracts in order to promote flexibility in negotiations between railway companies and shippers for rates and services (*Freedom to Move: The Legislation: Overview of National Transportation Legislation 1986* (1986), at p. 8). Confidential contracts provide an alternative to the historic requirement that a railway company could only charge a rate in respect of the movement of traffic if the rate was set out in a tariff that had been issued and published by the railway company.

[27] Where a rate is not contained in a confidential contract, typically when a confidential contract expires, a shipper dissatisfied with the rate proposed by the railway company may submit the matter to the Agency for final offer arbitration (*CTA*, s. 161). The Agency itself does not conduct the final offer arbitration. Rather, if the parties do not agree upon the arbitrator or if no arbitrator is chosen, the arbitrator will be appointed by the Agency (*CTA*, s. 162(1)(a)). However, a party to a confidential contract cannot submit a matter governed by the confidential contract to the Agency for final offer arbitration unless the parties consent (*CTA*, s. 126(2)).

[28] As the evidence in this case established, it is common railway industry practice to include a term in confidential contracts which incorporates by reference all of the railway's tariffs covering ancillary and incidental charges (CITA petition, at para. 27, cited in Federal Court of Appeal reasons, at para. 38).

les tarifs ou dans les contrats confidentiels, les conditions relatives au transport à effectuer par la compagnie de chemin de fer, de même que les moyens pris par cette dernière pour s'acquitter de ses obligations en matière de services.

[26] Les contrats confidentiels ont été introduits dans les modifications apportées en 1987 aux dispositions législatives concernant le transport ferroviaire (*Loi nationale de 1987 sur les transports*, L.C. 1987, ch. 34, art. 120). Le législateur a prévu cette mesure afin de donner plus de souplesse aux négociations menées entre les compagnies de chemin de fer et les expéditeurs au sujet des prix et des services (*Aller sans entraves : l'étape de la législation : aperçu de la loi nationale sur les transports 1986* (1986), p. 8). Les contrats confidentiels offrent une solution de rechange à l'exigence historique selon laquelle une compagnie de chemin de fer ne pouvait facturer un prix relatif au transport que si ce prix était fixé dans un tarif établi et publié par cette compagnie.

[27] Lorsqu'un prix ne figure pas dans un contrat confidentiel, habituellement à l'expiration d'un tel contrat, l'expéditeur insatisfait du prix proposé par la compagnie de chemin de fer peut soumettre la question à l'Office en vue d'un arbitrage (art. 161 de la *Loi*). Ce n'est pas l'Office lui-même qui mène l'arbitrage. Mais si les parties ne s'entendent pas sur un arbitre ou si aucun arbitre n'est choisi, c'est l'Office qui le choisit (al. 162(1)a) de la *Loi*). Toutefois, une partie à un contrat confidentiel ne peut soumettre à l'Office pour arbitrage une question régie par le contrat confidentiel que si les parties y consentent (par. 126(2) de la *Loi*).

[28] Comme l'a établi la preuve produite en l'espèce, il est d'usage dans l'industrie du transport ferroviaire d'inclure dans un contrat confidentiel une clause qui incorpore par renvoi la totalité des tarifs de la compagnie de chemin de fer qui visent les frais connexes et accessoires (requête de l'ACTI, par. 27, citée dans les motifs de la Cour d'appel fédérale, par. 38).

VIII. Analysis

A. *The Nature of the Question Answered by the Governor in Council*

[29] The Governor in Council rescinded the Agency's decision. PRC argues, and the Federal Court of Appeal found, that the issue before the Governor in Council was predominantly fact-based and, in addition, carried a policy component. PRC submits that the Agency mischaracterized its application as it was not in fact seeking to have the Agency amend the terms of its confidential contract. Rather, PRC alleges that a finding by the Agency that the fuel surcharge in Tariff 7402 is unreasonable could result in an order from the Agency requiring CN to vary the fuel surcharge, such that a higher strike price would apply to shippers subject to Tariff 7402, including PRC. As I understand it, PRC's position is that, because the confidential contract states that fuel surcharges would be subject to supplements or reissuances of Tariff 7402, any variance of the fuel surcharge would be incorporated by reference into the confidential contract by reason of the issuance of a supplement to or reissuance of Tariff 7402, without constituting an amendment to the contract. Accordingly, the Agency mischaracterized PRC's application and the Governor in Council simply disagreed with the Agency in this regard — a question of fact that it says carried a policy component in light of the purpose of s. 120.1.

[30] The Order in Council contained two key findings. First, the Governor in Council found that PRC's complaint was for the benefit of all shippers subject to the fuel surcharge contained in Tariff 7402. Tariff 7402 applied to more than one shipper and was not a tariff referred to in s. 165(3) of the *CTA* (a tariff resulting from a decision of a final offer arbitrator). As these are the statutory conditions for bringing a complaint, PRC's application met the requirements of s. 120.1 of the *CTA*.

VIII. Analyse

A. *Nature de la question à laquelle le gouverneur en conseil a répondu*

[29] Le gouverneur en conseil a annulé la décision de l'Office. PRC fait valoir — et la Cour d'appel fédérale a conclu — que la question soumise au gouverneur en conseil était de nature essentiellement factuelle et qu'elle comportait aussi un élément de politique. PRC soutient que l'Office a mal interprété sa demande, car elle ne cherchait pas en fait à faire modifier les conditions de son contrat confidentiel. PRC allègue plutôt qu'une conclusion de l'Office selon laquelle le supplément carburant que prescrit le tarif 7402 est déraisonnable pourrait donner lieu à une ordonnance par laquelle l'Office obligerait le CN à modifier le supplément carburant, de sorte que les expéditeurs assujettis au tarif 7402 — et PRC en fait partie — seraient assujettis à un seuil supérieur. Si j'ai bien compris, PRC adopte cette position parce que le contrat confidentiel stipule que, comme les suppléments carburant feraient l'objet d'ajouts au tarif 7402 ou de rééditions de ce dernier, tout changement apporté au supplément carburant serait incorporé par renvoi au contrat confidentiel en raison de la publication d'un tel ajout ou d'une telle réédition, sans que cela constitue une modification au contrat. De ce fait, l'Office a mal interprété la demande de PRC et le gouverneur en conseil a simplement exprimé son désaccord avec l'Office à cet égard — une question de fait qui, dit-elle, comportait un élément de politique à la lumière de l'objet de l'art. 120.1.

[30] Le décret contenait deux conclusions clés. Premièrement, le gouverneur en conseil a conclu que la plainte de PRC était dans l'intérêt de tous les expéditeurs assujettis au supplément carburant contenu dans le tarif 7402. Ce tarif s'appliquait à plus d'un expéditeur et n'était pas visé au par. 165(3) de la *Loi* (un tarif découlant d'une décision d'un arbitre). Étant donné qu'il s'agit là des conditions que prévoit la *Loi* pour le dépôt d'une plainte, la demande de PRC satisfaisait aux exigences de l'art. 120.1 de la *Loi*.

[31] Second, the Governor in Council stated that while the existence of a confidential contract between a railway company and a complainant and the terms and conditions of such contract are relevant to the question of whether the complainant will benefit from any order made by the Agency under that section, a confidential contract has no bearing on the reasonableness of the charge that is found in a tariff that applies to more than one shipper.

[32] Having regard to these two findings, the Governor in Council determined that the Agency can hear a complaint brought by a party to a confidential contract under s. 120.1. The necessary implication of the Governor in Council's key findings is that, where an applicant meets the statutory requirements of s. 120.1(1), the Agency must consider the reasonableness of the charge, notwithstanding the existence of a confidential contract. The decision therefore held that a confidential contract is not an impediment to a shipper's ability to bring a complaint under s. 120.1 about charges in a tariff that applies to more than one shipper. This decision was a matter of statutory interpretation.

[33] An issue of statutory interpretation is a question of law. In the present case, policy considerations that are at the heart of the complaint mechanism underlie the question of whether a party to a confidential contract can bring a complaint under s. 120.1. These policy considerations include the market power of a railway company in some circumstances and the relatively weaker position of shippers in those circumstances. These policy considerations may be at the root of the Governor in Council's interest in the statutory interpretation issue. However, although there may be policy considerations underlying the question at issue, that does not transform the nature of the question to one of policy or fact. The question of whether a party to a confidential contract can bring a complaint under s. 120.1 is one of law.

[31] Deuxièmement, le gouverneur en conseil a décidé que, même si l'existence et les conditions d'un contrat confidentiel entre une compagnie de chemin de fer et un plaignant sont pertinentes pour déterminer si le plaignant profitera d'une ordonnance que rend l'Office en vertu de cette disposition, un contrat de cette nature n'a aucune incidence sur le caractère raisonnable des frais figurant dans un tarif applicable à plus d'un expéditeur.

[32] Compte tenu de ces deux conclusions, le gouverneur en conseil a décidé que l'Office pouvait instruire la plainte déposée par une partie à un contrat confidentiel en vertu de l'art. 120.1. Les conclusions clés du gouverneur en conseil impliquent forcément que, lorsqu'un demandeur satisfait aux exigences du par. 120.1(1), l'Office est tenu de décider si les frais sont raisonnables, indépendamment de l'existence d'un contrat confidentiel. La décision concluait donc que l'existence d'un contrat confidentiel ne fait pas obstacle à la capacité d'un expéditeur de déposer une plainte en vertu de l'art. 120.1 à propos des frais prévus par un tarif qui s'applique à plus d'un expéditeur. Cette décision constituait une question d'interprétation législative.

[33] Une question d'interprétation législative est une question de droit. En l'espèce, des questions de politique qui se situent au cœur même du mécanisme de plaintes sous-tendent la question de savoir si une partie à un contrat confidentiel peut déposer une plainte en vertu de l'art. 120.1. Ces questions de politique comprennent la puissance commerciale d'une compagnie de chemin de fer dans certaines circonstances, de même que la position relativement plus faible des expéditeurs dans ces mêmes circonstances. Ces questions de politique sont peut-être à l'origine de l'intérêt que porte le gouverneur en conseil à la question de l'interprétation législative. Cependant, même s'il se peut que des questions de politique sous-tendent la question en litige, cela ne transforme pas cette dernière en une question de politique ou de fait. La question de savoir si une partie à un contrat confidentiel peut déposer une plainte en vertu de l'art. 120.1 est une question de droit.

B. *The Scope of the Governor in Council's Authority Under Section 40 of the CTA*

[34] That the Governor in Council answered a question of law in this case raises the issue of whether the Governor in Council has the authority to do so. CN argues that s. 40 of the *CTA* does not confer authority on the Governor in Council to determine matters of law or jurisdiction. Rather, questions of law or jurisdiction must be appealed to the Federal Court of Appeal pursuant to s. 41 of the *CTA*. The Governor in Council only has authority to determine questions of fact and policy. With respect, I cannot agree.

[35] For ease of reference, I produce the text of ss. 40 and 41(1) here:

40. The Governor in Council may, at any time, in the discretion of the Governor in Council, either on petition of a party or an interested person or of the Governor in Council's own motion, vary or rescind any decision, order, rule or regulation of the Agency, whether the decision or order is made *inter partes* or otherwise, and whether the rule or regulation is general or limited in its scope and application, and any order that the Governor in Council may make to do so is binding on the Agency and on all parties.

41. (1) An appeal lies from the Agency to the Federal Court of Appeal on a question of law or a question of jurisdiction on leave to appeal being obtained from that Court on application made within one month after the date of the decision, order, rule or regulation being appealed from, or within any further time that a judge of that Court under special circumstances allows, and on notice to the parties and the Agency, and on hearing those of them that appear and desire to be heard.

[36] The basic rule of statutory interpretation is that “the words of an Act are to be read in their entire context, in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament”: R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at p. 1, citing E. A. Driedger, *The Construction of Statutes* (1974), at p. 67.

[37] Section 40 does not contain any express limitations on the Governor in Council's authority.

B. *Portée des pouvoirs que l'art. 40 de la Loi confère au gouverneur en conseil*

[34] Le fait que le gouverneur en conseil ait tranché une question de droit en l'espèce soulève la question de savoir s'il était habilité à le faire. Le CN plaide que l'art. 40 de la *Loi* ne confère pas au gouverneur en conseil le pouvoir de trancher des questions de droit ou de compétence. Celles-ci doivent plutôt faire l'objet d'un appel auprès de la Cour d'appel fédérale aux termes de l'art. 41 de la *Loi*. Le gouverneur en conseil n'a le pouvoir de trancher que des questions de fait et de politique. En toute déférence, je ne puis être d'accord.

[35] Par souci de commodité, je reproduis ici le texte de l'art. 40 et du par. 41(1) :

40. Le gouverneur en conseil peut modifier ou annuler les décisions, arrêtés, règles ou règlements de l'Office soit à la requête d'une partie ou d'un intéressé, soit de sa propre initiative; il importe peu que ces décisions ou arrêtés aient été pris en présence des parties ou non et que les règles ou règlements soient d'application générale ou particulière. Les décrets du gouverneur en conseil en cette matière lient l'Office et toutes les parties.

41. (1) Tout acte — décision, arrêté, règle ou règlement — de l'Office est susceptible d'appel devant la Cour d'appel fédérale sur une question de droit ou de compétence, avec l'autorisation de la cour sur demande présentée dans le mois suivant la date de l'acte ou dans le délai supérieur accordé par un juge de la cour en des circonstances spéciales, après notification aux parties et à l'Office et audition de ceux d'entre eux qui comparaissent et désirent être entendus.

[36] Selon la règle fondamentale d'interprétation législative, [TRADUCTION] « il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'économie de la loi, son objet et l'intention du législateur » (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5^e éd. 2008), p. 1, citant E. A. Driedger, *The Construction of Statutes* (1974), p. 67).

[37] L'article 40 ne comporte aucune restriction expresse aux pouvoirs du gouverneur en conseil.

Unlike s. 41, which places a number of restrictions on the right of appeal to the Federal Court of Appeal, s. 40 states that the Governor in Council may at any time vary or rescind *any* decision, order, rule or regulation of the Agency on petition of a party or an interested person, or even on the Governor in Council's own motion. There is no language in the provision that suggests the Governor in Council's authority is in any way circumscribed, nor is the Governor in Council's authority restricted to answering issues of fact or policy.

[38] In *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735, this Court described s. 64 of the *National Transportation Act*, the predecessor provision to the current s. 40, as providing for an “unlimited or unconditional” right to petition the Governor in Council, a “quite different” avenue of review from the right of appeal on questions of law or jurisdiction to the Federal Court of Appeal (p. 745). Section 64 was substantially the same as the current s. 40.

[39] As Estey J. explained, “[t]here can be found in s. 64 nothing to qualify the freedom of action of the Governor in Council, or indeed any guidelines, procedural or substantive, for the exercise of its functions under subs. (1)” (p. 745). (Although Estey J.'s conclusion, at p. 759, that the trappings of procedural fairness could not be implied into the provision may not represent the current view of how natural justice operates in an administrative context, the issue of procedural fairness owed by the Governor in Council is not before this Court.) Of course, the Governor in Council is “constrained by statute” and cannot, in the course of exercising its authority under s. 40, enact or change a law of Parliament (*Public Mobile Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 194, [2011] 3 F.C.R. 344, at para. 29; see *Inuit Tapirisat*, at p. 752).

[40] For the purposes of this appeal, it remains the case that the only inherent limitation is that the

Contrairement à l'art. 41, qui impose un certain nombre de restrictions au droit d'interjeter appel à la Cour d'appel fédérale, l'art. 40 prévoit que le gouverneur en conseil peut en tout temps modifier ou annuler les décisions, arrêtés, règles ou règlements de l'Office, *quels qu'ils soient*, à la requête d'une partie ou d'un intéressé et même de sa propre initiative. Rien dans la disposition ne donne à penser que les pouvoirs du gouverneur en conseil sont circonscrits de quelque manière, ni que ces pouvoirs se limitent à répondre à des questions de fait ou de politique.

[38] Dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735, notre Cour a expliqué que l'art. 64 de la *Loi nationale sur les transports* — la disposition ayant précédé l'art. 40 actuel — prévoyait un droit « illimité ou inconditionnel » de présenter une requête au gouverneur en conseil, ce qui constitue une voie de révision « très différente » du droit de porter en appel des questions de droit ou de compétence devant la Cour d'appel fédérale (p. 745). Le texte de l'art. 64 était essentiellement le même que celui de l'art. 40 actuel.

[39] Ainsi que l'a expliqué le juge Estey : « Rien dans l'art. 64 ne restreint la liberté d'action du gouverneur en conseil, il ne formule même pas de principe, de fond ou de procédure, concernant l'exercice de ses fonctions en vertu du par. (1) » (p. 745). (Même si la conclusion du juge Estey, à la p. 759, à savoir que l'on ne peut justifier l'introduction dans la disposition des exigences en matière d'équité procédurale, ne représente peut-être pas la manière actuelle dont on considère l'application de la justice naturelle dans un contexte administratif, notre Cour n'est pas saisie de la question de l'équité procédurale dont le gouverneur en conseil doit faire preuve.) Bien sûr, le gouverneur en conseil est « limité par la loi » et ne peut, dans l'exercice des pouvoirs que lui confère l'art. 40, édicter ou modifier une loi du Parlement (*Public Mobile Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 194, [2011] 3 R.C.F. 344, par. 29; voir *Inuit Tapirisat*, p. 752).

[40] Pour les besoins du présent pourvoi, la seule limite inhérente est que le gouverneur en conseil

Governor in Council is not empowered to address issues arising under the *CTA ab initio*: “Cabinet’s authority is restricted to matters already dealt with by the Commission, and such matters must be orders, decisions, rules or regulations . . .” (*British Columbia (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 S.C.R. 41, at p. 119, citing B. S. Romaniuk and H. N. Janisch, “Competition in Telecommunications: Who Polices the Transition?” (1986), 18 *Ottawa L. Rev.* 561, at p. 628). In this sense, the Governor in Council does not have any substantive law-making capacity by virtue of s. 40; however, this restriction does not mean that questions of law are excluded from the scope of the Governor in Council’s authority on review of Agency decisions.

[41] By contrast, where Parliament intended to circumscribe an avenue of review, it did so expressly. Section 41, for example, places a number of restrictions on the right to appeal a decision of the Agency to the Federal Court of Appeal: appeals under s. 41 are limited to questions of law or jurisdiction, leave to appeal must be obtained and the application for leave must be made within one month of the date of the decision, order, rule or regulation being appealed from, unless there are special circumstances which justify extending the time limit. The limitations contained in s. 41 provide strong indication that Parliament directed its attention to the issue of restrictions on the avenues of review and included intended limitations expressly.

[42] Unlike s. 40 of the *CTA*, Parliament has expressly limited the scope of the Governor in Council’s authority under other legislation. The *Broadcasting Act*, S.C. 1991, c. 11, empowers the Governor in Council to set aside or refer back decisions made by the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission only if the Governor in Council is “satisfied that the decision derogates from the attainment of the objectives of the broadcasting policy set out in subsection 3(1)” of the legislation (s. 28(1)). This kind of limitation is not found in s. 40 of the *CTA*. The indication is that where Parliament has intended to limit the Governor in Council’s authority, it has done so expressly.

n’est pas habilité à traiter *ab initio* de questions découlant de l’application de la *Loi* : « Le pouvoir du Cabinet est limité aux questions déjà examinées par la Commission, et il doit s’agir de décisions, arrêtés, règles ou règlements . . . » (*Colombie-Britannique (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 R.C.S. 41, p. 119, citant B. S. Romaniuk et H. N. Janisch, « Competition in Telecommunications : Who Polices the Transition? » (1986), 18 *Ottawa L. Rev.* 561, p. 628). En ce sens, le gouverneur en conseil n’a pas le pouvoir d’adopter des règles de fond en vertu de l’art. 40; mais cette restriction ne veut pas dire que les questions de droit sont exclues de la portée du pouvoir qu’a le gouverneur en conseil d’examiner les décisions de l’Office.

[41] Par contre, lorsque le législateur a voulu circonscrire une voie de recours, il l’a fait expressément. Par exemple, l’art. 41 impose un certain nombre de restrictions au droit de porter en appel une décision de l’Office devant la Cour d’appel fédérale : les appels interjetés en vertu de l’art. 41 se limitent à des questions de droit ou de compétence, l’appel doit être autorisé et cette autorisation doit être demandée dans le mois qui suit la date de la décision, de l’ordonnance, de la règle ou du règlement porté en appel, sauf si des circonstances spéciales justifient la prorogation de ce délai. Les limites prévues à l’art. 41 montrent bien que le législateur s’est penché sur la question des restrictions imposées aux voies de recours et qu’il les a expressément assorties de limites.

[42] Contrairement à l’art. 40 de la *Loi*, le législateur a, dans d’autres lois, expressément restreint la portée des pouvoirs du gouverneur en conseil. Ainsi, la *Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, ch. 11, n’habilite le gouverneur en conseil à annuler ou à renvoyer une décision du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes que « s’il est convaincu que la décision en cause ne va pas dans le sens des objectifs de la politique canadienne de radiodiffusion » (par. 28(1)). Une limite de ce genre n’apparaît pas à l’art. 40 de la *Loi*, ce qui indique que, lorsque le législateur entend restreindre les pouvoirs du gouverneur en conseil, il le fait expressément.

[43] CN argues that s. 40 should be read as limiting the Governor in Council's authority to questions of fact or policy on the basis of the legislative history of ss. 40 and 41. CN maintains that Parliament's intention was to leave questions of law to the courts.

[44] However, the legislative history is ambiguous. Although some of the Hansard references to which reference was made seem to indicate that Parliament's intention was for the Governor in Council to review questions of fact and policy (*Debates of the House of Commons of the Dominion of Canada*, vol. LVIII, 3rd Sess. 9th Parl. ("1903 Debates"), March 20, 1903, at p. 248, per Hon. A. G. Blair, and vol. XI, 1st Sess., 27th Parl. ("1967 Debates"), January 10, 1967, at p. 11630, per Hon. J. W. Pickersgill), the Hansard also contains ministerial statements suggesting that the Governor in Council's power was intended to be untrammelled (1903 Debates, March 20, 1903, at p. 259, per Hon. A. G. Blair).

[45] The 1967 Debates include a statement by the Minister of Transport that the legislation provided for "an appeal on questions of fact to the governor in council" (January 10, 1967, at p. 11630). Although this correctly states the Governor in Council's legislative authority to determine questions of fact, this statement does not provide evidence of Parliament's intention to limit the Governor in Council's authority to reviewing questions of fact alone. In addition, although he was Minister of Transport at the time of the 1967 enactment of the *National Transportation Act*, S.C. 1966-67, c. 69, Mr. Pickersgill's interpretation of earlier enactments by other parliaments do not provide evidence of the intent of the legislature at the time of the earlier enactments. As such, the Hansard evidence does not establish an unambiguous parliamentary intention to limit the authority of the Governor in Council.

[46] In my view, the Hansard evidence does confirm that Parliament intended to prevent questions

[43] Le CN plaide qu'en raison de l'historique législatif des art. 40 et 41, il y a lieu de considérer que l'art. 40 limite les pouvoirs du gouverneur en conseil à des questions de fait ou de politique. Il soutient que le législateur entendait laisser aux tribunaux judiciaires le soin de trancher les questions de droit.

[44] L'historique législatif est toutefois ambigu. Même si certains extraits des *Débats de la Chambre des communes* auxquels il a été fait référence semblent indiquer que le législateur entendait permettre au gouverneur en conseil d'examiner des questions de fait et de politique (*Débats de la Chambre des communes du Canada*, vol. LVIII, 3^e sess., 9^e lég. (« débats de 1903 »), 20 mars 1903, p. 252, l'hon. A. G. Blair, et vol. XI, 1^{re} sess., 27^e lég. (« débats de 1967 »), 10 janvier 1967, p. 11630, l'hon. J. W. Pickersgill), on trouve également dans les *Débats de la Chambre des communes* des déclarations ministérielles donnant à penser qu'il était prévu que le gouverneur en conseil puisse exercer ses pouvoirs sans entraves (*débats de 1903*, 20 mars 1903, p. 262, l'hon. A. G. Blair).

[45] On trouve dans les *débats de 1967* une déclaration du ministre des Transports selon laquelle la loi prévoyait « un appel au gouverneur en conseil pour des questions de fait » (10 janvier 1967, p. 11630). Bien qu'elle énonce correctement le pouvoir que la loi accorde au gouverneur en conseil de trancher des questions de fait, cette déclaration ne démontre pas que le législateur entendait limiter aux seules questions de fait le pouvoir d'examen du gouverneur en conseil. De plus, même si M. Pickersgill était, en 1967, ministre des Transports au moment de l'adoption de la *Loi nationale sur les transports*, S.C. 1966-67, ch. 69, l'interprétation qu'il faisait de textes adoptés antérieurement par d'autres parlements n'est pas une preuve de l'intention qu'avait le législateur à l'époque des textes antérieurs. Dans ce contexte, les extraits des débats parlementaires n'établissent pas l'intention non équivoque du législateur de limiter les pouvoirs du gouverneur en conseil.

[46] À mon avis, les extraits des débats parlementaires confirment bel et bien que le législateur

of fact from being appealed to the Federal Court of Appeal. This does not, without more, demonstrate that the Governor in Council's role was intended to be limited to review of questions of fact or policy alone.

[47] This Court has observed that, while Hansard evidence is admitted as relevant to the background and purpose of the legislation, courts must remain mindful of the limited reliability and weight of such evidence (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 35; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463, at p. 484; Sullivan, at pp. 608-14). Hansard references may be relied on as evidence of the background and purpose of the legislation or, in some cases, as direct evidence of purpose (*Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471, at para. 44, *per* LeBel and Cromwell JJ.). Here, Hansard is advanced as evidence of legislative intent. However, such references will not be helpful in interpreting the words of a legislative provision where the references are themselves ambiguous (*Placer Dome Canada Ltd. v. Ontario (Minister of Finance)*, 2006 SCC 20, [2006] 1 S.C.R. 715, at para. 39, *per* LeBel J.). Accordingly, the evidence relied on by CN in this case does not support the argument that an implied restriction to questions of fact and policy should be read into the otherwise broad and unrestricted language in s. 40.

[48] CN submits that it is rare for the Governor in Council to vary or rescind an administrative decision on a question of law. I accept that it is unusual for the Governor in Council to determine a question of law and agree that the Governor in Council is generally concerned with issues of policy and fact. Although it is rare for the Governor in Council to determine a question of law, this does not mean that the Governor in Council has no authority under the statute to do so. Indeed, parties may prefer to comply with the requirements of s. 41 and seek leave to appeal to the Federal Court of Appeal,

avait l'intention d'éviter que des questions de fait soient portées en appel devant la Cour d'appel fédérale. À défaut d'autres éléments de preuve, ces extraits des débats parlementaires ne démontrent pas qu'il était prévu que le rôle du gouverneur en conseil se borne à l'examen des seules questions de fait ou de politique.

[47] Notre Cour a fait remarquer que, bien que les débats parlementaires soient admis en preuve et soient pertinents quant au contexte et à l'objet d'un texte législatif, les tribunaux ne doivent pas oublier que leur fiabilité et leur poids sont limités (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1988] 1 R.C.S. 27, par. 35; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463, p. 484; et Sullivan, p. 608-614). Les extraits des débats parlementaires peuvent être invoqués comme preuve de l'historique et de l'objet du texte législatif ou, dans certains cas, comme preuve directe de son objet (*Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471, par. 44, les juges LeBel et Cromwell). En l'espèce, les extraits des débats parlementaires visent à établir l'intention du législateur. Cependant, ces renvois ne seront pas utiles pour interpréter le libellé d'une disposition législative s'ils sont eux-mêmes ambigus (*Placer Dome Canada Ltd. c. Ontario (Ministre des Finances)*, 2006 CSC 20, [2006] 1 R.C.S. 715, par. 39, le juge LeBel). De ce fait, l'élément de preuve qu'invoque le CN en l'espèce n'étaye pas l'argument selon lequel il convient d'inclure dans le libellé par ailleurs large et non restreint de l'art. 40 une restriction implicite aux questions de fait et de politique.

[48] Le CN plaide que le gouverneur en conseil ne modifie ou n'annule que rarement une décision administrative sur une question de droit. Je conviens qu'il est inusité pour le gouverneur en conseil de trancher une question de droit et que ce dernier examine généralement des questions de politique et de fait. Bien que le gouverneur en conseil ne tranche que rarement des questions de droit, cela ne veut pas dire que la loi ne l'habilite pas à le faire. En fait, les parties peuvent préférer se conformer aux exigences de l'art. 41 et demander l'autorisation d'interjeter appel à la Cour d'appel fédérale, qui

where a traditional full hearing on the matter will be carried out. Although these may be practical or strategic considerations, they do not alter the fact that the legislation does not restrict the Governor in Council from determining a question of law.

[49] Accordingly, petitions to the Governor in Council are not restricted to issues of fact or policy. The Governor in Council has the authority to answer legal questions. This authority is properly supervised by the courts in the course of judicial review.

C. *Standard of Review*

[50] Determining the appropriate standard of review in this case involves consideration of two issues. First, does the standard of review analysis set out by this Court in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, apply to decisions of the Governor in Council? Second, what is the applicable standard of review in this case?

(1) The *Dunsmuir* Framework Applies to Decisions of the Governor in Council

[51] This case is not about whether a regulation made by the Governor in Council was *intra vires* its authority. Unlike cases involving challenges to the *vires* of regulations, such as *Katz Group Canada Inc. v. Ontario (Health and Long-Term Care)*, 2013 SCC 64, [2013] 3 S.C.R. 810, the Governor in Council does not act in a legislative capacity when it exercises its authority under s. 40 of the *CTA* to deal with a decision or order of the Agency. The issue is the review framework that should apply to such a determination by the Governor in Council. I am of the view that the *Dunsmuir* framework is the appropriate mechanism for the court's judicial review of a s. 40 adjudicative decision of the Governor in Council.

procédera à une audience en bonne et due forme selon la procédure habituelle. Bien qu'il puisse s'agir là de considérations pratiques ou stratégiques, celles-ci ne changent pas le fait que la loi n'empêche pas le gouverneur en conseil de trancher une question de droit.

[49] De ce fait, les requêtes adressées au gouverneur en conseil ne se limitent pas à des questions de fait ou de politique. Le gouverneur en conseil est habilité à répondre à des questions de droit, et ce pouvoir est supervisé de manière adéquate par les tribunaux dans le cadre d'un contrôle judiciaire.

C. *La norme de contrôle applicable*

[50] La détermination de la norme de contrôle applicable en l'espèce comporte l'examen de deux questions. En premier lieu, l'analyse de la norme de contrôle à laquelle notre Cour a procédé dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, vaut-elle dans le cas des décisions du gouverneur en conseil? En second lieu, quelle est la norme de contrôle applicable en l'espèce?

(1) Le cadre proposé dans l'arrêt *Dunsmuir* s'applique aux décisions du gouverneur en conseil

[51] Il ne s'agit pas en l'espèce de savoir si le gouverneur en conseil avait le pouvoir de prendre un règlement. Contrairement aux affaires qui, comme *Katz Group Canada Inc. c. Ontario (Santé et Soins de longue durée)*, 2013 CSC 64, [2013] 3 R.C.S. 810, mettent en cause une contestation de la validité d'un règlement, le gouverneur en conseil n'agit pas à titre de législateur lorsque, dans l'exercice du pouvoir que lui confère l'art. 40 de la *Loi*, il examine une décision ou un arrêté de l'Office. Il faut donc déterminer le cadre d'analyse qui doit s'appliquer à une décision de ce genre du gouverneur en conseil. Je suis d'avis que le cadre proposé dans l'arrêt *Dunsmuir* est le mécanisme qui permettra au tribunal de procéder au contrôle judiciaire d'une décision de nature juridictionnelle rendue par le gouverneur en conseil en vertu de l'art. 40.

[52] When the Governor in Council exercises its statutory authority under s. 40 of the *CTA*, it engages in its own substantive adjudication of the issue brought before it. The decision of the Governor in Council is then subject to judicial review by the Federal Court (*Public Mobile*, at para. 26). In this way, the court exercises a supervisory function over the Governor in Council, a public authority exercising the statutory powers delegated to it under s. 40 of the *CTA*.

[53] *Dunsmuir* is not limited to judicial review of tribunal decisions (paras. 27-28; *Public Mobile*, at para. 30). Rather, in *Dunsmuir*, the standard of review analysis was discussed in the context of “various administrative bodies”, “all exercises of public authority”, “those who exercise statutory powers”, and “administrative decision makers” (paras. 27-28 and 49).

[54] This Court has applied the *Dunsmuir* framework to a variety of administrative bodies (see, for example, *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5, at paras. 13 and 35, *per* McLachlin C.J.). The precedents instruct that the *Dunsmuir* framework applies to administrative decision makers generally and not just to administrative tribunals. The *Dunsmuir* framework thus is applicable to adjudicative decisions of the Governor in Council.

(2) The Applicable Standard of Review

[55] It is now well established that deference will usually result where a decision maker is interpreting its own statute or statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity (*Dunsmuir*, at para. 54; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160, at para. 28; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at para. 30). In such cases, there is a presumption of deferential review, unless the question at issue falls into one of the categories to which the correctness standard applies: constitutional questions, questions of law that are

[52] Lorsque le gouverneur en conseil exerce les pouvoirs que lui confère l'art. 40 de la *Loi*, il se prononce lui-même sur le fond de la question qui lui est soumise. Sa décision peut alors faire l'objet d'un contrôle judiciaire devant la Cour fédérale (*Public Mobile*, par. 26). Ainsi, la Cour fédérale exerce un rôle de surveillance à l'égard du gouverneur en conseil, qui constitue une autorité publique exerçant les pouvoirs légaux qui lui sont délégués en vertu de l'art. 40 de la *Loi*.

[53] L'arrêt *Dunsmuir* ne réserve pas le contrôle judiciaire aux seules décisions des tribunaux administratifs (par. 27-28; *Public Mobile*, par. 30). Dans l'arrêt *Dunsmuir*, l'analyse relative à la norme de contrôle se situait plutôt dans le contexte de « divers organismes administratifs », de « tout exercice de l'autorité publique », de « [ceux qui exercent des] pouvoirs légaux » ainsi que des « décideurs administratifs » (par. 27-28 et 49).

[54] Notre Cour a appliqué le cadre énoncé dans l'arrêt *Dunsmuir* à divers organismes administratifs (voir, par exemple, *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5, par. 13 et 35, la juge en chef McLachlin). La jurisprudence nous enseigne que le cadre énoncé dans l'arrêt *Dunsmuir* s'applique aux décideurs administratifs en général, et non seulement aux tribunaux administratifs. Ce cadre est donc applicable aux décisions juridictionnelles du gouverneur en conseil.

(2) La norme de contrôle applicable

[55] Il est aujourd'hui bien établi que la déférence est habituellement de mise lorsqu'un décideur interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie (*Dunsmuir*, par. 54; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160, par. 28; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, par. 30). En pareil cas, l'examen en fonction d'une norme déferente est présumé, sauf si la question en litige relève de l'une des catégories à laquelle s'applique la norme de la décision correcte, en l'occurrence, les questions

of central importance to the legal system as a whole and that are outside of the adjudicator's expertise, questions regarding the jurisdictional lines between two or more competing specialized tribunals, and the exceptional category of true questions of jurisdiction (*Dunsmuir*, at paras. 58-61, and *Alberta Teachers' Association*, at para. 30, citing *Canada (Canadian Human Rights Commission)*, at para. 18, and *Dunsmuir*).

[56] Economic regulation is an area with which the Governor in Council has particular familiarity. Authority similar to that conferred in s. 40 of the CTA — that is, authority to vary or rescind decisions of other administrative bodies — is found in a variety of federal economic regulatory legislation (*Telecommunications Act*, S.C. 1993, c. 38, s. 12; *Broadcasting Act*, at s. 28; *Canada Marine Act*, S.C. 1998, c. 10, ss. 52(2) and 94(3); *Pilotage Act*, R.S.C. 1985, c. P-14, s. 35(7); *Canada Oil and Gas Operations Act*, R.S.C. 1985, c. O-7, s. 51). The issues arising under these statutes are linked by the shared economic regulatory purpose of the legislation. The cluster of economic regulatory statutes in respect of which the Governor in Council is given authority to vary or rescind decisions of the tribunals administering the legislation is an indication of a parliamentary intention to recognize that the Governor in Council has particular familiarity with such matters. The presumption of reasonableness review therefore applies to adjudicative decisions of the Governor in Council under s. 40.

[57] Although this indication of parliamentary intent is sufficient to justify a reasonableness review of the decision of the Governor in Council in this case, further support is found in the history of the Governor in Council's involvement in the regulation of railways in Canada. The Governor in Council has always been closely connected to the regulation of railways in Canada. In the first session of the first Parliament of the Dominion, *The Railway Act, 1868*, was passed. This legislation,

constitutionnelles, les questions de droit qui revêtent une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et qui sont étrangères au domaine d'expertise du décideur, les questions portant sur la délimitation des compétences respectives de tribunaux spécialisés concurrents, de même que la catégorie exceptionnelle des questions touchant véritablement à la compétence (*Dunsmuir*, par. 58-61, et *Alberta Teachers' Association*, par. 30, citant *Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, par. 18, ainsi que *Dunsmuir*).

[56] La réglementation économique est un secteur dont le gouverneur en conseil a une connaissance approfondie. Un pouvoir semblable à celui que confère l'art. 40 de la *Loi* — soit le pouvoir de modifier ou d'annuler les décisions d'autres organes administratifs — figure dans diverses lois fédérales de réglementation économique (*Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, ch. 38, art. 12; *Loi sur la radiodiffusion*, art. 28; *Loi maritime du Canada*, L.C. 1998, ch. 10, par. 52(2) et 94(3); *Loi sur le pilotage*, L.R.C. 1985, ch. P-14, par. 35(7); *Loi sur les opérations pétrolières au Canada*, L.R.C. 1985, ch. O-7, art. 51). Les questions soulevées dans le cadre de ces lois sont liées par l'objet de réglementation économique commun de la législation. Le regroupement des lois de réglementation économique qui confèrent au gouverneur en conseil le pouvoir de modifier ou d'annuler les décisions des tribunaux qui administrent ces lois témoigne de l'intention qu'avait le législateur de reconnaître au gouverneur en conseil une connaissance approfondie des questions de cette nature. La norme de la décision raisonnable est donc présumée s'appliquer au contrôle des décisions juridictionnelles que rend le gouverneur en conseil en application de l'art. 40.

[57] Même si cette indication de l'intention du législateur suffit pour justifier l'application de la norme de la décision raisonnable au contrôle de la décision que le gouverneur en conseil a rendue en l'espèce, on trouve un autre appui dans l'historique de la participation du gouverneur en conseil à la réglementation des chemins de fer au Canada, un secteur auquel le gouverneur en conseil a toujours été lié de près. L'*Acte des chemins de fer, 1868* a été adopté au cours de la première session de la

the first incarnation of the present *CTA*, provided that “[t]he Governor General may, from time to time, appoint such Members of the Privy Council, to the number of four at least, as he may see fit, to constitute the Railway Committee of the Privy Council” (s. 23). In amendments to the Act in 1888, the jurisdiction of the Railway Committee of the Privy Council was extended beyond regulatory powers to include the power to hear and determine any application respecting “[a]ny manner, act or thing, which by this . . . is sanctioned, required to be done, or prohibited” (*The Railway Act*, S.C. 1888, c. 29, s. 11(r); see also H. E. B. Coyne, *The Railway Law of Canada* (1947), at p. vi).

[58] Although primary administrative jurisdiction over *The Railway Act* was later delegated to the Board of Railway Commissioners (the body that later became the Agency) in order to further efficiency in addressing issues arising under *The Railway Act*, the Governor in Council maintained an oversight role (*The Railway Act*, 1903, S.C. 1903, c. 58; Coyne, at pp. vi-vii). The long history of the Governor in Council’s involvement in transportation law and policy indicates that this is an area closely connected to the Governor in Council’s review function. Parliament has maintained a robust role for the Governor in Council in this area through s. 40, which confers broad authority on the Governor in Council to address any orders or decisions of the Agency, including those involving questions of law. When reviewing orders or decisions of the Agency in its s. 40 role, the Governor in Council acts in an adjudicative capacity and determines *de novo* substantive issues that were before the Agency. In this way, Parliament has recognized the Governor in Council’s longstanding involvement in this area. As such, the principle that deference will usually result where a tribunal is interpreting statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity, can be said to apply in this case.

première législature du Dominion. Cette loi, la première version de la *Loi* actuellement en vigueur, prévoyait que « [l]e Gouverneur-Général pourra de temps à autre nommer tels membres du conseil privé, au nombre de quatre au moins, qu’il jugera convenables, pour former le comité des chemins de fer du conseil privé » (art. 23). Dans des modifications apportées à cette loi en 1888, les pouvoirs du comité des chemins du fer du conseil privé ont été étendus au-delà des pouvoirs de réglementation de manière à inclure celui de statuer sur les demandes concernant « [t]oute matière, acte ou chose que le présent acte [. . .] sanctionne, prescrit ou défend » (*Acte des chemins de fer*, S.C. 1888, ch. 29, al. 11r); voir aussi H. E. B. Coyne, *The Railway Law of Canada* (1947), p. vi).

[58] Même si la principale compétence administrative sur l’*Acte des chemins de fer* a plus tard été déléguée à la Commission des chemins de fer (devenue plus tard l’Office) de façon à pouvoir traiter plus efficacement des questions découlant de cette loi, le gouverneur en conseil a conservé un rôle de surveillance (*Acte des chemins de fer*, 1903, S.C. 1903, ch. 58; Coyne, p. vi-vii). Le long historique de la participation du gouverneur en conseil aux lois et aux politiques en matière de transport démontre qu’il s’agit là d’un secteur lié de près à la fonction d’examen du gouverneur en conseil. Le Parlement a laissé au gouverneur en conseil un rôle important dans ce domaine en lui accordant, à l’art. 40, un vaste pouvoir décisionnel à l’égard des arrêtés et des décisions de l’Office, y compris ceux qui soulèvent des questions de droit. Lorsqu’il examine des arrêtés et des décisions de l’Office aux termes de l’art. 40, le gouverneur en conseil exerce sa fonction d’adjudication et tranche de nouveau les questions de fond que l’Office avait examinées. Ainsi, le Parlement a confirmé le rôle que le gouverneur en conseil joue depuis longtemps dans ce domaine. On peut alors affirmer que le principe selon lequel la déférence est habituellement de mise lorsqu’un tribunal administratif interprète une loi liée de près à son mandat et dont il a une connaissance approfondie s’applique à la présente affaire.

[59] The presumption of deference is not rebutted here. The question at issue does not fall within one of the established categories of questions to which correctness review applies. In the present case, there is no issue of constitutionality or competing jurisdiction between tribunals.

[60] This is also not a question of central importance to the legal system as a whole. The question at issue centres on the interpretation of s. 120.1 of the *CTA*. The question is particular to this specific regulatory regime as it involves confidential contracts as provided for under the *CTA* and the availability of a complaint-based mechanism that is limited to shippers that meet the statutory conditions under s. 120.1(1). This question does not have precedential value outside of issues arising under this statutory scheme.

[61] To the extent that questions of true jurisdiction or *vires* have any currency, the Governor in Council's determination of whether a party to a confidential contract can bring a complaint under s. 120.1 does not fall within that category. This is not an issue in which the Governor in Council was required to explicitly determine whether its own statutory grant of power gave it the authority to decide the matter (see *Dunsmuir*, at para. 59). Rather, it is simply a question of statutory interpretation involving the issue of whether the s. 120.1 complaint mechanism is available to certain parties. This could not be a true question of jurisdiction or *vires* of the Governor in Council — the decision maker under review in this case.

[62] In this case, the Governor in Council was interpreting the *CTA*, legislation closely related to its economic regulation review function. This issue of statutory interpretation does not fall within any of the categories of questions to which a correctness review applies. As such, the applicable standard of review is reasonableness.

[59] La présomption de déférence n'est pas réfutée en l'espèce. La question en litige n'appartient pas à l'une des catégories établies de questions auxquelles s'applique la norme de contrôle de la décision correcte. Dans la présente affaire, il n'y a aucune question de constitutionnalité ou de compétence concurrente entre tribunaux administratifs.

[60] Il ne s'agit pas non plus d'une question qui revêt une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble. La question en litige concerne l'interprétation de l'art. 120.1 de la *Loi*. La question est propre à ce régime de réglementation particulier, car elle met en cause des contrats confidentiels prévus par la *Loi* ainsi que la possibilité de recourir à un mécanisme de plaintes qui se limite aux expéditeurs répondant aux conditions que prévoit le par. 120.1(1). La réponse qui est donnée à la question en litige n'a valeur de précédent que pour les questions relevant de ce régime législatif.

[61] Dans la mesure où des questions touchant véritablement à la compétence ou à la constitutionnalité se posent en l'espèce, la décision du gouverneur en conseil quant à savoir si une partie à un contrat confidentiel peut déposer une plainte en vertu de l'art. 120.1 ne se range pas dans cette catégorie. Il ne s'agit pas d'une question qui obligeait le gouverneur en conseil à déterminer expressément si le pouvoir dont le législateur l'a investi l'autorise à trancher la question (voir *Dunsmuir*, par. 59). Il s'agit plutôt simplement d'une question d'interprétation législative soulevant la question de savoir si certaines parties peuvent se prévaloir du mécanisme de plaintes prévu à l'art. 120.1. Il ne pouvait donc s'agir d'une question touchant véritablement la compétence ou la validité du pouvoir du gouverneur en conseil — le décideur qui a pris la décision examinée en l'espèce.

[62] Dans le cas qui nous occupe, le gouverneur en conseil interprétait la *Loi*, un texte qui est lié de près à sa fonction d'examen de la réglementation économique. Cette question d'interprétation législative n'appartient à aucune des catégories de questions auxquelles s'applique la norme de contrôle de la décision correcte. Ainsi, la norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable.

D. Application of the Reasonableness Standard in This Case

[63] In the present case, the Governor in Council concluded that a party to a confidential contract is able to bring a complaint under s. 120.1 of the *CTA* in certain circumstances. In my view, this decision was reasonable.

[64] The wording of s. 120.1 provides the basis for the Governor in Council's decision. Section 120.1(1) sets out the circumstances under which the Agency can inquire into the reasonableness of a charge imposed by a railway company: the shipper bringing the complaint must be subject to any charges and associated terms and conditions for the movement of traffic or for the provision of incidental services; the charges must be found in a tariff; the tariff must apply to more than one shipper; and the tariff must not be one referred to in s. 165(3) (a tariff resulting from a decision of a final offer arbitrator). As noted by the Governor in Council, PRC met all of these conditions. As such, the only reason to preclude PRC from bringing a complaint under s. 120.1 is the existence of the confidential contract between PRC and CN.

[65] The Governor in Council concluded that, while the terms of a confidential contract are relevant to whether PRC may benefit from any order made by the Agency, the existence of a confidential contract does not bar a shipper from applying for a reasonableness assessment under s. 120.1(1). This conclusion is consistent with the terms of the *CTA*, which do not preclude the Agency from reviewing the reasonableness of a charge contained in a tariff applicable to more than one shipper, whether or not it is incorporated by reference into a confidential contract. There was also no evidence in this case that the parties attempted to contract out of the availability of the s. 120.1 remedy, nor is it necessary in this case to decide whether a shipper could contract out of the recourse provided by s. 120.1. The Governor in Council also did not resolve the question of whether PRC could benefit from any change to the tariff and this remains an open question.

D. Application de la norme de la décision raisonnable à la présente espèce

[63] Dans la présente affaire, le gouverneur en conseil a conclu qu'une partie à un contrat confidentiel pouvait dans certaines circonstances déposer une plainte en vertu de l'art. 120.1 de la *Loi*. À mon avis, cette décision était raisonnable.

[64] Le libellé de l'art. 120.1 sert de fondement à la décision du gouverneur en conseil. Le paragraphe 120.1(1) énonce les circonstances dans lesquelles l'Office peut examiner le caractère raisonnable des frais qu'impose une compagnie de chemin de fer : l'expéditeur qui dépose la plainte doit être assujéti à des frais relatifs au transport et à des services connexes ou des conditions afférentes; les frais doivent figurer dans un tarif; le tarif doit s'appliquer à plus d'un expéditeur; le tarif ne doit pas être visé au par. 165(3) (un tarif découlant d'une décision d'un arbitre). Comme l'a fait remarquer le gouverneur en conseil, PRC remplissait toutes ces conditions. Cela étant, le seul facteur qui empêche PRC de déposer une plainte en vertu de l'art. 120.1 est l'existence d'un contrat confidentiel entre elle et le CN.

[65] Le gouverneur en conseil a conclu que, même s'il y a lieu de tenir compte des modalités d'un contrat confidentiel pour répondre à la question de savoir si PRC peut bénéficier d'un arrêté de l'Office, l'existence d'un contrat confidentiel n'empêche pas un expéditeur de demander un examen du caractère raisonnable des frais en vertu du par. 120.1(1). Cette conclusion concorde avec les dispositions de la *Loi*, lesquelles n'empêchent pas l'Office d'examiner le caractère raisonnable des frais que contient un tarif applicable à plus d'un expéditeur, que le tarif soit ou non incorporé par renvoi dans un contrat confidentiel. En l'espèce, il n'y avait pas non plus de preuve que les parties avaient tenté d'écarter par contrat la réparation qu'offre l'art. 120.1, pas plus qu'il n'est nécessaire en l'espèce de décider si un expéditeur pourrait écarter par contrat un recours ouvert par l'art. 120.1. Également, le gouverneur en conseil n'a pas décidé si PRC pouvait bénéficier d'une modification du tarif, et cette question reste en suspens.

[66] The Governor in Council's interpretation of s. 120.1(1) is also supported by a reasonable view of the provision's purpose. It was open to the Governor in Council to conclude that Parliament's intention in including this complaint-based mechanism in the CTA was to rebalance the legislative framework in favour of shippers in an industry where there are circumstances of railway market power. We are not deciding in this case whether the confidential contract between PRC and CN would preclude PRC from any relief ordered by the Agency under s. 120.1 or whether a mileage-based fuel surcharge tariff is a rate for the movement of traffic under s. 120.1(7). However, there was evidence before the Governor in Council that confidential contracts are standard in the industry (CITA petition to the Governor in Council, at para. 27, found in the Federal Court of Appeal reasons, at para. 38). Accordingly, without deciding whether in any particular case a confidential contract would preclude a shipper from relief under s. 120.1, the Governor in Council's interpretation of s. 120.1 was reasonable. Leaving access to the s. 120.1 complaint mechanism available to parties to confidential contracts can reasonably be said to be consistent with Parliament's intention to provide a measure of protection for shippers.

[67] The Governor in Council's decision is supported by the facts and the wording of s. 120.1(1), and it is consistent with Parliament's intention. The Governor in Council's decision was reasonable.

E. *Rate for the Movement of Traffic*

[68] I agree with the Federal Court of Appeal that, as the Agency did not consider the question of whether fuel surcharges are a component of the "rates for the movement of traffic" within the meaning of s. 120.1(7) and the Governor in Council did not make any finding in this regard, this question remains a live issue before the Agency (Federal Court of Appeal reasons, at paras. 52-56). It is within the Agency's jurisdiction to determine this question and it remains open for the Agency to do so.

[66] L'interprétation du par. 120.1(1) par le gouverneur en conseil s'appuie également sur une interprétation raisonnable de l'objet de cette disposition. Le gouverneur en conseil pouvait conclure qu'en incluant ce mécanisme des plaintes dans la *Loi*, le législateur avait l'intention de rééquilibrer le cadre législatif en faveur des expéditeurs au sein d'une industrie dans laquelle les compagnies de chemin de fer peuvent bénéficier d'une puissance commerciale. Nous ne déterminons pas en l'espèce si le contrat confidentiel passé entre PRC et le CN empêcherait PRC de bénéficier d'une réparation ordonnée par l'Office en vertu de l'art. 120.1 ou si un supplément carburant basé sur le millage parcouru constitue un prix relatif au transport au sens du par. 120.1(7). Toutefois, la preuve indiquait au gouverneur en conseil que les contrats confidentiels sont la norme au sein de l'industrie (requête de l'ACTI au gouverneur en conseil, par. 27, citée dans les motifs de la Cour d'appel fédérale, par. 38). En conséquence, sans décider si, dans un cas donné, un contrat confidentiel pourrait priver un expéditeur d'un recours prévu à l'art. 120.1, l'interprétation de l'art. 120.1 donnée par le gouverneur en conseil était raisonnable. Il est raisonnable de conclure que le fait de laisser aux parties à des contrats confidentiels l'accès au mécanisme des plaintes prévu à l'art. 120.1 serait conforme à l'intention du législateur, qui est d'offrir une certaine protection aux expéditeurs.

[67] La décision du gouverneur en conseil est étayée par les faits ainsi que par le libellé du par. 120.1(1), et elle concorde avec l'intention du législateur. La décision du gouverneur en conseil était raisonnable.

E. *Le prix relatif au transport*

[68] Je conviens avec la Cour d'appel fédérale qu'étant donné que l'Office n'a pas examiné la question de savoir si le supplément carburant est un élément du « prix relati[f] au transport » au sens du par. 120.1(7) et que le gouverneur en conseil n'a pas tiré de conclusion à cet égard, l'Office demeure saisi de cette question (voir les motifs de la Cour d'appel fédérale, par. 52-56). Il relève du pouvoir de l'Office de trancher cette question et il lui est toujours loisible de le faire.

IX. Conclusion

[69] I would dismiss the appeal with costs to the Attorney General of Canada and one set of costs to PRC and CITA.

APPENDIX

Canada Transportation Act, S.C. 1996, c. 10

40. The Governor in Council may, at any time, in the discretion of the Governor in Council, either on petition of a party or an interested person or of the Governor in Council's own motion, vary or rescind any decision, order, rule or regulation of the Agency, whether the decision or order is made *inter partes* or otherwise, and whether the rule or regulation is general or limited in its scope and application, and any order that the Governor in Council may make to do so is binding on the Agency and on all parties.

41. (1) An appeal lies from the Agency to the Federal Court of Appeal on a question of law or a question of jurisdiction on leave to appeal being obtained from that Court on application made within one month after the date of the decision, order, rule or regulation being appealed from, or within any further time that a judge of that Court under special circumstances allows, and on notice to the parties and the Agency, and on hearing those of them that appear and desire to be heard.

(2) No appeal, after leave to appeal has been obtained under subsection (1), lies unless it is entered in the Federal Court of Appeal within sixty days after the order granting leave to appeal is made.

(3) An appeal shall be heard as quickly as is practicable and, on the hearing of the appeal, the Court may draw any inferences that are not inconsistent with the facts expressly found by the Agency and that are necessary for determining the question of law or jurisdiction, as the case may be.

(4) The Agency is entitled to be heard by counsel or otherwise on the argument of an appeal.

. . .

120.1 (1) If, on complaint in writing to the Agency by a shipper who is subject to any charges and associated terms and conditions for the movement of traffic or for

IX. Conclusion

[69] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens en faveur du procureur général du Canada, et avec dépens en faveur de PRC et l'ACTI sur la base d'un seul mémoire de frais.

ANNEXE

Loi sur les transports au Canada, L.C. 1996, ch. 10

40. Le gouverneur en conseil peut modifier ou annuler les décisions, arrêtés, règles ou règlements de l'Office soit à la requête d'une partie ou d'un intéressé, soit de sa propre initiative; il importe peu que ces décisions ou arrêtés aient été pris en présence des parties ou non et que les règles ou règlements soient d'application générale ou particulière. Les décrets du gouverneur en conseil en cette matière lient l'Office et toutes les parties.

41. (1) Tout acte — décision, arrêté, règle ou règlement — de l'Office est susceptible d'appel devant la Cour d'appel fédérale sur une question de droit ou de compétence, avec l'autorisation de la cour sur demande présentée dans le mois suivant la date de l'acte ou dans le délai supérieur accordé par un juge de la cour en des circonstances spéciales, après notification aux parties et à l'Office et audition de ceux d'entre eux qui comparaissent et désirent être entendus.

(2) Une fois l'autorisation obtenue en application du paragraphe (1), l'appel n'est admissible que s'il est interjeté dans les soixante jours suivant le prononcé de l'ordonnance l'autorisant.

(3) L'appel est mené aussi rapidement que possible; la cour peut l'entendre en faisant toutes inférences non incompatibles avec les faits formellement établis par l'Office et nécessaires pour décider de la question de droit ou de compétence, selon le cas.

(4) L'Office peut plaider sa cause à l'appel par procureur ou autrement.

. . .

120.1 (1) Sur dépôt d'une plainte de tout expéditeur assujéti à un tarif applicable à plus d'un expéditeur — autre qu'un tarif visé au paragraphe 165(3) — prévoyant

the provision of incidental services that are found in a tariff that applies to more than one shipper other than a tariff referred to in subsection 165(3), the Agency finds that the charges or associated terms and conditions are unreasonable, the Agency may, by order, establish new charges or associated terms and conditions.

(2) An order made under subsection (1) remains in effect for the period, not exceeding one year, specified in the order.

(3) In deciding whether any charges or associated terms and conditions are unreasonable, the Agency shall take into account the following factors:

- (a) the objective of the charges or associated terms and conditions;
- (b) the industry practice in setting the charges or associated terms and conditions;
- (c) in the case of a complaint relating to the provision of any incidental service, the existence of an effective, adequate and competitive alternative to the provision of that service; and
- (d) any other factor that the Agency considers relevant.

(4) Any charges or associated terms and conditions established by the Agency shall be commercially fair and reasonable to the shippers who are subject to them as well as to the railway company that issued the tariff containing them.

(5) The railway company shall, without delay after the Agency establishes any charges or associated terms and conditions, vary its tariff to reflect those charges or associated terms and conditions.

(6) The railway company shall not vary its tariff with respect to any charges or associated terms and conditions established by the Agency until the period referred to in subsection (2) has expired.

(7) For greater certainty, this section does not apply to rates for the movement of traffic.

. . .

126. (1) A railway company may enter into a contract with a shipper that the parties agree to keep confidential respecting

- (a) the rates to be charged by the company to the shipper;

des frais relatifs au transport ou aux services connexes ou des conditions afférentes, l'Office peut, s'il les estime déraisonnables, fixer de nouveaux frais ou de nouvelles conditions par ordonnance.

(2) L'ordonnance précise la période de validité de ces frais ou conditions, qui ne peut excéder un an.

(3) Pour décider si les frais ou conditions sont déraisonnables, l'Office tient compte des facteurs suivants :

- a) le but dans lequel les frais ou conditions sont imposés;
- b) les pratiques suivies par l'industrie pour leur fixation;
- c) dans le cas d'une plainte relative à des services connexes, l'existence d'une solution de rechange efficace, bien adaptée et concurrentielle;
- d) tout autre facteur que l'Office estime pertinent.

(4) Les frais ou conditions fixés par l'Office doivent être commercialement équitables et raisonnables tant pour les expéditeurs qui y sont assujettis que pour la compagnie de chemin de fer qui a établi le tarif les prévoyant.

(5) La compagnie de chemin de fer modifie le tarif en conséquence dès le prononcé de l'ordonnance par l'Office.

(6) La compagnie de chemin de fer ne peut modifier son tarif à l'égard des frais et conditions fixés par l'Office avant l'expiration de la période de validité précisée au titre du paragraphe (2).

(7) Il est entendu que le présent article ne s'applique pas aux prix relatifs au transport.

. . .

126. (1) Les compagnies de chemin de fer peuvent conclure avec les expéditeurs un contrat, que les parties conviennent de garder confidentiel, en ce qui concerne :

- a) les prix exigés de l'expéditeur par la compagnie;

(b) reductions or allowances pertaining to rates in tariffs that have been issued and published in accordance with this Division;

(c) rebates or allowances pertaining to rates in tariffs or confidential contracts that have previously been lawfully charged;

(d) any conditions relating to the traffic to be moved by the company; and

(e) the manner in which the company shall fulfill its service obligations under section 113.

(1.1) If a shipper wishes to enter into a contract under subsection (1) with a railway company respecting the manner in which the railway company must fulfil its service obligations under section 113, the shipper may request that the railway company make it an offer to enter into such a contract.

(1.2) The request must describe the traffic to which it relates, the services requested by the shipper with respect to the traffic and any undertaking that the shipper is prepared to give to the railway company with respect to the traffic or services.

(1.3) The railway company must make its offer within 30 days after the day on which it receives the request.

(1.4) Subject to subsection (1.5), the railway company is not required to include in its offer terms with respect to a matter that

(a) is governed by a written agreement to which the shipper and the railway company are parties;

(b) is the subject of an order, other than an interim order, made under subsection 116(4);

(c) is set out in a tariff referred to in subsection 136(4) or 165(3); or

(d) is the subject of an arbitration decision made under section 169.37.

(1.5) The railway company must include in its offer terms with respect to a matter that is governed by an agreement, the subject of an order or decision or set out in a tariff, referred to in subsection (1.4) if the agreement,

b) les baisses de prix, ou allocations afférentes à ceux-ci, indiquées dans les tarifs établis et publiés conformément à la présente section;

c) les rabais sur les prix, ou allocations afférentes à ceux-ci, établis dans les tarifs ou dans les contrats confidentiels, qui ont antérieurement été exigés licitement;

d) les conditions relatives au transport à effectuer par la compagnie;

e) les moyens pris par la compagnie pour s'acquitter de ses obligations en application de l'article 113.

(1.1) L'expéditeur qui souhaite conclure avec une compagnie de chemin de fer un contrat en application du paragraphe (1) concernant les moyens que celle-ci doit prendre pour s'acquitter de ses obligations en application de l'article 113 peut demander à cette compagnie de lui présenter une offre en vue de la conclusion d'un tel contrat.

(1.2) La demande mentionne le transport en cause, les services exigés par l'expéditeur à l'égard de celui-ci et tout engagement que l'expéditeur est disposé à prendre envers la compagnie de chemin de fer relativement au transport ou aux services.

(1.3) La compagnie de chemin de fer est tenue de présenter l'offre dans les trente jours suivant la date de réception de la demande.

(1.4) Sous réserve du paragraphe (1.5), la compagnie de chemin de fer n'est toutefois pas tenue d'inclure dans son offre une stipulation portant sur une question qui, selon le cas :

a) fait l'objet d'un accord écrit auquel l'expéditeur et la compagnie de chemin de fer sont parties;

b) est visée par un arrêté, autre qu'un arrêté provisoire, pris en vertu du paragraphe 116(4);

c) figure dans un tarif visé aux paragraphes 136(4) ou 165(3);

d) fait l'objet d'une décision arbitrale rendue en vertu de l'article 169.37.

(1.5) La compagnie de chemin de fer est toutefois tenue d'inclure dans son offre une telle stipulation si l'accord, l'arrêté, le tarif ou la décision arbitrale visés au paragraphe (1.4) expirent dans les deux mois suivant

order, decision or tariff expires within two months after the day on which the railway company receives the request referred to in subsection (1.1). The terms must apply to a period that begins after the agreement, order, decision or tariff expires.

(2) No party to a confidential contract is entitled to submit a matter governed by the contract to the Agency for final offer arbitration under section 161, without the consent of all the parties to the contract.

. . .

161. (1) A shipper who is dissatisfied with the rate or rates charged or proposed to be charged by a carrier for the movement of goods, or with any of the conditions associated with the movement of goods, may, if the matter cannot be resolved between the shipper and the carrier, submit the matter in writing to the Agency for a final offer arbitration to be conducted by one arbitrator or, if the shipper and the carrier agree, by a panel of three arbitrators.

. . .

162. (1) Notwithstanding any application filed with the Agency by a carrier in respect of a matter, within five days after final offers are received under subsection 161.1(1), the Agency shall refer the matter for arbitration

(a) if the parties did not agree that the arbitration should be conducted by a panel of three arbitrators, to the arbitrator, if any, named under paragraph 161(2)(e) or, if that arbitrator is not, in the opinion of the Agency, available to conduct the arbitration or no arbitrator is named, to an arbitrator on the list of arbitrators referred to in section 169 who the Agency chooses and determines is appropriate and available to conduct the arbitration; and

(b) if the parties agreed that the arbitration should be conducted by a panel of three arbitrators,

(i) to the arbitrators named by the parties under paragraph 161(2)(e) and to any arbitrator who those arbitrators have, within 10 days after the submission was served under subsection 161(2), notified the Agency that they have agreed on, or if those arbitrators did not so notify the Agency, to an arbitrator on the list of arbitrators referred to in section 169 who the Agency chooses and determines is appropriate and available to conduct the arbitration, or

la date de réception de la demande prévue au paragraphe (1.1). La stipulation s'applique alors à la période postérieure à l'expiration.

(2) Toute demande d'arbitrage au titre de l'article 161 sur une question faisant l'objet d'un contrat confidentiel est subordonnée à l'assentiment de toutes les parties au contrat.

. . .

161. (1) L'expéditeur insatisfait des prix appliqués ou proposés par un transporteur pour le transport de marchandises ou des conditions imposées à cet égard peut, lorsque le transporteur et lui ne sont pas en mesure de régler eux-mêmes la question, la soumettre par écrit à l'Office pour arbitrage soit par un arbitre seul soit, si le transporteur et lui y consentent, par une formation de trois arbitres.

. . .

162. (1) Malgré la présentation par le transporteur de toute demande relative à la question, l'Office, dans les cinq jours suivant la réception des deux offres présentées conformément au paragraphe 161.1(1), renvoie la question :

a) à défaut de choix par les parties de soumettre la question à une formation de trois arbitres, à l'arbitre unique visé à l'alinéa 161(2)e), s'il est disponible pour mener l'arbitrage ou, en l'absence de choix d'arbitre ou cas de non-disponibilité, selon l'Office, de l'arbitre choisi, à un arbitre que l'Office estime disponible et compétent et qui est inscrit sur la liste établie en vertu de l'article 169;

b) en cas de choix par les parties de soumettre la question à une formation de trois arbitres :

(i) aux arbitres visés à l'alinéa 161(2)e) et, soit à celui dont ils ont conjointement soumis le nom à l'Office dans les dix jours suivant la signification de la demande visée au paragraphe 161(2), soit, dans le cas où ils ne soumettent aucun nom à l'Office dans ce délai, à l'arbitre que l'Office estime disponible et compétent et qui est inscrit sur la liste établie en vertu de l'article 169,

(ii) if an arbitrator referred to in subparagraph (i) is not, in the opinion of the Agency, available to conduct the arbitration, to the arbitrators named in that subparagraph who are available and to an arbitrator chosen by the Agency from the list of arbitrators referred to in section 169 who the Agency determines is appropriate and available to conduct the arbitration.

. . .

165. (1) The decision of the arbitrator in conducting a final offer arbitration shall be the selection by the arbitrator of the final offer of either the shipper or the carrier.

. . .

(3) The carrier shall, without delay after the arbitrator's decision, set out the rate or rates or the conditions associated with the movement of goods that have been selected by the arbitrator in a tariff of the carrier, unless, where the carrier is entitled to keep the rate or rates or conditions confidential, the parties to the arbitration agree to include the rate or rates or conditions in a contract that the parties agree to keep confidential.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Borden Ladner Gervais, Ottawa; Canadian National Railway Company, Montréal.

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

Solicitors for the respondents Peace River Coal Inc. and the Canadian Industrial Transportation Association: Davis, Vancouver.

(ii) si l'un des arbitres visés au sous-alinéa (i) n'est pas, selon l'Office, disponible, à ceux qui le sont et à celui que l'Office estime disponible et compétent et qui est inscrit sur la liste établie en vertu de l'article 169.

. . .

165. (1) L'arbitre rend sa décision en choisissant la dernière offre de l'expéditeur ou celle du transporteur.

. . .

(3) Le transporteur inscrit, sans délai après la décision de l'arbitre, les prix ou conditions liés à l'acheminement des marchandises choisis par l'arbitre dans un tarif du transporteur, sauf si, dans les cas où celui-ci a droit de ne pas dévoiler les prix ou conditions, les parties à l'arbitrage conviennent de les inclure dans un contrat confidentiel conclu entre les parties.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Borden Ladner Gervais, Ottawa; Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada, Montréal.

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

Procureurs des intimées Peace River Coal Inc. et l'Association canadienne de transport industriel : Davis, Vancouver.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Frederick Anderson *Respondent*

and

**Director of Public Prosecutions of Canada,
Attorney General of Ontario,
Attorney General of New Brunswick,
Attorney General of British Columbia,
David Asper Centre for Constitutional
Rights and Aboriginal Legal Services of
Toronto Inc.** *Interveners*

INDEXED AS: **R. v. ANDERSON**

2014 SCC 41

File No.: 35246.

2014: March 19; 2014: June 6.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Cromwell,
Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NEWFOUNDLAND AND LABRADOR

Constitutional law — Charter of Rights — Right to life, liberty and security of the person — Criminal law — Sentencing — Aboriginal offenders — Mandatory minimum sentence — Accused convicted of impaired driving for fifth time — Crown prosecutor seeking mandatory minimum sentence — Whether s. 7 of the Charter requires the Crown to consider Aboriginal status of accused when seeking minimum sentence for impaired driving — Whether consideration of Aboriginal status is a principle of fundamental justice — Whether decision to seek mandatory minimum sentence is a matter of core prosecutorial discretion — Standard of review for Crown decision making — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 253(1)(b), 255(1)(a)(iii), 727(1).

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Frederick Anderson *Intimé*

et

**Directeur des poursuites pénales du Canada,
procureur général de l'Ontario,
procureur général du Nouveau-Brunswick,
procureur général de la Colombie-
Britannique, David Asper Centre for
Constitutional Rights et Aboriginal Legal
Services of Toronto Inc.** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : **R. c. ANDERSON**

2014 CSC 41

N° du greffe : 35246.

2014 : 19 mars; 2014 : 6 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-
NEUVE-ET-LABRADOR

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Droit criminel — Détermination de la peine — Délinquants autochtones — Peine minimale obligatoire — Accusé reconnu coupable une cinquième fois de conduite avec facultés affaiblies — Demande d'une peine minimale obligatoire par le procureur du ministère public — Lorsque le ministère public demande une peine minimale obligatoire pour conduite avec facultés affaiblies, l'art. 7 de la Charte exige-t-il qu'il prenne en considération le statut d'Autochtone d'un accusé? — La prise en considération du statut d'Autochtone est-elle un principe de justice fondamentale? — La décision de demander une peine minimale obligatoire relève-t-elle du pouvoir discrétionnaire essentiel en matière de poursuites? — Norme de contrôle applicable aux décisions du ministère public — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 253(1)b), 255(1)a)(iii), 727(1).

The accused was convicted of impaired driving. The offence of impaired driving carries with it a minimum sentence of 30 days' imprisonment for a second offence and 120 days' imprisonment for a subsequent offence. These mandatory minimum sentences apply only if the Crown notifies the accused of its intention to seek a greater punishment prior to any plea. Crown counsel served a Notice of intent to seek greater punishment by reason of the accused's four previous impaired driving convictions. The trial judge held that Crown counsel breached s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by tendering the Notice without considering the accused's Aboriginal status. The accused was sentenced to a 90-day intermittent sentence. The Court of Appeal dismissed an appeal from sentence.

Held: The appeal should be allowed and a term of imprisonment of 120 days should be substituted, with service of the remainder of the sentence stayed in accordance with the concession of the Crown.

This appeal raises two issues: (1) whether s. 7 of the *Charter* requires the Crown to consider an accused's Aboriginal status when making decisions that limit the sentencing options available to a judge — here, the decision to seek a mandatory minimum sentence for impaired driving; and (2) whether the decision to tender the Notice is a matter of “core” prosecutorial discretion, and if so, the standard by which it may be reviewed.

No constitutional obligation

Crown prosecutors are not constitutionally required to consider the Aboriginal status of an accused when deciding whether or not to seek a mandatory minimum sentence for impaired driving for two reasons.

First, while it is a principle of fundamental justice that a sentence be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender, the duty to impose a proportionate sentence rests upon judges, *not* Crown prosecutors. The proportionality principle requires judges to consider systemic and background factors, including Aboriginal status, which may bear on the culpability of the offender. There is no basis in law to support equating the distinct roles of the judge and the prosecutor in the sentencing process.

L'accusé a été reconnu coupable de conduite avec facultés affaiblies. Une peine minimale de 30 jours d'emprisonnement est infligée pour une deuxième infraction, et pour une infraction subséquente la peine minimale est de 120 jours d'emprisonnement. Ces peines minimales obligatoires ne sont infligées que si le ministère public avise l'accusé, avant tout plaider, de son intention de demander une peine plus sévère. Le procureur du ministère public a signifié un avis de son intention de demander une peine plus sévère puisque l'accusé avait déjà été reconnu coupable de conduite avec facultés affaiblies à quatre reprises. Le juge du procès a estimé qu'en signifiant l'avis à l'accusé sans prendre en considération son statut d'Autochtone, le procureur du ministère public avait contrevenu à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'accusé a été condamné à une peine discontinue de 90 jours d'emprisonnement. La Cour d'appel a rejeté l'appel interjeté contre la peine.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et une peine d'emprisonnement de 120 jours est substituée à la peine infligée, avec sursis de ce qui reste à courir de la peine conformément à la concession du ministère public.

Le pourvoi soulève deux questions. (1) L'art. 7 de la *Charte* oblige-t-il le ministère public à prendre en considération le statut d'Autochtone d'un accusé lorsqu'il prend des décisions qui limitent l'éventail des peines que peut infliger un juge — en l'espèce, la décision de demander une peine minimale obligatoire pour conduite avec facultés affaiblies? (2) La décision de produire l'avis relève-t-elle du pouvoir discrétionnaire « essentiel » en matière de poursuites et, dans l'affirmative, quelle est la norme selon laquelle elle peut être révisée?

Aucune obligation constitutionnelle

Les procureurs du ministère public ne sont pas tenus par la Constitution de prendre en considération le statut d'Autochtone d'un accusé lorsqu'ils décident s'il y a lieu de demander une peine minimale obligatoire pour conduite avec facultés affaiblies, et ce, pour deux raisons.

Premièrement, même si, selon le principe de justice fondamentale, une peine doit être proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant, le devoir d'infliger une peine proportionnée incombe aux juges et *non* aux procureurs du ministère public. Le principe de la proportionnalité exige du juge qu'il prenne en considération les facteurs systémiques ou historiques, y compris le statut d'Autochtone, qui peuvent influencer sur la culpabilité du délinquant. Aucun principe de droit ne permet d'assimiler les rôles distincts du juge et du procureur dans le processus de détermination de la peine.

Second, the principle of fundamental justice that the accused asks this Court to recognize does not meet the test which governs principles of fundamental justice. A principle of fundamental justice must be a legal principle, enjoy consensus that the rule or principle is fundamental to the way in which the legal system ought fairly to operate, and be identified with sufficient precision to yield a manageable standard against which to measure deprivations of life, liberty or security of the person. The principle advanced by the accused does not meet the second requirement as it is contrary to a long-standing and deeply-rooted approach to the division of responsibility between the Crown prosecutor and the courts. It would greatly expand the scope of judicial review of discretionary decisions made by prosecutors and put at risk the adversarial nature of our criminal justice system by inviting judicial oversight of the numerous decisions that Crown prosecutors make on a daily basis.

Prosecutorial discretion

Decisions by Crown prosecutors are either exercises of prosecutorial discretion or tactics and conduct before the court. Subsequent to this Court's decision in *Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372, confusion has arisen as to what is meant by "prosecutorial discretion" and the law has become cloudy. In particular, the use of the word "core" in *Krieger* has led to a narrow definition of prosecutorial discretion. The present appeal provides an opportunity for clarification.

"Prosecutorial discretion" is an expansive term. It covers all decisions regarding the nature and extent of the prosecution and the Attorney General's participation in it. Prosecutorial discretion is entitled to considerable deference. It must not be subjected to routine second-guessing by the courts. Judicial non-interference is a matter of principle based on the doctrine of separation of powers. In contrast, tactics and conduct before the court are governed by the inherent jurisdiction of the court to control its own processes. Deference is not owed to counsel who behave inappropriately in the courtroom, but a high degree of deference is accorded to the tactical decisions of counsel. Abuse of process is not a

Deuxièmement, le principe de justice fondamentale que l'accusé demande à notre Cour de reconnaître ne respecte pas le critère qui régit les principes de justice fondamentale. Un principe de justice fondamentale doit satisfaire aux conditions suivantes : il doit s'agir d'un principe juridique; il doit exister un consensus sur le fait que cette règle ou ce principe est essentiel au bon fonctionnement du système de justice, et il doit être défini avec suffisamment de précision pour constituer une norme fonctionnelle permettant d'évaluer l'atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne. Le principe que propose l'accusé ne satisfait pas à la deuxième condition puisqu'il est contraire à une approche reconnue depuis longtemps et fortement enracinée en ce qui concerne le partage de la responsabilité entre le procureur du ministère public et les tribunaux. Ce principe élargirait considérablement la portée du contrôle judiciaire des décisions discrétionnaires des poursuivants et mettrait en danger le caractère accusatoire de notre système de justice pénale en ouvrant la porte à la surveillance judiciaire des nombreuses décisions que prennent quotidiennement les procureurs du ministère public.

Pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites

Les décisions des procureurs du ministère public visent soit l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites, soit la stratégie ou la conduite devant le tribunal. Après l'arrêt de notre Cour dans *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372, il y a eu une certaine confusion quant au sens à donner à l'expression « pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites » et le droit est devenu nébuleux à cet égard. En particulier, l'emploi de l'expression « au cœur de » dans *Krieger* a donné lieu à une définition étroite du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Le présent pourvoi nous donne l'occasion de le clarifier.

L'expression « pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites » est une expression large. Elle renvoie à toutes les décisions concernant la nature et l'étendue des poursuites ainsi que la participation du procureur général à celles-ci. Le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites justifie une grande déférence. Il ne doit pas être susceptible d'une remise en cause systématique par les tribunaux. Par principe, compte tenu du partage des pouvoirs, les tribunaux n'interviennent pas dans le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Par contre, la stratégie et la conduite du procureur du ministère public devant le tribunal sont assujetties à la compétence inhérente du tribunal de contrôler sa propre procédure. La

precondition for judicial intervention in relation to a party's tactics and conduct before the court.

Prosecutorial discretion is reviewable for abuse of process. The abuse of process doctrine is available where there is evidence that the Crown's conduct is egregious and seriously compromises trial fairness or the integrity of the justice system. The burden of proof lies on the accused to establish, on a balance of probabilities, a proper evidentiary foundation to proceed with an abuse of process claim, before requiring the Crown to provide reasons justifying its decision.

Tendering the Notice was a matter of prosecutorial discretion. In the complete absence of any evidence to support it, the accused's abuse of process argument must fail.

Cases Cited

Applied: *R. v. D.B.*, 2008 SCC 25, [2008] 2 S.C.R. 3; **explained:** *Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372; *R. v. Gill*, 2012 ONCA 607, 112 O.R. (3d) 423; **distinguished:** *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433; *United States of America v. Leonard*, 2012 ONCA 622, 112 O.R. (3d) 496, leave to appeal refused, [2013] 1 S.C.R. v; **referred to:** *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 4, [2004] 1 S.C.R. 76; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; *R. v. T. (V.)*, [1992] 1 S.C.R. 749; *R. v. Cook*, [1997] 1 S.C.R. 1113; *Miazga v. Kvello Estate*, 2009 SCC 51, [2009] 3 S.C.R. 339; *Sriskandarajah v. United States of America*, 2012 SCC 70, [2012] 3 S.C.R. 609; *R. v. Nixon*, 2011 SCC 34, [2011] 2 S.C.R. 566; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Jolivet*, 2000 SCC 29, [2000] 1 S.C.R. 751; *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248; *R. v. Beaudry*, 2007 SCC 5, [2007] 1 S.C.R. 190; *R. v. Cunningham*, 2010 SCC 10, [2010] 1 S.C.R. 331; *Ontario v. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3; *R. v. S.G.T.*, 2010 SCC 20, [2010] 1 S.C.R. 688; *R. v. Auclair*, 2014 SCC 6, [2014] 1 S.C.R. 83.

déférence ne s'impose pas envers les avocats qui se comportent de façon inopportune dans la salle d'audience, mais notre système fait preuve d'une grande retenue envers les décisions tactiques des avocats. L'abus de procédure n'est pas une condition préalable à l'intervention du juge relativement à la stratégie ou à la conduite d'une partie devant le tribunal.

Le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites est susceptible de contrôle judiciaire s'il y a eu abus de procédure. La règle de l'abus de procédure s'applique en présence d'éléments de preuve démontrant que la conduite du ministère public est inacceptable et compromet sérieusement l'équité du procès ou l'intégrité du système de justice. Avant que le ministère public soit tenu de justifier sa décision, il incombe à l'accusé d'établir, par prépondérance des probabilités, l'existence d'une preuve suffisante qu'une allégation relative à l'abus de procédure peut être examinée.

La production de l'avis relevait du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. En l'absence totale de preuve pour l'étayer, l'argument de l'accusé fondé sur l'abus de procédure doit être rejeté.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *R. c. D.B.*, 2008 CSC 25, [2008] 2 R.C.S. 3; **arrêts expliqués :** *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372; *R. c. Gill*, 2012 ONCA 607, 112 O.R. (3d) 423; **distinction d'avec les arrêts :** *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433; *United States of America c. Leonard*, 2012 ONCA 622, 112 O.R. (3d) 496, autorisation d'appel refusée, [2013] 1 R.C.S. v; **arrêts mentionnés :** *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *R. c. T. (V.)*, [1992] 1 R.C.S. 749; *R. c. Cook*, [1997] 1 R.C.S. 1113; *Miazga c. Kvello (Succession)*, 2009 CSC 51, [2009] 3 R.C.S. 339; *Sriskandarajah c. États-Unis d'Amérique*, 2012 CSC 70, [2012] 3 R.C.S. 609; *R. c. Nixon*, 2011 CSC 34, [2011] 2 R.C.S. 566; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Jolivet*, 2000 CSC 29, [2000] 1 R.C.S. 751; *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248; *R. c. Beaudry*, 2007 CSC 5, [2007] 1 R.C.S. 190; *R. c. Cunningham*, 2010 CSC 10, [2010] 1 R.C.S. 331; *Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3; *R. c. S.G.T.*, 2010 CSC 20, [2010] 1 R.C.S. 688; *R. c. Auclair*, 2014 CSC 6, [2014] 1 R.C.S. 83.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 15(1).
Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, ss. 5, 6.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 92, 94, 95, 151, 152, 253(1), 255, 267(b), 271, 344, 718.1, 718.2, 727(1).
Extradition Act, S.C. 1999, c. 18, s. 44(1)(a).

Authors Cited

Code, Michael. “Judicial Review of Prosecutorial Decisions: A Short History of Costs and Benefits, in Response to Justice Rosenberg” (2009), 34 *Queen’s L.J.* 863.
 Frater, Robert J. *Prosecutorial Misconduct*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2009.
 Vanek, David. “Prosecutorial Discretion” (1988), 30 *Crim. L.Q.* 219.

APPEAL from a judgment of the Newfoundland and Labrador Court of Appeal (Green C.J.N.L. and Welsh and Rowe JJ.A.), 2013 NLCA 2, 331 Nfld. & P.E.I.R. 308, 1027 A.P.R. 308, 41 M.V.R. (6th) 194, 275 C.R.R. (2d) 127, 295 C.C.C. (3d) 262, [2013] 4 C.N.L.R. 209, [2013] N.J. No. 13 (QL), 2013 CarswellNfld 11, affirming a sentencing decision of English Prov. Ct. J., 2011 NLPC 1709A00569. Appeal allowed.

Iain R. W. Hollett, for the appellant.

Derek Hogan and Darlene Neville, for the respondent.

David Schermbrucker and Carole Sheppard, for the intervener the Director of Public Prosecutions of Canada.

Philip Perlmutter and Lorna Bolton, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Kathryn A. Gregory and Cameron Gunn, Q.C., for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

Joyce DeWitt-Van Oosten, Q.C., for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 15(1).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 92, 94, 95, 151, 152, 253(1), 255, 267b), 271, 344, 718.1, 718.2, 727(1).
Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, ch. 19, art. 5, 6.
Loi sur l’extradition, L.C. 1999, ch. 18, art. 44(1)a).

Doctrine et autres documents cités

Code, Michael. « Judicial Review of Prosecutorial Decisions : A Short History of Costs and Benefits, in Response to Justice Rosenberg » (2009), 34 *Queen’s L.J.* 863.
 Frater, Robert J. *Prosecutorial Misconduct*. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 2009.
 Vanek, David. « Prosecutorial Discretion » (1988), 30 *Crim. L.Q.* 219.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de Terre-Neuve-et-Labrador (le juge en chef Green et les juges Welsh et Rowe), 2013 NLCA 2, 331 Nfld. & P.E.I.R. 308, 1027 A.P.R. 308, 41 M.V.R. (6th) 194, 275 C.R.R. (2d) 127, 295 C.C.C. (3d) 262, [2013] 4 C.N.L.R. 209, [2013] N.J. No. 13 (QL), 2013 CarswellNfld 11, qui a confirmé une décision du juge English de la Cour provinciale relative à la détermination de la peine, 2011 NLPC 1709A00569. Pourvoi accueilli.

Iain R. W. Hollett, pour l’appelante.

Derek Hogan et Darlene Neville, pour l’intimé.

David Schermbrucker et Carole Sheppard, pour l’intervenant le directeur des poursuites pénales du Canada.

Philip Perlmutter et Lorna Bolton, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Kathryn A. Gregory et Cameron Gunn, c.r., pour l’intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Joyce DeWitt-Van Oosten, c.r., pour l’intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Kent Roach and Cheryl Milne, for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights.

Jonathan Rudin and Emily Hill, for the intervener the Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.

The judgment of the Court was delivered by

MOLDAVER J. —

I. Introduction

[1] This appeal raises the following question: Are Crown prosecutors constitutionally required to consider the Aboriginal status of an accused when deciding whether or not to seek a mandatory minimum sentence for impaired driving? The answer, in my view, must be no. There is no principle of fundamental justice that supports the existence of such a constitutional obligation. Absent such an obligation, the prosecutor's decision is a matter of prosecutorial discretion which is reviewable by the courts only for abuse of process.

[2] The present appeal involves a scheme of escalating, mandatory minimum sentences for impaired driving convictions. These mandatory minimums are set out in s. 255 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (“*Code*”). Section 727(1) of the *Code* states that the mandatory minimums set out in s. 255 are applicable only if the Crown, in advance of any plea, notifies the accused of its intention to seek a greater punishment by reason of previous convictions (the “Notice”) and tenders proof at the sentencing hearing that the Notice was served. It is the Crown's discretionary decision to tender the Notice at the sentencing hearing that is the subject of the current debate.

[3] The respondent, Mr. Anderson, submits that the Crown is constitutionally obligated under s. 7

Kent Roach et Cheryl Milne, pour l'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights.

Jonathan Rudin et Emily Hill, pour l'intervenante Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MOLDAVER —

I. Introduction

[1] Le présent pourvoi soulève la question suivante : les procureurs du ministère public sont-ils tenus par la Constitution de prendre en considération le statut d'Autochtone d'un accusé lorsqu'ils décident s'il y a lieu de demander une peine minimale obligatoire pour conduite avec facultés affaiblies? À mon avis, il faut répondre à cette question par la négative. Aucun principe de justice fondamentale n'appuie l'existence d'une telle obligation constitutionnelle. En l'absence d'une telle obligation, la décision du poursuivant est une question de pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites et les tribunaux ne peuvent contrôler cette décision que s'il y a eu abus de procédure.

[2] Le pourvoi dont nous sommes saisis a pour objet un régime de peines minimales obligatoires de sévérité croissante pour les infractions de conduite avec facultés affaiblies. Ces peines minimales obligatoires sont prévues à l'art. 255 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (« *Code* »). Selon le par. 727(1) du *Code*, les peines minimales obligatoires prévues à l'art. 255 ne sont infligées que si le ministère public avise l'accusé, avant tout plaidoyer, de son intention de demander une peine plus sévère du fait de condamnations antérieures (l'« avis ») et présente, à l'audience de détermination de la peine, une preuve de la signification de l'avis. En l'espèce, le débat porte sur la décision discrétionnaire du ministère public de produire l'avis à l'audience de détermination de la peine.

[3] L'intimé, M. Anderson, plaide que le ministère public a l'obligation constitutionnelle, aux

of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to consider the accused's Aboriginal status in deciding whether or not to tender the Notice. According to Mr. Anderson, for sentencing purposes, consideration of Aboriginal status is a principle of fundamental justice. It follows that the Crown must consider it when making decisions that limit the sentencing options available to a judge.

[4] The Crown denies the existence of any such obligation. The Crown submits that the decision to tender the Notice is a matter of prosecutorial discretion. As such, it can only be reviewed for abuse of process. The Crown further submits that if mandatory minimum sentences within a statutory scheme prevent a judge from imposing a fit and just sentence that accords with the fundamental principle of proportionality, it is the scheme that should be challenged, not the exercise of prosecutorial discretion that has triggered it.

[5] For the reasons that follow, I conclude that Crown prosecutors are under no constitutional duty to consider the accused's Aboriginal status when tendering the Notice. As a matter of prosecutorial discretion, the decision is only reviewable for abuse of process.

II. Background

[6] Mr. Anderson was charged with the offence of driving with more than 80 milligrams of alcohol in 100 millilitres of blood contrary to s. 253(1)(b) of the *Code*. Before pleading guilty, he was served with a Notice. He later learned that the Crown intended to prove the Notice at the sentencing hearing. As this was Mr. Anderson's fifth impaired driving-related conviction, tendering the Notice meant that he would be subject to a mandatory minimum sentence of not less than 120 days' imprisonment under s. 255(1)(a)(iii) of the *Code*.

termes de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, de prendre en considération le statut d'Autochtone de l'accusé lorsqu'il décide de produire ou non l'avis. Selon M. Anderson, pour les besoins de la détermination de la peine, la prise en considération du statut d'Autochtone est un principe de justice fondamentale. Il s'ensuit que le ministère public doit prendre en considération ce statut lorsqu'il prend des décisions qui limitent l'éventail des peines que peut infliger un juge.

[4] Le ministère public nie l'existence d'une telle obligation. Il plaide que la décision de produire l'avis relève du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. En conséquence, la décision ne peut être révisée que s'il y a eu abus de procédure. Le ministère public plaide en outre que si les peines minimales obligatoires prévues dans un régime législatif empêchent un juge d'infliger une peine appropriée et juste qui soit conforme au principe fondamental de proportionnalité, il y a lieu de contester le régime en tant que tel et non l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites qui l'a fait entrer en jeu.

[5] Pour les motifs qui suivent, je conclus que la Constitution n'oblige aucunement les procureurs du ministère public à prendre en considération le statut d'Autochtone lorsqu'ils produisent l'avis. S'agissant d'une question de pouvoir discrétionnaire en matière de poursuite, la décision ne peut être révisée que pour abus de procédure.

II. Contexte

[6] Monsieur Anderson a été accusé de conduite avec une alcoolémie supérieure à 80 milligrammes par 100 millilitres de sang, une infraction prévue à l'al. 253(1)b) du *Code*. Avant de plaider coupable, il s'est vu signifier un avis. Il a appris par la suite que le ministère public entendait faire la preuve de l'avis à l'audience de détermination de la peine. Puisqu'il s'agissait pour M. Anderson d'une cinquième condamnation pour conduite avec facultés affaiblies, la production de l'avis signifiait qu'il allait être passible, aux termes du sous-al. 255(1)a)(iii) du *Code*, d'une peine minimale obligatoire d'au moins 120 jours d'emprisonnement.

A. *Provincial Court of Newfoundland and Labrador, 2011 NLPC 1709A00569*

[7] Prior to the sentencing hearing, Mr. Anderson filed a *Charter* application in which he argued that ss. 255(1) and 727(1) of the *Code* violate s. 7 of the *Charter* because “the combined effect of the [provisions] is to transfer what is a judicial function to the prosecutor, namely, the setting of the floor or minimum sentence in a given case” (motion judgment, at para. 21). He also argued that the statutory scheme violated s. 15(1) of the *Charter* because it deprived an Aboriginal person of the opportunity to argue for a non-custodial sentence in an appropriate case.

[8] The trial judge, English Prov. Ct. J., accepted Mr. Anderson’s *Charter* arguments and concluded that the infringements of ss. 7 and 15(1) were not saved by s. 1 of the *Charter*. In order to ensure compliance with s. 7 of the *Charter*, he held that the Crown must in all cases, including those involving non-Aboriginal offenders, provide justification for relying on the Notice. As for the violation of s. 15(1), he declared the statutory scheme to be of no force and effect as it applied to Aboriginal offenders. Having determined that he was not bound by the minimums set out in s. 255(1), the trial judge sentenced Mr. Anderson to a 90-day intermittent sentence followed by two years’ probation. A five-year driving prohibition was also imposed.

B. *Newfoundland and Labrador Court of Appeal, 2013 NLCA 2, 331 Nfld. & P.E.I.R. 308*

[9] The Newfoundland and Labrador Court of Appeal rejected the Crown’s appeal. All members of the court held that where the Crown tenders the Notice at the sentencing hearing without considering the accused’s Aboriginal status, this renders the sentencing hearing fundamentally unfair, leading to a s. 7 *Charter* breach. According to the court, there would

A. *Cour provinciale de Terre-Neuve-et-Labrador, 2011 NLPC 1709A00569*

[7] Avant l’audience de détermination de la peine, M. Anderson a déposé une requête fondée sur la *Charte* dans laquelle il a plaidé que les par. 255(1) et 727(1) du *Code* violent l’art. 7 de la *Charte* parce que [TRADUCTION] « [les dispositions] ont pour effet conjugué de transférer au poursuivant une fonction judiciaire, à savoir l’établissement d’une peine minimale dans une affaire donnée » (jugement sur la requête, par. 21). Il a également plaidé que le régime législatif violait le par. 15(1) de la *Charte* parce qu’il privait un Autochtone de la possibilité de plaider en faveur d’une sanction autre que l’incarcération dans un cas approprié.

[8] En première instance, le juge English de la Cour provinciale a accueilli les arguments fondés sur la *Charte* soulevés par M. Anderson et a conclu que les atteintes à l’art. 7 et au par. 15(1) ne pouvaient se justifier au sens de l’article premier de la *Charte*. Le juge a statué que, pour assurer la conformité à l’art. 7 de la *Charte*, le ministère public devait dans tous les cas, y compris ceux mettant en cause des délinquants non autochtones, justifier pourquoi il s’appuyait sur l’avis. Pour ce qui est de la violation du par. 15(1), il a déclaré que le régime législatif était inopérant à l’égard des délinquants autochtones. Ayant jugé qu’il n’était pas lié par les peines minimales énoncées au par. 255(1), le juge du procès a condamné M. Anderson à une peine discontinue de 90 jours d’emprisonnement, suivie de deux ans de probation. Une interdiction de conduire durant cinq ans a également été imposée.

B. *Cour d’appel de Terre-Neuve-et-Labrador, 2013 NLCA 2, 331 Nfld. & P.E.I.R. 308*

[9] La Cour d’appel de Terre-Neuve-et-Labrador a rejeté l’appel du ministère public. À l’unanimité, la cour a statué que la production de l’avis par le ministère public à l’audience de détermination de la peine, sans que soit pris en considération le statut d’Autochtone de l’accusé, rendait l’audience de détermination de la peine fondamentalement injuste, entraînant une

be no breach of s. 7 if the Crown's policy statement¹ regarding the decision to tender the Notice included a *specific* direction to consider the offender's Aboriginal status. The absence of such a direction, and the lack of explanation on the part of the Crown for its decision to tender the Notice in this case, led the court to conclude that s. 7 of the *Charter* had been breached.

[10] The court split on how the Crown's decision to tender the Notice should be characterized. Welsh J.A. considered it to be a matter of "core" prosecutorial discretion; Green C.J.N.L. and Rowe J.A. maintained that it was "outside a core prosecutorial function": para. 49 (emphasis deleted). In the end, this difference of opinion did not affect the result and the Crown's appeal was dismissed.

III. Relevant Statutory Provisions

[11] Section 253(1) of the *Code* sets out the offence of impaired driving:

253. (1) [Operation while impaired] Every one commits an offence who operates a motor vehicle or vessel or operates or assists in the operation of an aircraft or of railway equipment or has the care or control of a motor vehicle, vessel, aircraft or railway equipment, whether it is in motion or not,

(a) while the person's ability to operate the vehicle, vessel, aircraft or railway equipment is impaired by alcohol or a drug; or

violation de l'art. 7 de la *Charte*. Selon la cour, il n'y aurait aucune violation de l'art. 7 si l'énoncé de politique du ministère public¹ relatif à la décision de produire l'avis renfermait une directive *particulière* indiquant que le statut d'Autochtone du délinquant doit être pris en considération. L'absence d'une telle directive et le fait que le ministère public n'avait pas expliqué sa décision de produire l'avis en l'espèce ont amené la cour à conclure à une violation de l'art. 7 de la *Charte*.

[10] La cour était partagée quant à la manière de qualifier la décision de produire l'avis. La juge Welsh estimait qu'il s'agissait d'un pouvoir discrétionnaire « essentiel » du poursuivant; selon le juge en chef Green et le juge Rowe, cette décision [TRADUCTION] « ne relevait pas d'une fonction essentielle du poursuivant » : par. 49 (soulignement omis). En définitive, cette divergence de vues n'a pas eu d'incidence sur l'issue de l'affaire et l'appel du ministère public a été rejeté.

III. Dispositions législatives applicables

[11] Le paragraphe 253(1) du *Code* énonce l'infraction de conduite avec facultés affaiblies :

253. (1) [Capacité de conduite affaiblie] Commet une infraction quiconque conduit un véhicule à moteur, un bateau, un aéronef ou du matériel ferroviaire, ou aide à conduire un aéronef ou du matériel ferroviaire, ou a la garde ou le contrôle d'un véhicule à moteur, d'un bateau, d'un aéronef ou de matériel ferroviaire, que ceux-ci soient en mouvement ou non, dans les cas suivants :

a) lorsque sa capacité de conduire ce véhicule, ce bateau, cet aéronef ou ce matériel ferroviaire est affaiblie par l'effet de l'alcool ou d'une drogue;

¹ Crown policy statements are designed to assist Crown prosecutors in the performance of their functions. In this case, there was a Crown policy statement pertaining to the decision of whether or not to tender the Notice. The policy statement stated that "service of the notice should be considered in all cases, in light of all circumstances of the offence and the background and circumstances of the offender" (Court of Appeal decision, at para. 19 (emphasis deleted)). The policy statement did not specifically reference Aboriginal status.

¹ Les énoncés de politique visent à aider les procureurs du ministère public dans l'exercice de leurs fonctions. En l'espèce, un énoncé de politique du ministère public traitait de la décision de produire ou non l'avis. L'énoncé de politique prévoyait que [TRADUCTION] « la signification de l'avis doit être prise en considération dans tous les cas, à la lumière de toutes les circonstances de l'infraction et des antécédents et de la situation du délinquant » (motifs de la Cour d'appel, par. 19 (soulignement omis)). L'énoncé de politique ne mentionnait pas particulièrement le statut d'Autochtone.

(b) having consumed alcohol in such a quantity that the concentration in the person's blood exceeds eighty milligrams of alcohol in one hundred millilitres of blood.

[12] Section 255 of the *Code* sets out the escalating mandatory minimum penalties for impaired driving. For the purposes of this appeal, the relevant portion of s. 255 is the following:

255. (1) [Punishment] Every one who commits an offence under section 253 or 254 is guilty of an indictable offence or an offence punishable on summary conviction and is liable,

(a) whether the offence is prosecuted by indictment or punishable on summary conviction, to the following minimum punishment, namely,

(i) for a first offence, to a fine of not less than \$1,000,

(ii) for a second offence, to imprisonment for not less than 30 days, and

(iii) for each subsequent offence, to imprisonment for not less than 120 days;

[13] Section 727(1) of the *Code* sets out the requirement to give notice to the accused of the Crown's intention to seek the mandatory minimum punishment:

727. (1) [Previous conviction] Subject to subsections (3) and (4), where an offender is convicted of an offence for which a greater punishment may be imposed by reason of previous convictions, no greater punishment shall be imposed on the offender by reason thereof unless the prosecutor satisfies the court that the offender, before making a plea, was notified that a greater punishment would be sought by reason thereof.

[14] Section 718.2(e) of the *Code* states:

718.2 [Other sentencing principles] A court that imposes a sentence shall also take into consideration the following principles:

. . .

b) lorsqu'il a consommé une quantité d'alcool telle que son alcoolémie dépasse quatre-vingts milligrammes d'alcool par cent millilitres de sang.

[12] L'article 255 du *Code* prévoit les peines minimales obligatoires de sévérité croissante dans les cas de conduite avec facultés affaiblies. Pour les besoins du présent pourvoi, la partie pertinente de l'art. 255 est la suivante :

255. (1) [Peine] Quiconque commet une infraction prévue à l'article 253 ou 254 est coupable d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire ou par mise en accusation et est passible :

a) que l'infraction soit poursuivie par mise en accusation ou par procédure sommaire, des peines minimales suivantes :

(i) pour la première infraction, une amende minimale de mille dollars,

(ii) pour la seconde infraction, un emprisonnement minimal de trente jours,

(iii) pour chaque infraction subséquente, un emprisonnement minimal de cent vingt jours;

[13] Le paragraphe 727(1) du *Code* énonce l'obligation d'aviser l'accusé de l'intention du ministère public de demander la peine minimale obligatoire :

727. (1) [Condamnations antérieures] Sous réserve des paragraphes (3) et (4), lorsque le délinquant est déclaré coupable d'une infraction pour laquelle une peine plus sévère peut être infligée du fait de condamnations antérieures, aucune peine plus sévère ne peut lui être infligée de ce fait à moins que le poursuivant ne convainque le tribunal que le délinquant, avant d'enregistrer son plaidoyer, a reçu avis qu'une peine plus sévère serait demandée de ce fait.

[14] L'alinéa 718.2(e) du *Code* dispose :

718.2 [Principes de détermination de la peine] Le tribunal détermine la peine à infliger compte tenu également des principes suivants :

. . .

(e) all available sanctions other than imprisonment that are reasonable in the circumstances should be considered for all offenders, with particular attention to the circumstances of aboriginal offenders.

[15] Lastly, s. 7 of the *Charter* states:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

IV. Issues

[16] This appeal raises two issues: (1) whether s. 7 of the *Charter* requires the Crown to consider an accused's Aboriginal status when making decisions that limit the sentencing options available to a judge — here, the decision to seek a mandatory minimum sentence for impaired driving; and (2) whether the decision to tender the Notice is a matter of “core” prosecutorial discretion, and if so, the standard by which it may be reviewed.

[17] Before analyzing these two issues, a brief explanation of how they are connected is warranted. The respondent argues that all state actors (including Crown prosecutors) must consider Aboriginal status where a decision affects the liberty interest of an Aboriginal person. He maintains that this is a principle of fundamental justice. If this argument is accepted, it matters not whether the decision is one of prosecutorial discretion. The principle of fundamental justice — perhaps more aptly described as a constitutional duty — would apply regardless. As will be discussed in greater detail, prosecutorial discretion provides no answer to the breach of a constitutional duty. If, on the other hand, the respondent's argument is rejected, the distinction between prosecutorial discretion and tactics and conduct before the Court becomes important, as the categorization affects the standard of review to be applied to the decision.

e) l'examen de toutes les sanctions substitutives applicables qui sont justifiées dans les circonstances, plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones.

[15] Enfin, l'art. 7 de la *Charte* est libellé ainsi :

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

IV. Questions en litige

[16] Le présent pourvoi soulève deux questions. (1) L'art. 7 de la *Charte* oblige-t-il le ministère public à prendre en considération le statut d'Autochtone d'un accusé lorsqu'il prend des décisions qui limitent l'éventail des peines que peut infliger un juge — en l'espèce, la décision de demander une peine minimale obligatoire pour conduite avec facultés affaiblies? (2) La décision de produire l'avis relève-t-elle du pouvoir discrétionnaire « essentiel » en matière de poursuites et, dans l'affirmative, quelle est la norme selon laquelle elle peut être révisée?

[17] Il convient d'expliquer brièvement le lien qui unit ces deux questions avant de les analyser. L'intimé soutient que tous les représentants de l'État (y compris les procureurs du ministère public) doivent prendre en considération le statut d'Autochtone lorsqu'une décision porte atteinte à la liberté d'un Autochtone. Il s'agit selon lui d'un principe de justice fondamentale. Si cet argument est retenu, il n'importe pas que la décision relève du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Le principe de justice fondamentale — qu'il convient peut-être mieux de qualifier d'obligation constitutionnelle — s'appliquerait en tout état de cause. Comme nous le verrons plus en détail, le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites n'est pas la solution au manquement à une obligation constitutionnelle. Si, par contre, l'argument de l'intimé est rejeté, la distinction entre, d'une part, le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites et, d'autre part, la stratégie et la conduite devant la cour, revêt de l'importance car la qualification influe sur la norme de contrôle applicable à la décision.

V. Analysis

A. *Does Section 7 of the Charter Require the Crown to Consider an Accused's Aboriginal Status When Making Decisions That Limit the Sentencing Options Available to a Judge?*

[18] Mr. Anderson submits that consideration of Aboriginal status in sentencing is a principle of fundamental justice that applies to all state actors, including Crown prosecutors. It follows that Crown prosecutors are constitutionally required to consider an accused's Aboriginal status when making a discretionary decision that limits the sentencing options available to a judge, including the decision to tender the Notice. In support of this argument, Mr. Anderson relies on s. 718.2(e) of the *Code*, as well as this Court's decisions in *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688, and *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433.

[19] The Crown submits that Mr. Anderson's argument stretches s. 718.2(e) of the *Code* beyond its intended purpose. According to the Crown, a statutory direction to sentencing judges cannot be transformed into a constitutional obligation on the Crown to take Aboriginal status into account when making a discretionary decision that limits a judge's sentencing options.

[20] In my view, there are two reasons why Mr. Anderson's argument must fail. First, it conflates the role of the prosecutor and the sentencing judge by imposing on prosecutors a duty that applies only to judges — the duty to impose a proportionate sentence. Second, the principle of fundamental justice that Mr. Anderson seeks does not meet the test that governs such principles, set out in *R. v. D.B.*, 2008 SCC 25, [2008] 2 S.C.R. 3.

V. Analyse

A. *L'article 7 de la Charte oblige-t-il le ministère public à prendre en considération le statut d'Autochtone d'un accusé lorsqu'il prend des décisions qui limitent l'éventail des peines que peut infliger un juge?*

[18] Monsieur Anderson plaide que la prise en considération du statut d'Autochtone dans la détermination de la peine est un principe de justice fondamentale qui s'applique à tous les représentants de l'État, y compris les procureurs du ministère public. Il s'ensuit que les procureurs du ministère public sont tenus par la Constitution de prendre en considération le statut d'Autochtone d'un accusé lorsqu'ils prennent une décision discrétionnaire qui limite l'éventail des peines que peut infliger un juge, y compris la décision de produire l'avis. Au soutien de cet argument, M. Anderson invoque l'al. 718.2e) du *Code*, ainsi que les décisions de notre Cour dans *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, et *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433.

[19] Le ministère public plaide que l'argument de M. Anderson étend la portée de l'al. 718.2e) du *Code* au-delà des fins qu'il est censé servir. Selon le ministère public, une directive législative adressée aux juges chargés de la détermination de la peine ne saurait être transformée en une obligation constitutionnelle imposée au ministère public de prendre en considération le statut d'Autochtone lorsqu'il prend une décision discrétionnaire qui limite l'éventail des peines que peut infliger un juge.

[20] À mon avis, l'argument de M. Anderson doit être rejeté pour deux raisons. Premièrement, cet argument confond le rôle du poursuivant et celui du juge chargé de déterminer la peine car il impose au poursuivant un devoir qui n'appartient qu'au juge — le devoir d'infliger une peine proportionnée. Deuxièmement, le principe de justice fondamentale que M. Anderson cherche à faire reconnaître ne satisfait pas au critère énoncé dans *R. c. D.B.*, 2008 CSC 25, [2008] 2 R.C.S. 3, qui régit les principes de ce genre.

(1) Imposing a Proportionate Sentence Is the Judge's Responsibility

[21] As LeBel J., for the majority of this Court, stated in *Ipeelee*, “[p]roportionality is the *sine qua non* of a just sanction” and a principle of fundamental justice: paras. 36-37. Proportionality means that the sentence must be “proportionate to both the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender” (*Ipeelee*, at para. 39 (emphasis deleted); see also s. 718.1 of the *Code*). “[S]ystemic and background factors [which include Aboriginal status] may bear on the culpability of the offender, [that is, the degree of responsibility of the offender,] to the extent that they shed light on his or her level of moral blameworthiness”: *Ipeelee*, at para. 73.

[22] The fundamental principle of proportionality has been codified. Section 718.1 of the *Code* states that “[a] sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender.” Section 718.2 of the *Code* lists numerous factors that sentencing judges must consider when crafting a fair and just sentence that accords with the fundamental principle of proportionality. Aboriginal status is one of these factors and is found in s. 718.2(e).

[23] In *Gladue*, this Court discussed s. 718.2(e) of the *Code* at length, noting that it was enacted to ameliorate the serious problem of overrepresentation of Aboriginal people in Canadian prisons and to encourage a restorative approach to sentencing: para. 93. The Court explained that “sentencing judges should pay particular attention to the circumstances of aboriginal offenders because those circumstances are unique, and different from those of non-aboriginal offenders” (*Gladue*, at para. 37 (emphasis deleted)). The Court held that, pursuant to s. 718.2(e), a judge must consider: “(A) The unique systemic or background factors which may have played a part in bringing the particular aboriginal offender before the courts; and (B) [t]he types of sentencing procedures and sanctions which may be appropriate in the circumstances for the offender

(1) Il appartient au juge d’infliger une peine proportionnée

[21] Comme l’a indiqué le juge LeBel au nom des juges majoritaires de notre Cour dans *Ipeelee*, « [l]a proportionnalité représente la condition *sine qua non* d’une sanction juste » et un principe de justice fondamentale : par. 36-37. La proportionnalité signifie que la peine doit être « proportionnelle à la fois à la gravité de l’infraction et au degré de responsabilité du délinquant » (*Ipeelee*, par. 39 (italiques omis); voir également l’art. 718.1 du *Code*). « [L]es facteurs systémiques et historiques [notamment le statut d’Autochtone] peuvent influencer sur la culpabilité du délinquant, [c’est-à-dire le degré de responsabilité du délinquant] dans la mesure où ils mettent en lumière son degré de culpabilité morale » : *Ipeelee*, par. 73.

[22] Le principe fondamental de la proportionnalité a été codifié. L’article 718.1 du *Code* prévoit que « [l]a peine est proportionnelle à la gravité de l’infraction et au degré de responsabilité du délinquant. » L’article 718.2 du *Code* énumère les nombreux facteurs que doivent prendre en considération les juges chargés de la détermination de la peine pour que celle-ci soit juste et équitable, en accord avec le principe fondamental de la proportionnalité. Le statut d’Autochtone constitue l’un de ces facteurs et il est mentionné à l’al. 718.2e).

[23] Dans l’arrêt *Gladue*, notre Cour a examiné en détail l’al. 718.2e) du *Code*, notant qu’il a été édicté pour remédier au grave problème de la surreprésentation des Autochtones dans les prisons canadiennes et encourager les juges à aborder la détermination de la peine selon une approche corrective : par. 93. La Cour a expliqué que « les juges devraient porter une attention particulière aux circonstances dans lesquelles se trouvent les délinquants autochtones parce que ces circonstances sont particulières, et différentes de celles dans lesquelles se trouvent les non-autochtones » (*Gladue*, par. 37 (soulignement omis)). La Cour a estimé que, aux termes de l’al. 718.2e), un juge doit prendre en considération « (A) les facteurs systémiques ou historiques distinctifs qui peuvent être une des raisons pour lesquelles le délinquant autochtone se retrouve devant les tribunaux, [et] (B)

because of his or her particular aboriginal heritage or connection”: *Gladue*, at para. 66.

[24] Section 718.2(e) was also central to the discussion in *Ipeelee*. In that case, the Court noted that the *Gladue* principles bear on the ultimate question of what is a fit and proper sentence and assist the judge in crafting a sentence that accords with the fundamental principle of proportionality. The failure of a sentencing judge to consider the unique circumstances of Aboriginal offenders thus breaches both the judge’s statutory obligations, under ss. 718.1 and 718.2 of the *Code*, and the principle of fundamental justice that sentences be proportionate: *Ipeelee*, at para. 87.

[25] Importantly, both *Gladue* and *Ipeelee* speak to the sentencing obligations of *judges* to craft a proportionate sentence for Aboriginal offenders. They make no mention of prosecutorial discretion and do not support Mr. Anderson’s argument that *prosecutors* must consider Aboriginal status when making a decision that limits the sentencing options available to a judge. Mr. Anderson’s argument in effect equates the duty of the judge and the prosecutor, but there is no basis in law to support equating their distinct roles in the sentencing process. It is *the judge’s* responsibility to impose sentence; likewise, it is *the judge’s* responsibility, within the applicable legal parameters, to craft a proportionate sentence. If a mandatory minimum regime requires a judge to impose a disproportionate sentence, the regime should be challenged.

[26] In so concluding, I have not ignored *United States of America v. Leonard*, 2012 ONCA 622, 112 O.R. (3d) 496, leave to appeal refused, [2013] 1 S.C.R. v, a case upon which Mr. Anderson relies. In *Leonard*, the United States sought the extradition

les types de procédures de détermination de la peine et de sanctions qui, dans les circonstances, peuvent être appropriées à l’égard du délinquant en raison de son héritage ou ses attaches autochtones » : *Gladue*, par. 66.

[24] L’alinéa 718.2e) est également au cœur de l’analyse dans *Ipeelee*. Dans cet arrêt, la Cour a fait remarquer que les principes énoncés dans *Gladue* se rapportent à la question ultime de savoir en quoi consiste une peine juste et appropriée et aident le juge à établir une peine conforme au principe fondamental de la proportionnalité. L’omission du juge chargé de déterminer la peine de tenir compte des circonstances particulières propres aux délinquants autochtones viole donc à la fois les obligations légales qui incombent au juge aux termes des art. 718.1 et 718.2 du *Code*, et le principe de justice fondamentale suivant lequel les peines doivent être proportionnées : *Ipeelee*, par. 87.

[25] Fait important, il est question, dans *Gladue* et *Ipeelee*, des obligations qui incombent aux *juges* chargés de la détermination de la peine d’établir une peine proportionnée à l’égard des délinquants autochtones. Dans ces arrêts, il n’est nullement fait mention du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites et ces arrêts n’étaient pas l’argument de M. Anderson selon lequel les *poursuivants* doivent prendre en considération le statut d’Autochtone lorsqu’ils prennent une décision qui limite l’éventail des peines que peut infliger un juge. L’argument de M. Anderson assimile le devoir du juge à celui du poursuivant, mais aucun principe de droit ne permet d’assimiler leurs rôles distincts dans le processus de détermination de la peine. Il appartient *au juge* d’infliger la peine; il *lui* appartient également d’établir une peine proportionnée, sans s’écarter des paramètres juridiques applicables. Si un régime de peine minimale obligatoire oblige un juge à infliger une peine disproportionnée, il y aurait lieu de contester le régime.

[26] Je ne suis pas arrivé à cette conclusion sans tenir compte de l’arrêt *United States of America c. Leonard*, 2012 ONCA 622, 112 O.R. (3d) 496, autorisation d’appel refusée, [2013] 1 R.C.S. v, un arrêt invoqué par M. Anderson. Dans cette affaire, les

of two Aboriginal Canadians. Sharpe J.A. held that in deciding whether or not to surrender the accused, the Minister of Justice was required to consider their Aboriginal status, noting that

the *Gladue* factors are not limited to criminal sentencing but . . . should be considered by all “decision-makers who have the power to influence the treatment of aboriginal offenders in the justice system” (*Gladue*, at para. 65) whenever an Aboriginal person’s liberty is at stake in criminal and related proceedings. That category includes extradition. [para. 85]

[27] Mr. Anderson submits that, like the Minister of Justice in *Leonard*, Crown prosecutors should be required to consider Aboriginal status as they are “decision-makers” who “have the power to influence the treatment of aboriginal offenders in the justice system” (*Gladue*, at para. 65). With respect, I cannot agree. The excerpt from *Leonard* upon which Mr. Anderson relies should not be taken out of context. Pursuant to s. 44(1)(a) of the *Extradition Act*, S.C. 1999, c. 18, the Minister of Justice must refuse to surrender an individual if “the surrender would be unjust or oppressive having regard to all the relevant circumstances”. As Sharpe J.A. notes, determining whether the surrender would be unjust or oppressive requires the Minister of Justice to compare the likely sentence that would be imposed in a foreign state *with the likely sentence that would be imposed in Canada* — a task which is impossible to do without reference to the *Gladue* principles. As Sharpe J.A. explained, the proper exercise of the Minister’s discretion in this context

requires an assessment of the likely result if the case were prosecuted domestically and a comparison of that result to the likely outcome in the foreign state if the individual sought were surrender[ed]. In the case of an Aboriginal offender, I fail to see how that assessment and comparison could be accomplished without reference to the *Gladue* principles. [para. 87]

États-Unis demandaient l’extradition de deux Canadiens autochtones. Le juge Sharpe a conclu qu’avant de décider d’extrader ou non les accusés, le ministre de la Justice était tenu de prendre en considération leur statut d’Autochtone, et il a fait remarquer que

[TRADUCTION] les facteurs énoncés dans l’arrêt *Gladue* ne se limitent pas à la détermination de la peine en matière pénale mais doivent être pris en considération par tous « les décideurs qui ont le pouvoir d’influer sur le traitement des délinquants autochtones dans le système de justice » (*Gladue*, par. 65) chaque fois que la liberté d’un Autochtone est en jeu dans un procès criminel et des instances connexes, notamment une procédure d’extradition. [par. 85]

[27] M. Anderson prétend que, tout comme le ministre de la Justice dans *Leonard*, les procureurs du ministère public devraient être tenus de prendre en considération le statut d’Autochtone parce que ce sont des « décideurs qui ont le pouvoir d’influer sur le traitement des délinquants autochtones dans le système de justice » (*Gladue*, par. 65). En toute déférence, je ne saurais être d’accord. L’extrait de *Leonard* sur lequel s’appuie M. Anderson ne doit pas être pris hors contexte. Aux termes de l’al. 44(1)a) de la *Loi sur l’extradition*, L.C. 1999, ch. 18, le ministre de la Justice doit refuser d’extrader une personne si « l’extradition serait injuste ou tyrannique compte tenu de toutes les circonstances ». Comme le fait remarquer le juge Sharpe, le fait de décider si l’extradition serait injuste ou tyrannique oblige le ministre de la Justice à comparer la peine qui serait vraisemblablement infligée dans un autre pays *et la peine qui serait vraisemblablement imposée au Canada*, une tâche qu’il est impossible d’accomplir sans se reporter aux principes établis dans *Gladue*. Comme l’a expliqué le juge Sharpe, l’exercice légitime du pouvoir discrétionnaire du ministre dans ce contexte

[TRADUCTION] requiert la détermination du résultat que donneraient vraisemblablement des poursuites intentées au pays et la comparaison de ce résultat avec l’issue probable dans le pays étranger si la personne recherchée était extradée. Dans le cas d’un délinquant autochtone, je ne vois pas comment l’on peut faire cette détermination et cette comparaison sans se reporter aux principes établis dans *Gladue*. [par. 87]

[28] It follows, in my view, that *Leonard* does not support the much broader application of *Gladue* that Mr. Anderson seeks.

(2) The R. v. D.B. Test Is Not Satisfied

[29] There is a further reason why Mr. Anderson's s. 7 argument must fail. The principle of fundamental justice that Mr. Anderson asks this Court to recognize — that Crown prosecutors must consider the Aboriginal status of the accused prior to making decisions that limit a judge's sentencing options — does not meet the test which governs principles of fundamental justice. As Abella J. observed for the majority in *D.B.*, at para. 46, a principle of fundamental justice must (1) be a legal principle, (2) enjoy consensus that the rule or principle is fundamental to the way in which the legal system ought fairly to operate, and (3) be identified with sufficient precision to yield a manageable standard against which to measure deprivations of life, liberty or security of the person. See also *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 4, [2004] 1 S.C.R. 76, at para. 8.

[30] The principle contended for by Mr. Anderson does not meet the second requirement that it enjoy consensus as a principle that is fundamental to the way in which the legal system ought to fairly operate. In fact, the principle is contrary to a long-standing and deeply rooted approach to the division of responsibility between the Crown prosecutor and the courts.

[31] We must begin by acknowledging that the principle advanced by Mr. Anderson would enormously expand the scope of judicial review of discretionary decisions made by prosecutors. In doing so, it puts at risk the adversarial nature of our criminal justice system by hobbling Crown prosecutors in the performance of their work and by inviting

[28] Par conséquent, je suis d'avis que l'arrêt *Leonard* n'étaye pas l'application beaucoup plus large de l'arrêt *Gladue* que M. Anderson cherche à obtenir.

(2) Le critère de l'arrêt R. c. D.B. n'est pas respecté

[29] Une autre raison explique pourquoi l'argument avancé par M. Anderson sur le fondement de l'art. 7 doit être rejeté. Le principe de justice fondamentale que M. Anderson demande à notre Cour de reconnaître — à savoir que les procureurs du ministère public doivent prendre en considération le statut d'Autochtone de l'accusé avant de prendre des décisions qui limitent l'éventail des peines que peut infliger un juge — ne respecte pas le critère qui régit les principes de justice fondamentale. Comme la juge Abella l'a fait remarquer au nom des juges majoritaires dans *D.B.*, par. 46, un principe de justice fondamentale doit satisfaire aux conditions suivantes : (1) il doit s'agir d'un principe juridique; (2) il doit exister un consensus sur le fait que cette règle ou ce principe est essentiel au bon fonctionnement du système de justice; (3) il doit être défini avec suffisamment de précision pour constituer une norme fonctionnelle permettant d'évaluer l'atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne. Voir aussi *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76, par. 8.

[30] Le principe que propose M. Anderson ne satisfait pas à la deuxième condition selon laquelle il doit exister un consensus sur le fait que ce principe est essentiel au bon fonctionnement du système de justice. En fait, le principe proposé est contraire à une approche reconnue depuis longtemps et fortement enracinée en ce qui concerne le partage de la responsabilité entre le procureur du ministère public et les tribunaux.

[31] Il faut d'abord reconnaître que le principe que propose M. Anderson élargirait énormément la portée du contrôle judiciaire des décisions des poursuivants. Ce faisant, il met en danger le caractère accusatoire de notre système de justice pénale en entravant les procureurs du ministère public dans l'exécution de leur travail et en ouvrant la porte

judicial oversight of the numerous decisions that Crown prosecutors make on a daily basis. As the Crown has pointed out, the situations where Crown decisions have the potential to limit the sentencing judge's options and therefore the judge's ability to take s. 718.2(e) into account are many: A.F., at para. 145. These decisions include: proceeding with charges that attract a mandatory minimum sentence when other related offences have no mandatory minimum sentence (e.g. s. 95 as opposed to s. 92 or s. 94 of the *Code*); proceeding by indictment rather than summary conviction when different mandatory minimum sentences are required (e.g. ss. 151, 152 and 271 of the *Code*); and proceeding by indictment rather than by summary conviction when that decision precludes the possibility of a conditional sentence (e.g. s. 267(b) of the *Code*). Moreover, there are several provisions of the *Code* and the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19, where a mandatory minimum is triggered by the Crown's decision to prove a particular aggravating factor — such as evidence of a firearm used in the commission of the offence (e.g. s. 344 of the *Code*; ss. 5 and 6 of the *Controlled Drugs and Substances Act*). As with the other examples provided, the decision to prove the aggravating factor limits the sentencing judge's options.

à la surveillance judiciaire des nombreuses décisions que prennent quotidiennement les procureurs du ministère public. Comme l'a fait remarquer le ministère public, les situations où les décisions du ministère public peuvent limiter l'éventail des sanctions que peut infliger le juge chargé de la détermination de la peine — et donc sa faculté de prendre en compte l'al. 718.2e) — sont nombreuses : m.a., par. 145. C'est le cas notamment des décisions suivantes : porter des accusations qui entraînent une peine minimale obligatoire alors que d'autres infractions connexes n'entraînent aucune peine minimale obligatoire (p. ex., invoquer l'art. 95 plutôt que les art. 92 ou 94 du *Code*); intenter une poursuite par voie de mise en accusation plutôt que par procédure sommaire lorsque des peines minimales obligatoires sont prescrites (p. ex. les infractions prévues aux art. 151, 152 et 271 du *Code*); intenter une poursuite par voie de mise en accusation, plutôt que par procédure sommaire, lorsque cette décision exclut la possibilité d'une condamnation avec sursis (p. ex. l'infraction prévue à l'al. 267b) du *Code*). En outre, plusieurs dispositions du *Code* et de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19, entraînent l'application d'une peine minimale obligatoire lorsque le ministère public décide de faire la preuve d'une circonstance aggravante — c'est le cas de la preuve qu'une arme à feu a été utilisée dans la perpétration de l'infraction (p. ex. l'art. 344 du *Code*; les art. 5 et 6 de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*). À l'instar des autres exemples susmentionnés, la décision de faire la preuve de la circonstance aggravante limite l'éventail des peines que peut infliger le juge.

[32] Apart from the sheer volume of decisions that would be opened up for review, the Crown's decision to seek the mandatory minimum penalty — as we shall see — is a matter of prosecutorial discretion. There has been a long-standing and deeply engrained reluctance to permit routine judicial review of the exercise of that discretion. As affirmed in *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, at p. 411, the Court “has already recognized that the existence of prosecutorial discretion does not offend the principles of fundamental justice”. And, as L'Heureux-Dubé J., for the majority of this Court,

[32] Indépendamment du nombre considérable de décisions qui donneraient ouverture au contrôle judiciaire, la décision du ministère public de demander une peine minimale obligatoire — comme nous le verrons — est une question qui relève du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Il existe depuis longtemps une réticence fortement enracinée à permettre le contrôle judiciaire automatique de l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire. Comme elle l'a affirmé dans *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, p. 411, la Cour « a déjà reconnu que le pouvoir discrétionnaire de la poursuite ne porte pas atteinte

noted in *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601, “the Crown cannot function as a prosecutor before the court while also serving under its general supervision. The court, in turn, cannot both supervise the exercise of prosecutorial discretion and act as an impartial arbitrator of the case presented to it” (p. 627). The imposition of a sweeping duty that opens up for routine judicial review all of the aforementioned decisions is contrary to our constitutional traditions. It cannot be a principle that is considered fundamental to the way in which our legal system ought fairly to operate.

[33] In sum, the principle of fundamental justice sought by Mr. Anderson must be rejected.

B. Is the Crown’s Decision to Tender the Notice Against an Aboriginal Offender Reviewable?

[34] Having concluded that the Crown is not under a constitutional obligation to consider the accused’s Aboriginal status when making a decision that limits the sentencing options available to a judge, the next question is whether the Crown’s decision to tender the Notice is reviewable in some other way, and if so, under what standard.

Review of Crown Decision Making

[35] There are two distinct avenues for judicial review of Crown decision making. The analysis will differ depending on which of the following is at issue: (1) exercises of prosecutorial discretion; or (2) tactics and conduct before the court.

[36] All Crown decision making is reviewable for abuse of process. However, as I will explain, exercises of prosecutorial discretion are *only* reviewable for abuse of process. In contrast, tactics and conduct before the court are subject to a wider range of review. The court may exercise its inherent

aux principes de justice fondamentale ». Et comme la juge L’Heureux-Dubé l’a fait remarquer au nom des juges majoritaires de la Cour dans *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601, « le ministère public ne peut fonctionner à titre de poursuivant devant le tribunal tout en étant également assujéti à sa surveillance générale. Pour sa part, le tribunal ne peut à la fois superviser l’exercice du pouvoir discrétionnaire de la poursuite et agir à titre d’arbitre impartial de l’affaire qui lui est soumise » (p. 627). L’imposition d’une obligation très générale qui donne ouverture à la révision automatique de toutes les décisions susmentionnées va à l’encontre de nos traditions constitutionnelles. Il ne peut s’agir là d’un principe considéré comme essentiel au bon fonctionnement de notre système de justice.

[33] En résumé, le principe de justice fondamentale que fait valoir M. Anderson doit être rejeté.

B. La décision du ministère public de produire l’avis à l’égard d’un délinquant autochtone peut-elle être révisée?

[34] Ayant conclu que la Constitution n’oblige pas le ministère public à prendre en considération le statut d’Autochtone de l’accusé lorsqu’il prend une décision qui limite l’éventail des peines que peut infliger un juge, il s’agit maintenant de déterminer si la décision du ministère public de produire l’avis peut être révisée d’une autre façon et, dans l’affirmative, selon quelle norme.

Contrôle des décisions du ministère public

[35] Le contrôle judiciaire des décisions du ministère public peut se faire suivant deux voies distinctes. L’analyse différera selon qu’il s’agit de contrôler (1) l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites, ou (2) la stratégie ou la conduite devant le tribunal.

[36] Toutes les décisions du ministère public sont susceptibles de révision s’il y a eu abus de procédure. Toutefois, ainsi que je vais l’expliquer, l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites peut être révisé en cas d’abus de procédure *seulement*. Par contre, la stratégie ou la

jurisdiction to control its own processes even in the absence of abuse of process.

(a) *Prosecutorial Discretion*

[37] This Court has repeatedly affirmed that prosecutorial discretion is a necessary part of a properly functioning criminal justice system: *Beare*, at p. 410; *R. v. T. (V.)*, [1992] 1 S.C.R. 749, at pp. 758-62; *R. v. Cook*, [1997] 1 S.C.R. 1113, at para. 19. In *Miazga v. Kvello Estate*, 2009 SCC 51, [2009] 3 S.C.R. 339, at para. 47, the fundamental importance of prosecutorial discretion was said to lie, “not in protecting the interests of individual Crown attorneys, but in advancing the public interest by enabling prosecutors to make discretionary decisions in fulfilment of their professional obligations without fear of judicial or political interference, thus fulfilling their *quasi-judicial* role as ‘ministers of justice’”. More recently, in *Sriskandarajah v. United States of America*, 2012 SCC 70, [2012] 3 S.C.R. 609, at para. 27, this Court observed that “[n]ot only does prosecutorial discretion accord with the principles of fundamental justice — it constitutes an indispensable device for the effective enforcement of the criminal law”.

[38] Unfortunately, subsequent to this Court’s decision in *Krieger v. Law Society of Alberta*, 2002 SCC 65, [2002] 3 S.C.R. 372, confusion has arisen as to what is meant by “prosecutorial discretion” and the law has become cloudy. The present appeal provides an opportunity for clarification.

[39] In *Krieger*, this Court provided the following description of prosecutorial discretion:

“Prosecutorial discretion” is a term of art. It does not simply refer to any discretionary decision made by a Crown prosecutor. Prosecutorial discretion refers to

conduite devant le tribunal peut être l’objet d’un contrôle plus large. La cour peut exercer sa compétence inhérente en vue de faire respecter sa propre procédure, même en l’absence d’abus de procédure.

a) *Le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites*

[37] Notre Cour a affirmé à maintes reprises que le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites est un élément essentiel au bon fonctionnement de la justice criminelle : *Beare*, p. 410; *R. c. T. (V.)*, [1992] 1 R.C.S. 749, p. 758-762; *R. c. Cook*, [1997] 1 R.C.S. 1113, par. 19. Dans *Miazga c. Kvello (Succession)*, 2009 CSC 51, [2009] 3 R.C.S. 339, par. 47, notre Cour a estimé que l’importance fondamentale du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites « tient à la défense de l’intérêt public, et non à la protection des droits individuels des procureurs de la Couronne, car elle permet à ces derniers de prendre des décisions discrétionnaires dans l’exécution de leurs obligations professionnelles sans craindre d’ingérence judiciaire ou politique et de s’acquitter ainsi de leur rôle *quasi* judiciaire de [TRADUCTION] “représentants de la justice” ». Plus récemment, dans *Sriskandarajah c. États-Unis d’Amérique*, 2012 CSC 70, [2012] 3 R.C.S. 609, par. 27, la Cour a fait remarquer que « [l]e pouvoir discrétionnaire du poursuivant est non seulement conforme aux principes de justice fondamentale, mais il représente un mécanisme essentiel d’application efficace du droit criminel ».

[38] Malheureusement, après l’arrêt de notre Cour dans *Krieger c. Law Society of Alberta*, 2002 CSC 65, [2002] 3 R.C.S. 372, il y a eu une certaine confusion quant au sens à donner à l’expression « pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites » et le droit est devenu nébuleux à cet égard. Le présent pourvoi nous donne l’occasion de le clarifier.

[39] Dans *Krieger*, notre Cour a décrit de la façon suivante le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites :

L’expression « pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites » est une expression technique. Elle ne désigne pas simplement la décision discrétionnaire d’un procureur

the use of those powers that constitute the core of the Attorney General's office and which are protected from the influence of improper political and other vitiating factors by the principle of independence. [para. 43]

[40] The Court went on to provide the following examples of prosecutorial discretion: whether to bring the prosecution of a charge laid by police; whether to enter a stay of proceedings in either a private or public prosecution; whether to accept a guilty plea to a lesser charge; whether to withdraw from criminal proceedings altogether; and whether to take control of a private prosecution (para. 46). The Court continued:

Significantly, what is common to the various elements of prosecutorial discretion is that they involve the ultimate decisions as to whether a prosecution should be brought, continued or ceased, and what the prosecution ought to be for. Put differently, prosecutorial discretion refers to decisions regarding the nature and extent of the prosecution and the Attorney General's participation in it. Decisions that do not go to the nature and extent of the prosecution, i.e., the decisions that govern a Crown prosecutor's tactics or conduct before the court, do not fall within the scope of prosecutorial discretion. Rather, such decisions are governed by the inherent jurisdiction of the court to control its own processes once the Attorney General has elected to enter into that forum. [Emphasis added; emphasis in original deleted; para. 47.]

[41] Since *Krieger*, courts have struggled with the distinction between prosecutorial discretion, and tactics and conduct. The use of the word "core" in *Krieger* has led to a narrow definition of prosecutorial discretion, notwithstanding the expansive language used in *Krieger* to define the term, namely: "... decisions regarding the nature and extent of the prosecution and the Attorney General's participation in it" (para. 47). Difficulty in defining the term has also led to confusion regarding the standard of review by which particular Crown decisions are to be assessed.

du ministère public, mais vise l'exercice des pouvoirs qui sont au cœur de la charge de procureur général et que le principe de l'indépendance protège contre l'influence de considérations politiques inappropriées et d'autres vices. [par. 43]

[40] La Cour donne ensuite les exemples suivants du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites : intenter ou non des poursuites relativement à une accusation portée par la police; ordonner un arrêt des procédures dans le cadre de poursuites privées ou publiques; accepter un plaidoyer de culpabilité relativement à une accusation moins grave; se retirer complètement de procédures criminelles; prendre en charge des poursuites privées (par. 46). La Cour ajoute ce qui suit :

Fait important, le point commun entre les divers éléments du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites est le fait qu'ils comportent la prise d'une décision finale quant à savoir s'il y a lieu d'intenter ou de continuer des poursuites ou encore d'y mettre fin, d'une part, et quant à l'objet des poursuites, d'autre part. Autrement dit, le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites vise les décisions concernant la nature et l'étendue des poursuites ainsi que la participation du procureur général à celles-ci. Les décisions qui ne portent pas sur la nature et l'étendue des poursuites, c'est-à-dire celles qui ont trait à la stratégie ou à la conduite du procureur du ministère public devant le tribunal, ne relèvent pas du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Ces décisions relèvent plutôt de la compétence inhérente du tribunal de contrôler sa propre procédure une fois que le procureur général a choisi de se présenter devant lui. [Je souligne; soulignements dans l'original omis; par. 47.]

[41] Depuis l'arrêt *Krieger*, la distinction entre le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites, d'une part, et la stratégie et la conduite, d'autre part, a donné du fil à retordre aux tribunaux. L'emploi de l'expression « au cœur de » dans *Krieger* a donné lieu à une définition étroite du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites, malgré la formulation libérale employée dans *Krieger* pour définir l'expression, à savoir : « ... les décisions concernant la nature et l'étendue des poursuites ainsi que la participation du procureur général à celles-ci » (par. 47). La difficulté à définir l'expression a également semé la confusion quant à la norme de contrôle applicable à l'appréciation de décisions données du ministère public.

[42] The current appeal presents a good illustration of both problems. As noted earlier, the Newfoundland and Labrador Court of Appeal split on the issue of how to characterize the Crown's decision to tender the Notice. Welsh J.A. held that it was a matter of "core" prosecutorial discretion, whereas Green C.J.N.L. and Rowe J.A. (following *R. v. Gill*, 2012 ONCA 607, 112 O.R. (3d) 423, at paras. 54-56), considered it to be a tactical decision and thus "outside [the] core" (para. 49).

[43] The court also diverged on the applicable standard of review. Welsh J.A. held that the distinction between core decisions and decisions falling outside the core was of no consequence as both types of decisions were reviewable on the same standard — the standard articulated in *Gill*, in which the Ontario Court of Appeal held that the decision to tender the Notice was reviewable if it (1) undermined the integrity of the administration of justice; (2) operated in a manner that rendered the sentencing proceedings fundamentally unfair; (3) was arbitrary; or (4) resulted in a limit on the accused's liberty that was grossly disproportionate to the state interest in pursuing a particular course of action (*Gill*, at para. 59). Green C.J.N.L. and Rowe J.A. disagreed. In their view, tactical decisions (decisions "outside the core") were reviewable according to the *Gill* standard, whereas "core" prosecutorial discretion was reviewable solely for abuse of process. The diverging views present in this case, and in many others, demonstrate the unsatisfactory state of the law.

[44] In an effort to clarify, I think we should start by recognizing that the term "prosecutorial discretion" is an expansive term that covers all "decisions regarding the nature and extent of the

[42] Le présent pourvoi illustre bien les deux problèmes. Rappelons que la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador était partagée quant à la manière de qualifier la décision du ministère public de produire l'avis. La juge Welsh a statué que la décision en cause relevait du pouvoir discrétionnaire [TRADUCTION] « essentiel » en matière de poursuites, alors que le juge en chef Green et le juge Rowe (s'appuyant sur l'arrêt *R. c. Gill*, 2012 ONCA 607, 112 O.R. (3d) 423, par. 54-56), ont estimé qu'il s'agissait d'une décision stratégique qui [TRADUCTION] « ne relevait donc pas de ce pouvoir essentiel » (par. 49).

[43] La cour était également divisée quant à la norme de contrôle applicable. La juge Welsh a statué que la distinction entre les décisions essentielles et celles qui ne l'étaient pas n'avait pas de conséquences, puisque, dans les deux cas, les décisions pouvaient être révisées selon la même norme de contrôle — la norme énoncée dans *Gill*, où la Cour d'appel de l'Ontario a statué que la décision de produire l'avis pouvait être révisée si l'une des conditions suivantes était remplie : (1) la décision a porté atteinte à l'intégrité de l'administration de la justice; (2) elle a eu pour effet de rendre la procédure de détermination de la peine fondamentalement inéquitable; (3) elle était arbitraire; (4) elle a donné lieu à une restriction de la liberté de l'accusé qui était exagérément disproportionnée à l'intérêt qu'a l'État à prendre une mesure donnée (*Gill*, par. 59). Le juge en chef Green et le juge Rowe n'étaient pas de cet avis. Selon eux, les décisions stratégiques (les décisions « non essentielles ») pouvaient être révisées selon la norme énoncée dans *Gill*, alors que le pouvoir discrétionnaire « essentiel » en matière de poursuites n'était susceptible de révision que s'il y avait eu abus de procédure. Les points de vue divergents en l'espèce, et dans beaucoup d'autres affaires, montrent bien que la règle de droit en la matière laisse à désirer.

[44] En vue de clarifier la règle, je crois que nous devons d'abord reconnaître que l'expression « pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites » est une expression large qui renvoie à toutes « les

prosecution and the Attorney General's participation in it" (*Krieger*, at para. 47). As this Court has repeatedly noted, "[p]rosecutorial discretion refers to the discretion exercised by the Attorney-General in matters within his authority in relation to the prosecution of criminal offences" (*Krieger*, at para. 44, citing *Power*, at p. 622, quoting D. Vanek, "Prosecutorial Discretion" (1988), 30 *Crim. L.Q.* 219, at p. 219 (emphasis added)). While it is likely impossible to create an exhaustive list of the decisions that fall within the nature and extent of a prosecution, further examples to those in *Krieger* include: the decision to repudiate a plea agreement (as in *R. v. Nixon*, 2011 SCC 34, [2011] 2 S.C.R. 566); the decision to pursue a dangerous offender application; the decision to prefer a direct indictment; the decision to charge multiple offences; the decision to negotiate a plea; the decision to proceed summarily or by indictment; and the decision to initiate an appeal. All pertain to the nature and extent of the prosecution. As can be seen, many stem from the provisions of the *Code* itself, including the decision in this case to tender the Notice.

[45] In sum, prosecutorial discretion applies to a wide range of prosecutorial decision making. That said, care must be taken to distinguish matters of prosecutorial discretion from constitutional obligations. The distinction between prosecutorial discretion and the constitutional obligations of the Crown was made in *Krieger*, where the prosecutor's duty to disclose relevant evidence to the accused was at issue:

In *Stinchcombe*, *supra*, the Court held that the Crown has an obligation to disclose all relevant information to the defence. While the Crown Attorney retains the discretion not to disclose irrelevant information, disclosure of relevant evidence is not, therefore, a matter of

décisions concernant la nature et l'étendue des poursuites ainsi que la participation du procureur général à celles-ci » (*Krieger*, par. 47). Comme notre Cour l'a fait remarquer à maintes reprises, « [l]e pouvoir discrétionnaire [en matière de poursuites] renvoie à la discrétion exercée par le procureur général dans les affaires qui relèvent de sa compétence relativement à la poursuite d'infractions criminelles » (*Krieger*, par. 44, citant *Power*, p. 622, citant D. Vanek, « Prosecutorial Discretion » (1988), 30 *Crim. L.Q.* 219, p. 219 (je souligne)). Bien qu'il soit sans doute impossible de dresser une liste exhaustive des décisions qui relèvent de la nature et de l'étendue des poursuites, nous pouvons ajouter, outre ceux donnés dans *Krieger*, les exemples suivants : la décision de répudier une entente sur le plaidoyer (comme dans *R. c. Nixon*, 2011 CSC 34, [2011] 2 R.C.S. 566); la décision d'introduire une demande de déclaration de délinquant dangereux; la décision de procéder par voie de mise en accusation directe; la décision de porter des accusations alléguant la perpétration de plusieurs infractions; la décision de négocier sur un plaidoyer; la décision de procéder par voie sommaire ou par voie de mise en accusation; la décision d'interjeter appel. Toutes ces décisions ont trait à la nature et à l'étendue des poursuites. Comme on peut le voir, plusieurs découlent de dispositions du *Code* même, y compris la décision en l'espèce de produire l'avis.

[45] En résumé, l'expression « pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites » renvoie à un vaste éventail de décisions que peut prendre un poursuivant. Cela dit, il faut prendre soin de faire la distinction entre les questions qui relèvent de ce pouvoir et les obligations constitutionnelles. La distinction entre le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites et les obligations constitutionnelles du ministère public a été faite dans *Krieger*, où était en cause l'obligation du poursuivant de communiquer la preuve pertinente à l'accusé :

Dans l'arrêt *Stinchcombe*, précité, notre Cour a conclu que le ministère public est tenu de communiquer à la défense tous les renseignements pertinents. Par conséquent, bien que le procureur du ministère public conserve le pouvoir discrétionnaire de ne pas communiquer

prosecutorial discretion but, rather, is a prosecutorial duty. [Emphasis added; para. 54.]

Manifestly, the Crown possesses no discretion to breach the *Charter* rights of an accused. In other words, prosecutorial discretion provides no shield to a Crown prosecutor who has failed to fulfill his or her constitutional obligations such as the duty to provide proper disclosure to the defence.

(i) The Standard of Review for Prosecutorial Discretion

[46] The many decisions that Crown prosecutors are called upon to make in the exercise of their prosecutorial discretion must not be subjected to routine second-guessing by the courts. The courts have long recognized that decisions involving prosecutorial discretion are unlike other decisions made by the executive: see M. Code, “Judicial Review of Prosecutorial Decisions: A Short History of Costs and Benefits, in Response to Justice Rosenberg” (2009), 34 *Queen’s L.J.* 863, at p. 867. Judicial non-interference with prosecutorial discretion has been referred to as a “matter of principle based on the doctrine of separation of powers as well as a matter of policy founded on the efficiency of the system of criminal justice” which also recognizes that prosecutorial discretion is “especially ill-suited to judicial review”: *Power*, at p. 623. In *Krieger*, the Court discussed the separation of powers doctrine as a basis for judicial deference to prosecutorial discretion:

In our theory of government, it is the sovereign who holds the power to prosecute his or her subjects. A decision of the Attorney General, or of his or her agents, within the authority delegated to him or her by the sovereign is not subject to interference by other arms of government. An exercise of prosecutorial discretion will, therefore, be treated with deference by the courts and by other members of the executive . . . [para. 45]

des renseignements non pertinents, la communication d’éléments de preuve pertinents est affaire non pas de pouvoir discrétionnaire mais plutôt d’obligation de sa part. [Je souligne; par. 54.]

Manifestement, le ministère public n’a pas le pouvoir discrétionnaire de porter atteinte aux droits que la *Charte* garantit à un accusé. Autrement dit, le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites ne protège aucunement le procureur du ministère public qui ne s’est pas acquitté de ses obligations constitutionnelles, par exemple celle de communiquer adéquatement la preuve à la défense.

(i) La norme de contrôle du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites

[46] Les nombreuses décisions que sont appelés à prendre les procureurs du ministère public dans l’exercice de leur pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites ne doivent pas être susceptibles d’une remise en cause systématique par les tribunaux. Les tribunaux reconnaissent depuis longtemps que les décisions prises dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites sont différentes de celles prises par l’exécutif : voir M. Code, « Judicial Review of Prosecutorial Decisions : A Short History of Costs and Benefits, in Response to Justice Rosenberg » (2009), 34 *Queen’s L.J.* 863, p. 867. Si les tribunaux n’interviennent pas dans le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites, c’est « par principe, compte tenu du partage des pouvoirs, de l’efficacité du système de justice criminelle », et parce qu’ils reconnaissent que ce pouvoir discrétionnaire « se prête particulièrement mal au contrôle judiciaire » : *Power*, p. 623. Dans *Krieger*, la Cour a examiné la théorie du partage des pouvoirs en tant que fondement de la retenue dont les tribunaux font preuve à l’égard du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites :

Dans notre système gouvernemental, c’est le souverain qui a le pouvoir de poursuivre ses sujets. Les autres organes du gouvernement ne peuvent pas modifier une décision que le procureur général ou l’un de ses mandataires a prise dans l’exercice du pouvoir que le souverain lui a délégué. Par conséquent, les tribunaux [et] les autres membres de l’exécutif [. . .] font preuve de retenue à l’égard de l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. [par. 45]

[47] The Court also noted the more practical problems associated with regular review of prosecutorial discretion:

The quasi-judicial function of the Attorney General cannot be subjected to interference from parties who are not as competent to consider the various factors involved in making a decision to prosecute. To subject such decisions to political interference, or to judicial supervision, could erode the integrity of our system of prosecution. [para. 32]

[48] Manifestly, prosecutorial discretion is entitled to considerable deference. It is not, however, immune from all judicial oversight. This Court has repeatedly affirmed that prosecutorial discretion is reviewable for abuse of process: *Krieger*, at para. 32; *Nixon*, at para. 31; *Miazga*, at para. 46.

[49] The jurisprudence pertaining to the review of prosecutorial discretion has employed a range of terminology to describe the type of prosecutorial conduct that constitutes abuse of process. In *Krieger*, this Court used the term “flagrant impropriety” (para. 49). In *Nixon*, the Court held that the abuse of process doctrine is available where there is evidence that the Crown’s decision “undermines the integrity of the judicial process” or “results in trial unfairness” (para. 64). The Court also referred to “improper motive[s]” and “bad faith” in its discussion (para. 68).

[50] Regardless of the precise language used, the key point is this: abuse of process refers to Crown conduct that is egregious and seriously compromises trial fairness and/or the integrity of the justice system. Crown decisions motivated by prejudice against Aboriginal persons would certainly meet this standard.

[51] In sum, prosecutorial discretion is reviewable solely for abuse of process. The *Gill* test applied by the Newfoundland and Labrador Court of Appeal was developed at a time when courts were struggling with the post-*Krieger* “core” versus “outside the

[47] Notre Cour a aussi souligné les problèmes pratiques particuliers liés à la révision systématique du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites :

La fonction quasi judiciaire du procureur général ne saurait faire l’objet d’une ingérence de la part de parties qui ne sont pas aussi compétentes que lui pour analyser les divers facteurs à l’origine de la décision de poursuivre. Assujettir ce genre de décisions à une ingérence politique ou à la supervision des tribunaux pourrait miner l’intégrité de notre système de poursuites. [par. 32]

[48] Manifestement, le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites justifie une grande déférence. Toutefois, il n’est pas à l’abri de toute surveillance judiciaire. Notre Cour a affirmé à maintes reprises que le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites est susceptible de contrôle judiciaire s’il y a eu abus de procédure : *Krieger*, par. 32; *Nixon*, par. 31; *Miazga*, par. 46.

[49] Dans la jurisprudence portant sur le contrôle du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites, le type de comportement de la poursuite qui constitue un abus de procédure a été décrit de diverses façons. Dans *Krieger*, notre Cour a employé l’expression « conduite répréhensible flagrante » (par. 49). Dans *Nixon*, la Cour a estimé que la règle de l’abus de procédure s’applique en présence d’éléments de preuve démontrant que la décision du ministère public « min[e] l’intégrité du processus judiciaire » ou « rend le procès inéquitable » (par. 64). La Cour a également fait état, dans son analyse, de « motif illégitime » et de « mauvaise foi » (par. 68).

[50] Indépendamment des termes employés, l’abus de procédure s’entend essentiellement d’une conduite du ministère public qui est inacceptable et qui compromet sérieusement l’équité du procès ou l’intégrité du système de justice. Les décisions du ministère public motivées par des préjugés à l’égard des Autochtones répondraient certainement à ce critère.

[51] En résumé, le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites est susceptible de contrôle judiciaire seulement s’il y a eu abus de procédure. Le critère énoncé dans *Gill* qu’a appliqué la Cour d’appel de Terre-Neuve-et-Labrador a été élaboré à

core” dichotomy. To the extent the *Gill* test suggests that conduct falling short of abuse of process may form a basis for reviewing prosecutorial discretion, respectfully, it should not be followed.

(ii) The Threshold Evidentiary Burden

[52] The burden of proof for establishing abuse of process lies on the claimant, who must prove it on a balance of probabilities: *Cook*, at para. 62; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at para. 69, *per* L'Heureux-Dubé J.; *R. v. Jolivet*, 2000 SCC 29, [2000] 1 S.C.R. 751, at para. 19. However, given the unique nature of prosecutorial discretion — specifically, the fact that the Crown will typically (if not always) be the only party who will know *why* a particular decision was made — this Court in *Nixon* recognized that where prosecutorial discretion is challenged, the Crown may be required to provide reasons justifying its decision where the claimant establishes a proper evidentiary foundation: para. 60.

[53] In *Nixon*, this Court noted the following reasons as to why there must be a “proper evidentiary foundation” before the abuse of process claim should proceed:

... mandating a preliminary determination on the utility of a *Charter*-based inquiry is not new: *R. v. Pires*, 2005 SCC 66, [2005] 3 S.C.R. 343. Similar thresholds are also imposed in other areas of the criminal law, they are not an anomaly. Threshold requirements may be imposed for pragmatic reasons alone. As this Court observed in *Pires* (at para. 35):

For our justice system to operate, trial judges must have some ability to control the course of proceedings before them. One such mechanism is the power to decline to embark upon an evidentiary hearing at the request of one of the parties when that party is unable

une époque où, après l'arrêt *Krieger*, la distinction entre ce qui relève du pouvoir discrétionnaire « essentiel » et ce qui relève du pouvoir « non essentiel » n'allait pas de soi pour les tribunaux. Avec égards, il n'y a pas lieu de retenir le critère énoncé dans *Gill* dans la mesure où il laisse entendre qu'une conduite qui ne va pas jusqu'à l'abus de procédure peut justifier le contrôle judiciaire du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites.

(ii) Le fardeau initial de preuve

[52] Il incombe au demandeur de prouver par prépondérance des probabilités qu'il y a eu abus de procédure : *Cook*, par. 62; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, par. 69, la juge L'Heureux-Dubé; *R. c. Jolivet*, 2000 CSC 29, [2000] 1 R.C.S. 751, par. 19. Toutefois, en raison de la nature unique du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites — notamment le fait que le ministère public sera habituellement (voire toujours) la seule partie qui saura *pourquoi* une décision donnée a été prise — notre Cour a reconnu dans *Nixon* que lorsque le pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites est contesté, le ministère public peut être tenu de justifier sa décision lorsque le demandeur établit l'existence d'une preuve suffisante : par. 60.

[53] Dans *Nixon*, notre Cour énonce les raisons suivantes pour lesquelles il doit exister « une preuve suffisante » avant que l'allégation relative à l'abus de procédure puisse être examinée :

... l'imposition aux tribunaux d'une exigence selon laquelle ils doivent d'abord se prononcer quant à l'utilité de la tenue d'une enquête fondée sur la *Charte* n'a rien de nouveau : *R. c. Pires*, 2005 CSC 66, [2005] 3 R.C.S. 343. Il faut également satisfaire à des critères préliminaires semblables dans d'autres domaines du droit criminel; ils ne constituent pas une anomalie. Des conditions préliminaires peuvent être imposées uniquement pour des raisons pragmatiques. Comme la Cour l'a fait remarquer dans *Pires* (par. 35) :

Pour que notre système de justice fonctionne, les juges qui président les procès doivent être en mesure de veiller au bon déroulement des instances. L'un des mécanismes leur permettant d'y arriver est le pouvoir de refuser de procéder à une audition de la preuve

to show a reasonable likelihood that the hearing can assist in determining the issues before the court.

Quite apart from any such pragmatic considerations, there is good reason to impose a threshold burden on the applicant who alleges that an act of prosecutorial discretion constitutes an abuse of process. Given that such decisions are generally beyond the reach of the court, it is not sufficient to launch an inquiry for an applicant to make a bare allegation of abuse of process. [Emphasis added; paras. 61-62.]

[54] *Nixon* involved the Crown's repudiation of a plea agreement. The Court held that the repudiation of a plea agreement was "a rare and exceptional event" that met the evidentiary threshold and justified an inquiry into the propriety of the Crown's decision: *Nixon*, at para. 63. Indeed, the evidence in *Nixon* was that only two other plea agreements had been repudiated in Alberta's history. As a result, the Court held that

to the extent that the Crown is the only party who is privy to the information, the evidentiary burden shifts to the Crown to enlighten the court on the circumstances and reasons behind its decision to resile from the agreement. That is, the Crown must explain why and how it made the decision not to honour the plea agreement. The ultimate burden of proving abuse of process remains on the applicant and, as discussed earlier, the test is a stringent one. However, if the Crown provides little or no explanation to the court, this factor should weigh heavily in favour of the applicant in successfully making out an abuse of process claim. [para. 63]

[55] Requiring the claimant to establish a proper evidentiary foundation before embarking on an inquiry into the reasons behind the exercise of prosecutorial discretion respects the presumption that prosecutorial discretion is exercised in good faith: *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248, at para. 95. It also accords with this Court's statement in *Sriskandarajah*, at para. 27, that "prosecutorial

lorsque la partie qui en fait la demande est incapable de démontrer qu'il est raisonnablement probable que cette audience aidera à résoudre les questions sou-mises au tribunal.

Hormis de telles considérations pragmatiques, il existe de bonnes raisons d'imposer un fardeau initial au demandeur qui prétend qu'un acte résultant de l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites constitue un abus de procédure. Comme de telles décisions échappent généralement à la compétence du tribunal, il ne suffit pas d'entreprendre un examen pour qu'un demandeur puisse faire une simple allégation d'abus de procédure. [Je souligne; par. 61-62.]

[54] L'arrêt *Nixon* portait sur la répudiation d'une entente sur le plaidoyer par le ministère public. Notre Cour a affirmé que la répudiation d'une entente sur le plaidoyer est « un événement rare et exceptionnel » qui répond au critère préliminaire de preuve et justifie un examen du bien-fondé de la décision du ministère public : *Nixon*, par. 63. En fait, il ressortait de la preuve dans *Nixon* que seulement deux autres ententes sur le plaidoyer avaient déjà été répudiées en Alberta. En conséquence, la Cour a affirmé ce qui suit :

. . . dans la mesure où la Couronne est la seule partie au courant de l'information, c'est à elle qu'il incombe d'exposer au tribunal les circonstances et les motifs qui sous-tendent sa décision de répudier l'entente. En d'autres termes, la Couronne doit expliquer au tribunal pourquoi et comment elle est parvenue à la décision de ne pas respecter l'entente qu'elle avait pourtant conclue. En bout de ligne, c'est au demandeur qu'il revient d'établir qu'il y a eu abus de procédure et, comme il a déjà été discuté, il doit satisfaire à un critère rigoureux. Cependant, le peu, voire l'absence d'explications de la Couronne, le cas échéant, constitue un facteur qui milite fortement en faveur de la thèse du demandeur qui cherche à établir qu'il y a eu abus de procédure. [par. 63]

[55] Le fait d'obliger le demandeur à établir l'existence d'une preuve suffisante avant que la cour entreprenne l'examen des motifs qui sous-tendent l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites respecte la présomption selon laquelle ce pouvoir est exercé de bonne foi : *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248, par. 95. Notre Cour a confirmé cette approche dans *Sriskandarajah*,

authorities are not bound to provide reasons for their decisions, absent evidence of bad faith or improper motives” (emphasis added).

[56] Finally, I note that the content of a Crown policy or guideline may be relevant when a court is considering a challenge to the exercise of prosecutorial discretion. Policy statements or guidelines are capable of informing the debate as to whether a Crown prosecutor’s conduct was appropriate in the particular circumstances. See R. J. Frater, *Prosecutorial Misconduct* (2009), at p. 259. For example, a decision by a Crown prosecutor that appears to contravene a Crown policy or guideline may provide some evidence that assists the claimant in establishing the threshold evidentiary foundation. However, as the intervener the Director of Public Prosecutions of Canada submits, Crown policies and guidelines do not have the force of law, and cannot themselves be subjected to *Charter* scrutiny in the abstract: see *R. v. Beaudry*, 2007 SCC 5, [2007] 1 S.C.R. 190, at para. 45 (discussing police practices manuals).

(b) *Tactics and Conduct Before the Court*

[57] The second category in the framework for review of Crown activity was referred to in *Krieger* as “tactics or conduct before the court”: para. 47. As stated in *Krieger*, “such decisions are governed by the inherent jurisdiction of the court to control its own processes once the Attorney General has elected to enter into that forum” (para. 47).

[58] Superior courts possess inherent jurisdiction to ensure that the machinery of the court functions in an orderly and effective manner: *R. v. Cunningham*, 2010 SCC 10, [2010] 1 S.C.R. 331, at para. 18; *Ontario v. Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3, at para. 26. Similarly, in order to function as courts of law, statutory courts have implicit powers that

par. 27, où elle a dit que « sauf preuve de sa mauvaise foi ou du caractère inapproprié de ce qui l’a animé, le poursuivant n’est pas tenu de motiver sa décision » (je souligne).

[56] Enfin, je note que la teneur d’une politique ou d’une ligne directrice du ministère public peut être pertinente lorsqu’une cour examine une contestation de l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Les énoncés de politique ou les lignes directrices peuvent éclairer le débat sur la question de savoir si la conduite d’un procureur du ministère public était appropriée dans les circonstances particulières. Voir R. J. Frater, *Prosecutorial Misconduct* (2009), p. 259. Par exemple, la décision d’un procureur du ministère public qui semble contrevenir à une politique ou à une ligne directrice du ministère public peut fournir une preuve susceptible d’aider le demandeur à satisfaire le critère préliminaire de preuve. Toutefois, comme le souligne dans ses observations le directeur des poursuites pénales du Canada, intervenant, les politiques et les lignes directrices du ministère public n’ont pas force de loi et ne peuvent elles-mêmes faire l’objet, dans l’abstrait, d’un examen fondé sur la *Charte* : voir *R. c. Beaudry*, 2007 CSC 5, [2007] 1 R.C.S. 190, par. 45 (traitant des guides de pratiques policières).

b) *Stratégie et conduite devant le tribunal*

[57] Selon l’arrêt *Krieger*, la deuxième catégorie de décisions du ministère public susceptibles de contrôle judiciaire a trait « à la stratégie ou à la conduite du procureur du ministère public devant le tribunal » : par. 47. Comme la Cour l’affirme dans *Krieger*, « [c]es décisions relèvent [. . .] de la compétence inhérente du tribunal de contrôler sa propre procédure une fois que le procureur général a choisi de se présenter devant lui » (par. 47).

[58] Une cour supérieure possède la compétence inhérente de veiller au bon fonctionnement des rouages de la cour : *R. c. Cunningham*, 2010 CSC 10, [2010] 1 R.C.S. 331, par. 18; *Ontario v. Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3, par. 26. De même, afin d’exercer sa fonction judiciaire, un tribunal d’origine législative possède des pouvoirs inhérents qui découlent

derive from the court's authority to control its own process: *Cunningham*, at para.18. This jurisdiction includes the power to penalize counsel for ignoring rulings or orders, or for inappropriate behaviour such as tardiness, incivility, abusive cross-examination, improper opening or closing addresses or inappropriate attire. Sanctions may include orders to comply, adjournments, extensions of time, warnings, cost awards, dismissals, and contempt proceedings.

[59] While deference is not owed to counsel who are behaving inappropriately in the courtroom, our adversarial system *does* accord a high degree of deference to the tactical decisions of counsel. In other words, while courts may sanction the conduct of the *litigants*, they should generally refrain from interfering with the conduct of the *litigation* itself. In *R. v. S.G.T.*, 2010 SCC 20, [2010] 1 S.C.R. 688, at paras. 36-37, this Court explained why judges should be very cautious before interfering with tactical decisions:

In an adversarial system of criminal trials, trial judges must, barring exceptional circumstances, defer to the tactical decisions of counsel . . . [C]ounsel will generally be in a better position to assess the wisdom, in light of their overall trial strategy, of a particular tactical decision than is the trial judge. By contrast, trial judges are expected to be impartial arbiters of the dispute before them; the more a trial judge second-guesses or overrides the decisions of counsel, the greater is the risk that the trial judge will, in either appearance or reality, cease being a neutral arbiter and instead become an advocate for one party. . . .

The corollary of the preceding is that trial judges should seldom take it upon themselves, let alone be required, to second-guess the tactical decisions of counsel. Of course, trial judges are still required to “make sure that [the trial] remains fair and is conducted in accordance with the relevant laws and the principles of fundamental justice”: *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209, at para. 68.

du pouvoir de la cour de maîtriser sa propre procédure : *Cunningham*, par. 18. Cette compétence comprend le pouvoir de sanctionner les avocats qui font fi des décisions ou des ordonnances, ou qui affichent un comportement inacceptable, par exemple des retards, l'incivilité, le contre-interrogatoire abusif, un exposé introductif ou une plaidoirie finale inopportuns, ou une entorse au code vestimentaire. Les sanctions peuvent inclure l'ordonnance de se conformer, l'ajournement, la prorogation de délai, la mise en garde, la condamnation aux dépens, le rejet de demandes et les procédures d'outrage au tribunal.

[59] Bien que la déférence ne s'impose pas envers les avocats qui se comportent de façon inopportune dans la salle d'audience, notre système accusatoire fait *effectivement* preuve d'une grande retenue envers les décisions tactiques des avocats. Autrement dit, bien que les tribunaux puissent sanctionner la conduite des *parties au litige*, ils doivent généralement s'abstenir de s'immiscer dans la conduite du *litige* en tant que tel. Dans *R. c. S.G.T.*, 2010 CSC 20, [2010] 1 R.C.S. 688, par. 36-37, notre Cour explique pourquoi les juges doivent être très prudents avant de s'immiscer dans des décisions tactiques :

Dans un système de justice criminelle accusatoire, les juges instruisant les procès doivent, à moins de circonstances exceptionnelles, déférer aux décisions tactiques des avocats [. . .] [L]'avocat sera habituellement mieux placé que le juge du procès pour apprécier l'opportunité d'une décision tactique particulière en fonction de sa stratégie globale. Le juge du procès, lui, doit agir en arbitre impartial du litige dont il est saisi; plus un juge remet en question ou annule les décisions d'un avocat, plus il risque de s'écarter, en apparence ou dans les faits, de son rôle d'arbitre neutre et de devenir l'avocat de l'une des parties. . .

Il en résulte que le juge du procès devrait rarement décider de son propre chef de remettre en question les décisions tactiques d'un avocat, et encore moins être tenu de le faire. Bien sûr, il doit toujours « s'assure[r] que le procès reste équitable et se déroule conformément aux lois pertinentes et aux principes de justice fondamentale » : *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209, par. 68.

[60] Crown counsel is entitled to have a trial strategy and to modify it as the trial unfolds, provided that the modification does not result in unfairness to the accused: *Jolivet*, at para. 21. Likewise, as this Court recently held in *R. v. Auclair*, 2014 SCC 6, [2014] 1 S.C.R. 83, a judge may exceptionally override a Crown tactical decision in order to prevent a *Charter* violation.

[61] Finally, as with all Crown decision making, courtroom tactics or conduct may amount to abuse of process, but abuse of process is not a precondition for judicial intervention as it is for matters of prosecutorial discretion.

VI. Conclusion

[62] Parliament has expressly conferred on the Crown the discretion to tender the Notice at the sentencing hearing through the governing provisions of the *Code*. This discretion is consistent with our constitutional traditions. As the Crown points out, tendering the Notice is not simply a decision as to what submissions will be made at a sentencing hearing (A.F., at para. 119). Tendering the Notice fundamentally alters the *extent* of prosecution — specifically, the extent of the jeopardy facing the accused. In this respect, the Crown’s decision to tender the Notice is analogous to the decision to proceed with charges that attract a mandatory minimum sentence when other related offences have no mandatory minimum sentence; the decision to proceed by indictment rather than summary conviction when different mandatory minimum sentences are involved; and the decision to proceed by indictment rather than by summary conviction when that decision precludes certain sentencing options.

[63] For these reasons, I conclude that tendering the Notice is a matter of prosecutorial discretion. As a result, it is reviewable only for abuse of process.

[60] Le procureur du ministère public a le droit d’avoir une stratégie de procès et de la modifier en cours de route, pourvu que la modification n’entraîne aucune iniquité pour l’accusé : *Jolivet*, par. 21. De même, comme notre Cour l’a affirmé récemment dans *R. c. Auclair*, 2014 CSC 6, [2014] 1 R.C.S. 83, un juge peut exceptionnellement passer outre à une décision stratégique du ministère public afin d’empêcher une violation de la *Charte*.

[61] Enfin, comme pour toute prise de décision du ministère public, les stratégies ou la conduite dans la salle d’audience peuvent équivaloir à un abus de procédure, mais l’abus de procédure n’est pas une condition préalable à l’intervention du juge comme c’est le cas pour les décisions qui relèvent du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites.

VI. Conclusion

[62] Dans les dispositions applicables du *Code*, le législateur a expressément conféré au ministère public le pouvoir discrétionnaire de produire l’avis à l’audience de détermination de la peine. Ce pouvoir discrétionnaire est conforme à nos traditions constitutionnelles. Comme le souligne le ministère public, la production de l’avis n’est pas simplement une décision quant aux observations qui seront faites à l’audience de détermination de la peine (m.a., par. 119). La production de l’avis modifie fondamentalement l’*étendue* de la poursuite — particulièrement l’*étendue* du risque auquel l’accusé est exposé. À cet égard, la décision du ministère public de produire l’avis est analogue à la décision de porter des accusations qui entraînent une peine minimale obligatoire alors que d’autres infractions connexes n’entraînent aucune peine minimale obligatoire, à la décision d’intenter une poursuite par mise en accusation, plutôt que par procédure sommaire, lorsque diverses peines minimales obligatoires sont prescrites, et à la décision d’intenter une poursuite par mise en accusation plutôt que par procédure sommaire, lorsque cette décision exclut la possibilité d’infliger certaines peines.

[63] Pour ces motifs, je conclus que la production de l’avis relève du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites. Par conséquent, elle n’est susceptible

In the complete absence of any evidence to support it, Mr. Anderson's abuse of process argument must fail.

[64] As a final matter, I note that the s. 15(1) *Charter* challenge to the constitutionality of the statutory scheme was not pursued before this Court. These reasons should not be taken as endorsing the trial judge's analysis or conclusion with respect to that issue.

[65] Accordingly, I would allow the appeal. The order of the Newfoundland and Labrador Court of Appeal is set aside and a term of imprisonment of 120 days is substituted, with service of the remainder of the sentence stayed in accordance with the concession of the Crown.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Newfoundland and Labrador, St. John's.

Solicitor for the respondent: Newfoundland and Labrador Legal Aid Commission, St. John's.

Solicitor for the intervener the Director of Public Prosecutions of Canada: Public Prosecution Service of Canada, Halifax.

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

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

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

Solicitor for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights: University of Toronto, Toronto.

Solicitor for the intervener the Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.: Aboriginal Legal Services of Toronto Legal Clinic, Toronto.

de contrôle judiciaire que s'il y a eu abus de procédure. En l'absence totale de preuve pour l'étayer, l'argument fondé sur l'abus de procédure invoqué par M. Anderson doit être rejeté.

[64] Enfin, je note que la contestation de la constitutionnalité du régime législatif sur le fondement du par. 15(1) de la *Charte* n'a pas été avancée devant notre Cour. Les présents motifs ne signifient pas que j'accepte l'analyse ou la conclusion du juge de première instance à l'égard de cette question.

[65] Je suis en conséquence d'avis d'accueillir le pourvoi. L'ordonnance de la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador est annulée et une peine d'emprisonnement de 120 jours est substituée à la peine infligée, avec sursis de ce qui reste à courir de la peine conformément à la concession du ministère public.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelante : Procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, St. John's.

Procureur de l'intimé : Newfoundland and Labrador Legal Aid Commission, St. John's.

Procureur de l'intervenant le directeur des poursuites pénales du Canada : Service des poursuites pénales du Canada, Halifax.

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

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

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

Procureur de l'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights : Université de Toronto, Toronto.

Procureur de l'intervenante Aboriginal Legal Services of Toronto Inc. : Aboriginal Legal Services of Toronto Legal Clinic, Toronto.

Canadian Artists' Representation/Front des artistes canadiens and Regroupement des artistes en arts visuels du Québec *Appellants*

v.

National Gallery of Canada *Respondent*

and

**Writers Guild of Canada,
Canadian Screenwriters Collection Society,
Société du droit de reproduction des auteurs,
compositeurs et éditeurs du Canada and
SODRAC 2003 Inc.** *Intervenors*

**INDEXED AS: CANADIAN ARTISTS' REPRESENTATION
v. NATIONAL GALLERY OF CANADA**

2014 SCC 42

File No.: 35353.

Hearing and judgment: May 14, 2014.

Reasons delivered: June 12, 2014.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Rothstein,
Cromwell, Moldaver and Wagner JJ.

**ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF
APPEAL**

Culture and entertainment law — Status of the artist — Copyright — Collective bargaining — Duty to bargain in good faith — Whether artists' associations are precluded from bargaining minimum fees for use of existing artistic works in agreements negotiated under Status of the Artist Act — Whether allowing scale agreements imposing minimum fees for provision of copyrights for existing works conflicts with Copyright Act — Whether Tribunal's finding that National Gallery of Canada failed to bargain in good faith was reasonable — Standard of review — Status of the Artist Act, S.C. 1992, c. 33 — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42.

The *Status of the Artist Act* ("SAA") governs professional relations between artists and certain federal government institutions that engage artists to provide an

Canadian Artists' Representation/Front des artistes canadiens et Regroupement des artistes en arts visuels du Québec *Appellants*

c.

Musée des beaux-arts du Canada *Intimé*

et

**Writers Guild of Canada,
Canadian Screenwriters Collection Society,
Société du droit de reproduction des auteurs,
compositeurs et éditeurs du Canada et
SODRAC 2003 Inc.** *Intervenantes*

**RÉPERTORIÉ : FRONT DES ARTISTES CANADIENS
c. MUSÉE DES BEAUX-ARTS DU CANADA**

2014 CSC 42

N° du greffe : 35353.

Audition et jugement : 14 mai 2014.

Motifs déposés : 12 juin 2014.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit de la culture et du divertissement — Statut de l'artiste — Droit d'auteur — Négociation collective — Obligation de négocier de bonne foi — Les associations d'artistes sont-elles empêchées de négocier des tarifs minimums pour l'utilisation d'œuvres artistiques existantes dans des accords négociés en vertu de la Loi sur le statut de l'artiste? — Le fait de permettre l'inclusion, dans des accords-cadres, de tarifs minimums pour l'octroi des droits d'auteur sur des œuvres existantes entre-t-il en conflit avec la Loi sur le droit d'auteur? — La conclusion du Tribunal selon laquelle le Musée des beaux-arts du Canada n'avait pas négocié de bonne foi était-elle raisonnable? — Norme de contrôle — Loi sur le statut de l'artiste, L.C. 1992, ch. 33 — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42.

La *Loi sur le statut de l'artiste* (« LSA ») régit les relations de travail entre les artistes et certaines institutions fédérales qui ont recours aux services d'artistes pour

artistic production. The SAA provides for the certification of associations charged with representing the interests of an identified sector of artists and negotiating with institutions in order to conclude scale agreements that set out the “minimum terms and conditions for the provision of artists’ services and other related matters”. In 2003, CARFAC and RAAV, certified artists’ associations for Canadian visual artists, jointly commenced negotiating a scale agreement with the National Gallery of Canada (“NGC”). Those negotiations went on for four years, until the NGC obtained a legal opinion upon which it relied to refuse to include in the scale agreement minimum fees for the licensing or assignment of the copyright in existing artistic works. Negotiations broke down due to the NGC’s position on this issue. CARFAC and RAAV filed a complaint with the Canadian Artists and Producers Professional Relations Tribunal that the NGC had failed to bargain in good faith.

The Tribunal concluded that the licensing or assignment of the copyright in existing works can be subject to binding minimum fees set forth in scale agreements negotiated pursuant to the SAA, provided that those agreements do not bind collective societies established under the *Copyright Act*. It also held that the NGC had failed to bargain in good faith by adopting an uncompromising position based solely on one legal opinion, a position that it should have known would not be accepted by CARFAC/RAAV. The majority in the Federal Court of Appeal allowed the NGC’s application for judicial review, holding that allowing scale agreements to impose minimum fees for existing works would conflict with the *Copyright Act*. In light of this finding, the appellate court concluded that the NGC had not failed to bargain in good faith.

Held: The appeal should be allowed.

The Tribunal’s conclusion was reasonable. Its interpretation of the SAA was not contrary to the plain meaning of that Act. There was no reason for the Federal Court of Appeal to overturn the Tribunal’s conclusion that minimum fees for the provision of artists’ copyrights for existing works are eligible for inclusion in scale agreements. Moreover, to conclude that such minimum fees are excluded from scale agreements would result in the SAA having a limited impact on the achievement of Parliament’s express recognition that artists should be compensated for the use of their works, including the public lending of those works.

obtenir une prestation. La LSA prévoit l’accréditation d’associations chargées de défendre les intérêts des artistes d’un secteur déterminé et de négocier, avec des institutions, des accords-cadres qui énoncent les « dispositions relatives aux conditions minimales pour les prestations de services des artistes et à des questions connexes ». En 2003, le CARFAC et le RAAV, des associations d’artistes accréditées pour représenter les artistes canadiens en arts visuels, ont entrepris conjointement la négociation d’un accord-cadre avec le Musée des beaux-arts du Canada (« MBAC »). Ces négociations se sont poursuivies pendant quatre ans jusqu’à ce que le MBAC obtienne un avis juridique et se fonde sur celui-ci pour refuser d’inclure dans l’accord-cadre des tarifs minimums pour la concession de licences ou la cession des droits d’auteur sur des œuvres artistiques existantes. Les négociations ont avorté à cause de la position du MBAC à cet égard. Le CARFAC et le RAAV ont déposé au Tribunal canadien des relations professionnelles artistes-producteurs une plainte portant que le MBAC n’avait pas négocié de bonne foi.

Le Tribunal a conclu que la concession de licences ou la cession des droits d’auteur sur des œuvres existantes pouvait être l’objet de tarifs minimums prévus dans des accords-cadres négociés en vertu de la LSA, pourvu que ces accords ne lient pas les sociétés de gestion constituées sous le régime de la *Loi sur le droit d’auteur*. Toujours selon le Tribunal, le MBAC a omis de négocier de bonne foi en adoptant une position inflexible fondée uniquement sur un seul avis juridique, et il aurait dû savoir que le CARFAC/RAAV la rejeterait. Les juges majoritaires de la Cour d’appel fédérale ont accueilli la demande de contrôle judiciaire présentée par le MBAC, décidant que permettre aux parties à des accords-cadres d’imposer des tarifs minimums pour des œuvres existantes entrerait en conflit avec la *Loi sur le droit d’auteur*. Étant donné cette conclusion, la Cour d’appel a estimé que le MBAC n’avait pas omis de négocier de bonne foi.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

La conclusion du Tribunal était raisonnable. Son interprétation de la LSA n’était pas contraire au sens ordinaire de cette loi. La Cour d’appel fédérale n’avait aucune raison d’infirmar la conclusion du Tribunal selon laquelle les tarifs minimums pour l’octroi des droits d’auteur des artistes sur des œuvres existantes peuvent être inclus dans les accords-cadres. En outre, si l’on conclut que de tels tarifs minimums sont exclus des accords-cadres, la LSA aurait une incidence limitée sur la réalisation de la reconnaissance expresse, par le législateur, de l’importance pour les artistes de recevoir une indemnisation pour l’utilisation, et notamment le prêt public, de ces œuvres.

The collective bargaining conducted by artists' associations in respect of scale agreements covering the licensing or assignment of copyrights to existing artistic works does not contradict any provision of the *Copyright Act*. Establishing a minimum fee for the use of existing works does not affect any of the rights conferred on copyright holders under s. 3 of the *Copyright Act* nor do the scale agreements bind collective societies governed by that same Act.

The Tribunal extensively canvassed the law regarding good faith bargaining and closely examined the evidence put forth by the parties on the issue. It concluded that the NGC had failed to bargain in good faith. On a reasonableness review, it is not for this Court to reweigh the evidence considered by the Tribunal. In view of the findings of fact of the Tribunal, it cannot be said that its decision was unreasonable.

Cases Cited

Referred to: *Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 1 S.C.R. 369; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Euro-Excellence Inc. v. Kraft Canada Inc.*, 2007 SCC 37, [2007] 3 S.C.R. 20; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339.

Statutes and Regulations Cited

Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, ss. 2 "collective society", 3, 13(4), 70.1, 70.13, 70.15.
Jobs, Growth and Long-term Prosperity Act, S.C. 2012, c. 19, s. 532.
Status of the Artist Act, S.C. 1992, c. 33, ss. 2(e), 5 "artists' association", "producer", "scale agreement", 6(2), 7, 9(3), 25 to 27, 32, 33(1), 44.

Authors Cited

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Noël, Pelletier and Trudel JJ.A.), 2013 FCA 64, 443 N.R. 121, 54 Admin. L.R. (5th) 1, [2013] F.C.J. No. 261 (QL), 2013 CarswellNat 507, setting aside a decision of the Canadian Artists and Producers Professional Relations Tribunal, 2012 CAPPRT 053 (<http://decisia.lexum.com/cirb-ccri/saa-lsa/en/item/8107/index.do>), [2012] C.A.P.P.R.T.D. No. 1 (QL), 2012 CarswellNat 4332. Appeal allowed.

La négociation collective engagée par des associations d'artistes relativement aux accords-cadres visant la concession de licences ou la cession des droits d'auteur sur des œuvres existantes ne contredit aucune disposition de la *Loi sur le droit d'auteur*. L'établissement d'un tarif minimum pour l'utilisation d'œuvres existantes n'a d'incidence sur aucun des droits conférés aux titulaires de droits d'auteur aux termes de l'art. 3 de la *Loi sur le droit d'auteur*, et les accords-cadres ne lient pas non plus les sociétés de gestion régies par cette loi.

Le Tribunal a examiné en profondeur le droit en matière de négociation de bonne foi et analysé en détail la preuve présentée par les parties à cet égard. Il a conclu que le MBAC n'avait pas négocié de bonne foi. Dans l'appréciation de la raisonnabilité, il n'appartient pas à la Cour de soulever à nouveau la preuve examinée par le Tribunal. Vu les conclusions de fait du Tribunal, sa décision ne peut être qualifiée de déraisonnable.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 1 R.C.S. 369; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Euro-Excellence Inc. c. Kraft Canada Inc.*, 2007 CSC 37, [2007] 3 R.C.S. 20; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339.

Lois et règlements cités

Loi sur l'emploi, la croissance et la prospérité durable, L.C. 2012, ch. 19, art. 532.
Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 2 « société de gestion », 3, 13(4), 70.1, 70.13, 70.15.
Loi sur le statut de l'artiste, L.C. 1992, ch. 33, art. 2e), 5 « accord-cadre », « association d'artistes », « producteur », 6(2), 7, 9(3), 25 à 27, 32, 33(1), 44.

Doctrine et autres documents cités

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Noël, Pelletier et Trudel), 2013 CAF 64, 443 N.R. 121, 54 Admin. L.R. (5th) 1, [2013] A.C.F. n° 261 (QL), 2013 CarswellNat 508, qui a infirmé une décision du Tribunal canadien des relations professionnelles artistes-producteurs, 2012 TCRPAP 053 (<http://decisia.lexum.com/cirb-ccri/saa-lsa/fr/item/8107/index.do>), [2012] D.T.C.R.P.A.P. n° 1 (QL), 2012 CarswellNat 4332. Pourvoi accueilli.

David Yazbeck, Michael Fisher and Wassim Garzouzi, for the appellants.

Guy P. Dancosse, Q.C., Sophie Roy-Lafleur and Guy Régimbald, for the respondent.

Joshua S. Phillips and Karen Ensslen, for the interveners the Writers Guild of Canada and the Canadian Screenwriters Collection Society.

Colette Matteau, for the interveners Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs du Canada and SODRAC 2003 Inc.

The judgment of the Court was delivered by

[1] ROTHSTEIN J. — This appeal raises the issue of the scope of collective bargaining permitted by an Act specific to the artistic sector, and the relationship of that Act with the *Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42.

I. Background and History

[2] The *Status of the Artist Act*, S.C. 1992, c. 33 (“SAA”), was enacted “to establish a framework to govern professional relations between artists and producers” (s. 7), “producers” being limited to certain federal government institutions and broadcasting undertakings that engage artists to provide an artistic production (ss. 5 “producer” and 6(2)(a)). The SAA provides for the certification of “artists’ associations” to represent the professional and socio-economic interests of an identified sector of artists (ss. 5 “artists’ association” and 25 to 27). Certified artists’ associations negotiate “scale agreements” with a producer or association of producers that set out the “minimum terms and conditions for the provision of artists’ services and other related matters” (s. 5 “scale agreement”). Once signed, scale agreements bind all artists in the identified sector — whether or not they are formal members of the artists’ association — in their dealings with that producer or association of producers, with the exception of work undertaken by defined employees in the

David Yazbeck, Michael Fisher et Wassim Garzouzi, pour les appelants.

Guy P. Dancosse, c.r., Sophie Roy-Lafleur et Guy Régimbald, pour l’intimé.

Joshua S. Phillips et Karen Ensslen, pour les intervenantes Writers Guild of Canada et Canadian Screenwriters Collection Society.

Colette Matteau, pour les intervenantes la Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs du Canada et SODRAC 2003 Inc.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LE JUGE ROTHSTEIN — Il est question en l’espèce de l’étendue de la négociation collective autorisée par une loi propre au secteur artistique et de la relation entre cette loi et la *Loi sur le droit d’auteur*, L.R.C. 1985, ch. C-42.

I. Contexte et historique

[2] La *Loi sur le statut de l’artiste*, L.C. 1992, ch. 33 (« LSA »), a pour objet « l’établissement et la mise en œuvre d’un régime de relations de travail entre producteurs et artistes » (art. 7), les « producteurs » ne s’entendant que de certaines institutions fédérales et entreprises de radiodiffusion qui ont recours aux services d’artistes en vue d’obtenir une prestation (art. 5 « producteur » et al. 6(2)a)). La LSA prévoit l’accréditation d’« associations d’artistes » chargées de défendre les intérêts professionnels et socio-économiques des artistes d’un secteur déterminé (art. 5 « association d’artistes » et art. 25 à 27). Les associations d’artistes accréditées négocient, avec un producteur ou une association de producteurs, des « accords-cadres » qui énoncent les « dispositions relatives aux conditions minimales pour les prestations de services des artistes et à des questions connexes » (art. 5 « accord-cadre »). Une fois signés, les accords-cadres lient tous les artistes du secteur déterminé — qu’ils adhèrent officiellement ou non à l’association d’artistes — dans

course of employment (ss. 9(3), 33(1) and 44). At all relevant times for this appeal, the Canadian Artists and Producers Professional Relations Tribunal (“Tribunal”) was the administrative tribunal charged with applying and enforcing the SAA (in 2012, this responsibility was transferred to the Canada Industrial Relations Board pursuant to the *Jobs, Growth and Long-term Prosperity Act*, S.C. 2012, c. 19, s. 532). Nearly 180 scale agreements have been negotiated by artists’ associations certified by the Tribunal, many of them containing matters related to copyright.

[3] The *Copyright Act* contains several provisions that are relevant to the present appeal. Section 2 defines a “collective society” (sometimes referred to as a “copyright collective”) as a society, association or corporation that carries on the business of collective administration of copyright for the benefit of artists (among others) who assign, grant a licence, or otherwise authorize the society to act on their behalf with respect to their copyrights so assigned or authorized. Collective societies must either operate a licensing scheme for a repertoire of artists’ works whereby the society determines the conditions under which it will authorize the use of such works, or collect and distribute royalties payable under the *Copyright Act* by users of such works. The Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs du Canada (“SODRAC”), an intervenor in this case, is a collective society within the meaning of the *Copyright Act*.

[4] Copyrights assigned or exclusively licensed to the collective society must comply with the *Copyright Act* requirement that such assignments or exclusive licences be in writing and signed by the copyright holder or his or her agent (s. 13(4)). Collective societies may set tariffs for the use of such copyrights (ss. 70.1 and 70.13). The Copyright Board is responsible for certifying these tariffs (s. 70.15).

leurs rapports avec ce producteur ou cette association de producteurs, à l’exception des « employés » ou « fonctionnaires » au sens de la *LSA* pour ce qui est des activités qui relèvent de leurs fonctions (par. 9(3) et 33(1) et art. 44). À toutes les époques pertinentes en l’espèce, le Tribunal canadien des relations professionnelles artistes-producteurs (« Tribunal ») était le tribunal administratif chargé de l’application et de l’exécution de la *LSA* (en 2012, cette responsabilité a été confiée au Conseil canadien des relations industrielles en vertu de la *Loi sur l’emploi, la croissance et la prospérité durable*, L.C. 2012, ch. 19, art. 532). Des associations d’artistes accréditées par le Tribunal ont négocié près de 180 accords-cadres, dont bon nombre portaient sur des questions de droit d’auteur.

[3] La *Loi sur le droit d’auteur* renferme plusieurs dispositions qui sont pertinentes en l’espèce. L’article 2 définit une « société de gestion » (parfois appelée « société de perception des droits d’auteur ») comme une association, société ou personne morale autorisée — notamment par voie de cession, licence ou mandat — à se livrer à la gestion collective du droit d’auteur au profit des artistes (entre autres). Les sociétés de gestion doivent soit administrer un système d’octroi de licences pour un répertoire d’œuvres par lequel elles déterminent les modalités selon lesquelles elles autoriseront l’utilisation de ces œuvres, soit percevoir et répartir les redevances payables par les utilisateurs de ces œuvres aux termes de la *Loi sur le droit d’auteur*. La Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs du Canada (« SODRAC »), intervenante en l’espèce, est une société de gestion au sens de cette loi.

[4] Les droits d’auteur cédés ou concédés par licence exclusive à la société de gestion doivent respecter l’exigence de la *Loi sur le droit d’auteur* selon laquelle les cessions ou licences exclusives en question doivent être rédigées par écrit et signées par le titulaire du droit d’auteur ou par son agent (par. 13(4)). Les sociétés de gestion peuvent fixer des tarifs pour l’utilisation de ces droits d’auteur (art. 70.1 et 70.13). La Commission du droit d’auteur est chargée d’homologuer ces tarifs (art. 70.15).

[5] The Canadian Artists' Representation/Front des artistes canadiens ("CARFAC") and Regroupement des artistes en arts visuels du Québec ("RAAV") are, respectively, the certified artists' associations for Canadian visual artists outside and within Quebec. In 2003, they jointly commenced negotiating an SAA scale agreement with the National Gallery of Canada ("NGC"). Among the list of items which CARFAC/RAAV sought to bargain was the establishment of minimum fees payable by the NGC for the use of existing works of visual artists. The NGC expressed reservations about including such minimum fees in the scale agreement, stating that it would be seeking legal advice on this issue. Over the next four years, the NGC nevertheless proceeded to negotiate a draft scale agreement that included existing works.

[6] In 2007, the NGC obtained a legal opinion upon which it relied to state that CARFAC/RAAV did not have the authority to negotiate scale agreements providing for minimum fees for the licensing or assignment of the copyright in existing works as it did not have written authorization from each artist covered by the agreement. On that basis, the NGC presented a revised draft scale agreement from which all references to existing works were removed. After some attempts to discuss the issue further, CARFAC/RAAV filed a complaint with the Tribunal that the NGC had breached s. 32 of the SAA by failing to bargain in good faith.

[7] The Tribunal concluded that the licensing or assignment of the copyright in existing works can be subject to binding minimum fees set forth in scale agreements, and that the NGC had failed to bargain in good faith (2012 CAPPRT 053). It found that previous decisions by the Tribunal had recognized that scale agreements can include minimum fees for the use of existing works, and inclusion of copyright matters has become standard in the cultural sector. It said that the SAA complements and supplements the *Copyright Act*, and that artists' associations can

[5] Le Canadian Artists' Representation/Front des artistes canadiens (« CARFAC ») et le Regroupement des artistes en arts visuels du Québec (« RAAV ») sont les associations d'artistes accréditées pour représenter, respectivement, les artistes canadiens en arts visuels à l'extérieur du Québec et dans cette province. En 2003, ils ont entrepris conjointement la négociation d'un accord-cadre visé par la *LSA* avec le Musée des beaux-arts du Canada (« MBAC »). L'établissement de tarifs minimums payables par le MBAC pour l'utilisation d'œuvres existantes d'artistes en arts visuels comptait parmi les points que le CARFAC/RAAV cherchait à négocier. Le MBAC a exprimé des réserves quant à l'inclusion dans l'accord-cadre de tels tarifs minimums, disant qu'il allait demander un avis juridique sur cette question. Il s'est néanmoins engagé, au cours des quatre années suivantes, dans la négociation d'un projet d'accord-cadre qui traitait des œuvres existantes.

[6] En 2007, le MBAC a obtenu un avis juridique sur lequel il s'est appuyé pour affirmer que le CARFAC/RAAV n'avait pas le pouvoir de négocier des accords-cadres prévoyant des tarifs minimums pour la concession de licences ou la cession des droits d'auteur sur des œuvres existantes car il n'avait pas obtenu l'autorisation écrite de tous les artistes visés par les accords-cadres. Sur le fondement de cet avis, le MBAC a présenté un projet révisé d'accord-cadre dans lequel toutes les mentions d'œuvres existantes avaient été supprimées. Après avoir tenté à quelques reprises de discuter davantage de cette question, le CARFAC/RAAV a déposé au Tribunal une plainte portant que le MBAC avait violé l'art. 32 de la *LSA* en ne négociant pas de bonne foi.

[7] Le Tribunal a conclu que la concession de licences ou la cession des droits d'auteur sur des œuvres existantes pouvait être l'objet de tarifs minimums prévus dans des accords-cadres, et que le MBAC n'avait pas négocié de bonne foi (2012 TCRPAP 053). Le Tribunal a conclu que, dans ses décisions précédentes, il avait reconnu que les accords-cadres pouvaient inclure des tarifs minimums pour l'utilisation d'œuvres existantes, et que l'inclusion de questions touchant aux droits d'auteur était devenue la norme dans le secteur culturel. Il a affirmé que la

negotiate scale agreements under the SAA provided that those agreements do not bind collective societies established under the *Copyright Act* (paras. 99-104).

[8] With respect to s. 32 of the SAA, which requires artists' associations and producers to bargain in good faith, the Tribunal concluded that the NGC failed this duty by presenting a revised draft scale agreement which excluded all matters related to the use of existing artistic works "without prior notice" (para. 147) — in contravention of its established negotiating practice with CARFAC/RAAV — without reasonable alternatives, and based solely on one legal opinion. The NGC's position on minimum fees for the use of existing works was uncompromising, and one that the NGC should have known would not be accepted by CARFAC/RAAV. Applying this Court's decision in *Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 1 S.C.R. 369 ("Royal Oak Mines"), the Tribunal concluded that the NGC had violated s. 32 of the SAA by failing to bargain in good faith (paras. 147-52). It ordered the NGC to comply with the SAA, establish a bargaining schedule with CARFAC/RAAV and provide monthly reports to the Tribunal (paras. 171-73).

[9] The majority in the Federal Court of Appeal allowed the NGC's application for judicial review. Applying the standard of review of correctness, the majority held that allowing scale agreements to impose minimum fees for existing works would conflict with the *Copyright Act* because only copyright holders can establish limits on how their copyright is exercised (2013 FCA 64, 443 N.R. 121, at para. 101). It found that there was no assignment in writing of copyright to CARFAC/RAAV by the artists in their sectors as required by s. 13(4) of the *Copyright Act*, meaning CARFAC/RAAV cannot impose any limits on how those artists exercise their copyrights (para. 111). In contrast, scale agreements can pertain to contracts for commissioned works as no copyright exists at the time an artist signs such a contract. Further, licensing or assigning the copyright

LSA complétait la *Loi sur le droit d'auteur*, et que les associations d'artistes pouvaient négocier un accord-cadre en vertu de la *LSA*, pourvu que cet accord ne lie pas les sociétés de gestion constituées sous le régime de la *Loi sur le droit d'auteur* (par. 99-104).

[8] Pour ce qui est de l'art. 32 de la *LSA*, qui oblige les associations d'artistes et les producteurs à négocier de bonne foi, le Tribunal a conclu que le MBAC avait manqué à cette obligation en présentant un projet révisé d'accord-cadre où il n'était nullement question de l'utilisation d'œuvres artistiques existantes « sans avis préalable » (par. 147) — contrairement à sa pratique habituelle de négociation avec le CARFAC/RAAV — sans solution de rechange raisonnable, et en s'appuyant uniquement sur un seul avis juridique. La position du MBAC sur les tarifs minimums pour l'utilisation d'œuvres existantes était inflexible, et le MBAC aurait dû savoir que le CARFAC/RAAV la rejetterait. Appliquant l'arrêt de notre Cour dans *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 1 R.C.S. 369 (« *Royal Oak Mines* »), le Tribunal a conclu que le MBAC avait violé l'art. 32 de la *LSA* en ne négociant pas de bonne foi (par. 147-152). Il a ordonné au MBAC de se conformer à la *LSA*, d'établir un calendrier des négociations avec le CARFAC/RAAV et de présenter des rapports mensuels au Tribunal (par. 171-173).

[9] Les juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale ont accueilli la demande de contrôle judiciaire présentée par le MBAC. Se fondant sur la norme de contrôle de la décision correcte, ils ont décidé que permettre l'inclusion, dans des accords-cadres, de tarifs minimums pour des œuvres existantes entraînerait en conflit avec la *Loi sur le droit d'auteur*, car seuls les titulaires du droit d'auteur peuvent limiter l'exercice de ce droit (2013 CAF 64, 443 N.R. 121, par. 101). Ils ont conclu que le droit d'auteur n'avait pas été cédé par écrit au CARFAC/RAAV par les artistes de leurs secteurs comme le prescrit le par. 13(4) de la *Loi sur le droit d'auteur*, de sorte que le CARFAC/RAAV ne pouvait aucunement limiter l'exercice par ces artistes de leurs droits d'auteur (par. 111). En revanche, un accord-cadre peut porter sur un contrat visant des œuvres commandées parce

in an existing work is simply a transfer of property; it is not a service or “other related matte[r]” as required by the definition of “scale agreement” in the SAA (paras. 102-8). As a result, minimum fees for the use of existing works cannot be included in scale agreements. In light of that finding, the majority concluded that the NGC had not failed to bargain in good faith (para. 115).

[10] Pelletier J.A., writing in dissent, would have dismissed the application for judicial review. Applying the standard of review of reasonableness, he concluded that scale agreements can include minimum fees for the use of existing works. Granting a producer the right to use an existing work is analogous to the service provided by hotels and car rental agencies by allowing others to use their property (para. 83). The Tribunal’s interpretation of “provision of services” was therefore reasonable (para. 86). Negotiating minimum fees for the use of existing works does not make an artists’ association the agent of the artist for the purpose of granting licences to producers (para. 85). The choice of whether or not to grant a licence to a producer remains in the hands of the copyright holder and not the artists’ association. Scale agreements do not apply to works for which the copyright has been assigned to a collective society such as SODRAC, but rather only where the artist alone has the right to grant licences to use his or her work. Accordingly, there is no conflict between the SAA and the *Copyright Act* (para. 87).

[11] Pelletier J.A. also concluded that it was reasonable for the Tribunal to find that the NGC had failed to bargain in good faith. The NGC had taken a rigid stance that it knew CARFAC/RAAV could never accept, based solely on one legal opinion and despite the fact that it had spent four years negotiating such fees. The industry standard had been to include copyright matters in scale agreements.

qu’il n’existe aucun droit d’auteur lorsque l’artiste signe pareil contrat. De plus, l’octroi de licence ou la cession du droit d’auteur sur une œuvre existante est simplement un transfert de bien; il ne s’agit pas d’un service ou « [d’une] questio[n] connex[e] » suivant la définition d’« accord-cadre » dans la *LSA* (par. 102-108). Par conséquent, les tarifs minimums pour l’utilisation d’œuvres existantes ne sauraient être inclus dans les accords-cadres. Étant donné cette conclusion, les juges majoritaires ont estimé que le MBAC n’avait pas omis de négocier de bonne foi (par. 115).

[10] Le juge Pelletier, dissident, aurait rejeté la demande de contrôle judiciaire. Se fondant sur la norme de contrôle de la décision raisonnable, il a conclu que les accords-cadres pouvaient inclure des tarifs minimums pour l’utilisation d’œuvres existantes. L’octroi à un producteur du droit d’utiliser une œuvre existante est analogue au service fourni par les hôtels et les agences de location d’automobiles qui permettent à autrui d’utiliser leur bien (par. 83). L’interprétation donnée par le Tribunal à l’expression « prestations de services » était donc raisonnable (par. 86). Le fait qu’une association d’artistes négocie des tarifs minimums pour l’utilisation d’œuvres existantes n’en fait pas l’agent des artistes aux fins de concession d’une licence à un producteur (par. 85). Le choix d’accorder ou non une licence à un producteur appartient toujours au titulaire du droit d’auteur et non à l’association d’artistes. Les accords-cadres ne s’appliquent pas aux œuvres dont le droit d’auteur a été cédé à une société de gestion comme la SODRAC; ils s’appliquent uniquement lorsque seul l’artiste a le droit d’accorder des licences pour l’utilisation de son œuvre, d’où l’absence de conflit entre la *LSA* et la *Loi sur le droit d’auteur* (par. 87).

[11] Le juge Pelletier a également conclu que le Tribunal pouvait raisonnablement conclure que le MBAC n’avait pas négocié de bonne foi. Le MBAC avait adopté une position inflexible qui ne pourrait, à sa connaissance, jamais être acceptée par le CARFAC/RAAV, sur la seule foi d’un avis juridique et malgré les quatre années qu’il avait passées à négocier de tels tarifs. La pratique ayant cours dans

Applying *Royal Oak Mines*, Pelletier J.A. concluded that an objective assessment of the circumstances supported the Tribunal's finding that the NGC had failed to bargain in good faith (paras. 71-76).

II. Analysis

[12] I would allow the appeal and dismiss the application for judicial review.

A. *Standard of Review*

[13] Reasonableness is the presumptive standard of review when a tribunal is interpreting its home statute or a statute closely connected to its function and with which it will have particular familiarity. The SAA applies to, among other things, “authors of artistic . . . works within the meaning of the *Copyright Act*”, requiring the Tribunal to interpret and apply that statute (SAA, s. 6(2)(b)(i)). None of the exceptions to this presumption of reasonableness apply. No constitutional questions are at issue. The appeal raises no true question of jurisdiction, particularly in light of this Court's caution to interpret this category of questions narrowly when a tribunal is interpreting its home statute or statutes closely connected to its function (*Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at para. 34). No issue is at stake that is of central importance to the legal system as a whole and that is not within the Tribunal's area of expertise. Finally, all parties, interveners and the Tribunal do not dispute that scale agreements under the SAA do not apply to collective societies governed by the *Copyright Act*. Accordingly, there is no serious question as to the jurisdictional lines between the Tribunal and the Copyright Board. The applicable standard of review is reasonableness.

le secteur d'activités consistait à inclure les questions touchant au droit d'auteur dans les accords-cadres. Appliquant *Royal Oak Mines*, le juge Pelletier a conclu qu'une appréciation objective des faits étayait la conclusion du Tribunal selon laquelle le MBAC n'avait pas négocié de bonne foi (par. 71-76).

II. Analyse

[12] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rejeter la demande de contrôle judiciaire.

A. *La norme de contrôle*

[13] La norme de la décision raisonnable est présumée s'appliquer lorsqu'un tribunal administratif interprète sa loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie. La LSA s'applique notamment aux « auteurs d'œuvres artistiques [. . .] au sens de la *Loi sur le droit d'auteur* », ce qui oblige le Tribunal à interpréter et à appliquer cette loi (LSA, sous-al. 6(2)b(i)). Aucune des exceptions à cette présomption d'assujettissement à la norme de la décision raisonnable ne s'applique. Aucune question constitutionnelle n'est en jeu. Le pourvoi ne soulève aucune véritable question de compétence, surtout au vu de la mise en garde de notre Cour qui appelle à donner une interprétation restrictive à cette catégorie de questions lorsqu'un tribunal administratif interprète sa loi constitutive ou des lois étroitement liées à son mandat (*Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, par. 34). Il n'y a en l'espèce aucune question qui revêt une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et qui ne relève pas du champ d'expertise du Tribunal. Enfin, toutes les parties, les intervenantes et le Tribunal ne contestent pas que les accords-cadres visés par la LSA ne s'appliquent pas aux sociétés de gestion régies par la *Loi sur le droit d'auteur*. Par conséquent, aucune question de délimitation des compétences respectives du Tribunal et de la Commission du droit d'auteur ne se pose sérieusement. La norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable.

B. *Scale Agreements Can Include Existing Works*

[14] In order to determine whether scale agreements negotiated under the SAA can include minimum fees for the use of existing works, it is necessary to address the interpretation of the SAA and whether it conflicts with the *Copyright Act*.

(1) “Provision of Artists’ Services” Includes the Use of Existing Works

[15] The first question to consider is whether it was reasonable for the Tribunal to conclude that the “provision of artists’ services” referred to in the definition of “scale agreement” in the SAA includes the provision of existing artistic works.

[16] I agree with Pelletier J.A. that there is no reason to overturn the Tribunal’s conclusion on this issue. The Tribunal’s interpretation of “provision of artists’ services” is not contrary to its plain meaning. Indeed, the analogy presented by Pelletier J.A. of the service provided by hotels and car rental agencies for the use of their property is persuasive. Furthermore, nothing in the SAA supports treating commissioned works differently from existing works.

[17] The definition of the artists who are bound by the SAA has three broad categories, the first of which includes “authors of artistic . . . works within the meaning of the Copyright Act” (SAA, s. 6(2)(b)(i)). In order to be an author of an artistic work within the meaning of the *Copyright Act*, an artist must have already produced the artistic work of which he or she is the author. If the SAA was not intended to apply to the provision of existing artistic works, this branch of the definition would be meaningless. It would not make sense for the SAA to apply to artists on the basis of their creation of such works, yet not permit scale agreements negotiated under the SAA to apply to those same works. Although not conclusive, the reference in s. 6(2)(b)(i) to authors

B. *Les accords-cadres peuvent inclure les œuvres existantes*

[14] Pour décider si les accords-cadres négociés en vertu de la LSA peuvent prévoir des tarifs minimums pour l’utilisation d’œuvres existantes, il faut interpréter la LSA et se demander si elle entre en conflit avec la *Loi sur le droit d’auteur*.

(1) Les « prestations de services des artistes » comprennent l’utilisation d’œuvres existantes

[15] La première question qu’il faut se poser est de savoir si le Tribunal pouvait raisonnablement conclure que les « prestations de services des artistes » mentionnées dans la définition d’« accord-cadre » dans la LSA comprennent les prestations d’œuvres existantes.

[16] Je suis d’accord avec le juge Pelletier pour dire qu’il n’y a aucune raison d’infirmar la conclusion du Tribunal sur ce point. L’interprétation donnée par le Tribunal à l’expression « prestations de services des artistes » n’est pas contraire à son sens ordinaire. De fait, l’analogie que fait le juge Pelletier avec le service fourni par les hôtels et les agences de location d’automobiles pour l’utilisation de leur bien est convaincante. De plus, aucune disposition de la LSA ne permet de traiter les œuvres commandées différemment des œuvres existantes.

[17] La définition des artistes qui sont liés par la LSA comporte trois grandes catégories, dont la première regroupe les « auteurs d’œuvres artistiques [. . .] au sens de la *Loi sur le droit d’auteur* » (LSA, sous-al. 6(2)b(i)). Pour répondre à cette définition, l’artiste doit avoir déjà créé l’œuvre artistique dont il est l’auteur. Si la LSA n’était pas censée s’appliquer aux œuvres existantes, ce volet de la définition serait dénué de sens. Il serait illogique que la LSA s’applique aux artistes en raison de leur création de ces œuvres, mais ne permette pas l’application des accords-cadres négociés sous son régime à ces mêmes œuvres. À défaut d’être concluante, la mention au sous-al. 6(2)b(i) des auteurs d’œuvres au sens de la *Loi sur le droit d’auteur* donne fortement à

of works within the meaning of the *Copyright Act* provides a strong indication that scale agreements were intended to apply to existing artistic works.

[18] To conclude that the provision of existing works is excluded from scale agreements authorized by the SAA would result in that Act having a limited impact, at least with respect to visual artists, on the achievement of Parliament's express recognition that artists should "be compensated for the use of their works, including the public lending of them" (SAA, s. 2(e)). Fees for the use of *existing* works are the *central* issue for visual artists seeking compensation for their work, not an ancillary matter. The NGC acknowledged that it rarely commissions works, doing so "perhaps once every five years". Installation, lectures, and tours are ancillary services that are not only unlikely to provide a source of income sufficient to properly compensate artists for their work, but are services that can all be provided by persons other than the creator of the artistic work. Indeed, while they may qualify as "related matters" under the definition of "scale agreement" in s. 5, they may not often qualify as "artistic production[s]" in the sense of s. 6(2)(a) of the SAA, and would then not constitute a primary artistic service that can be included in scale agreements in their own right.

[19] For these reasons, the Tribunal's conclusion that "provision of artists' services" includes assigning or licensing a copyright was reasonable. As a result, minimum fees for the provision of artists' copyrights for existing works are eligible for inclusion in scale agreements negotiated pursuant to the SAA.

(2) The SAA and the Copyright Act Do Not Conflict

[20] The second question to be addressed is whether the above conclusion — that "provision of

penser que les accords-cadres étaient censés s'appliquer aux œuvres existantes.

[18] Si l'on conclut que la prestation d'œuvres existantes est exclue des accords-cadres autorisés par la LSA, cette loi aurait une incidence limitée — du moins en ce qui concerne les artistes en arts visuels — sur la réalisation de la reconnaissance expresse, par le législateur, de l'importance pour les artistes « de recevoir une indemnisation pour l'utilisation, et notamment le prêt public, de leurs œuvres » (LSA, al. 2e)). Les tarifs pour l'utilisation d'œuvres *existantes* représentent la *principale* question qui intéresse les artistes en arts visuels voulant être rémunérés pour leur travail, et non pas une question accessoire. Le MBAC a reconnu qu'il commandait rarement des œuvres, [TRADUCTION] « peut-être une fois tous les cinq ans ». L'installation, les conférences et les visites guidées sont des services accessoires qui non seulement ne procurent vraisemblablement pas une source de revenu suffisant pour rémunérer comme il se doit les artistes pour leur travail, mais qui peuvent aussi tous être fournis par d'autres personnes que le créateur de l'œuvre artistique. En effet, même s'ils peuvent être considérés comme des « questions connexes » suivant la définition d'« accord-cadre » à l'art. 5, ils ne pourraient sans doute pas, dans bien des cas, être considérés comme une « prestation » au sens de l'al. 6(2)a) de la LSA, et ils ne constitueraient alors pas un service artistique principal susceptible d'être inclus dans un accord-cadre.

[19] Pour ces motifs, la conclusion du Tribunal selon laquelle les « prestations de services des artistes » comprennent la cession ou la concession de licence d'un droit d'auteur était raisonnable. Par conséquent, les tarifs minimums pour l'octroi des droits d'auteur des artistes sur des œuvres existantes peuvent être inclus dans les accords-cadres négociés en vertu de la LSA.

(2) La LSA et la Loi sur le droit d'auteur n'entrent pas en conflit l'une avec l'autre

[20] La seconde question à traiter est de savoir si la conclusion susmentionnée — à savoir que les

artists' services" includes the provision of copyrights for existing works — results in a conflict with the *Copyright Act*.

[21] In drafting the SAA, Parliament is presumed to have knowledge of the *Copyright Act* and to have intended that the two statutes not conflict (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at pp. 205 and 325). The SAA's explicit reference to the *Copyright Act* in s. 6(2)(b)(i) supports that presumption. In the absence of evidence of conflict or that one of these laws is intended to provide an exhaustive declaration of the applicable law, the two statutes must be read together in a manner that allows them to work in a complementary fashion.

[22] The collective bargaining conducted by artists' associations such as CARFAC/RAAV under the SAA in respect of scale agreements covering existing artistic works does not contradict any provision of the *Copyright Act*. Artists' associations are simply bargaining agents. They have not taken or granted, and do not purport to have taken or granted, any assignment or exclusive licence, or any property interest, in any artist's copyright (see *Euro-Excellence Inc. v. Kraft Canada Inc.*, 2007 SCC 37, [2007] 3 S.C.R. 20, at paras. 26-28). For this reason, s. 13(4) of the *Copyright Act*, which requires assignments and grants of exclusive licences of copyrights to be in writing, is not applicable.

[23] An artists' association's function is to bargain with producers for the fixing of what is analogous to a minimum wage for any artist who may agree to provide his or her artistic work to the producer. Establishing a minimum fee for the use of existing works does not affect any of the rights conferred on copyright holders under s. 3 of the *Copyright Act*. Minimum fees may, in some circumstances, affect whether and under what conditions artists will provide a producer with the right to use their artistic works, namely preventing an artist from doing so if no producer is willing to offer him or her the minimum amount under the applicable scale agreement. Ultimately, however, the decision of whether

« prestations de services des artistes » comprennent l'octroi des droits d'auteur sur des œuvres existantes — crée un conflit avec la *Loi sur le droit d'auteur*.

[21] Il faut présumer qu'au moment où il a rédigé la LSA, le législateur connaissait la *Loi sur le droit d'auteur* et voulait éviter tout conflit entre ces deux lois (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5^e éd. 2008), p. 205 et 325). La mention explicite de la *Loi sur le droit d'auteur* au sous-al. 6(2)b)(i) de la LSA appuie cette présomption en l'espèce. En l'absence de preuve démontrant qu'il existe un conflit ou qu'une de ces lois est censée énoncer de manière exhaustive le droit applicable, il faut lire les deux lois en corrélation de façon à ce qu'elles puissent s'appliquer de manière complémentaire.

[22] La négociation collective engagée par des associations d'artistes comme le CARFAC/RAAV sous le régime de la LSA relativement aux accords-cadres visant des œuvres artistiques existantes ne contredit aucune disposition de la *Loi sur le droit d'auteur*. Les associations d'artistes ne sont que des agents négociateurs. Elles n'ont ni acquis ni accordé, notamment par voie de cession ou de licence exclusive, quelque intérêt de propriété que ce soit sur le droit d'auteur d'un artiste, et elles ne prétendent pas le faire (voir *Euro-Excellence Inc. c. Kraft Canada Inc.*, 2007 CSC 37, [2007] 3 R.C.S. 20, par. 26-28). Pour cette raison, le par. 13(4) de la *Loi sur le droit d'auteur*, suivant lequel les cessions et les licences exclusives de droits d'auteur doivent être rédigées par écrit, ne s'applique pas.

[23] Une association d'artistes a pour fonction de négocier avec les producteurs afin de fixer ce qui est analogue au salaire minimum de tout artiste qui peut accepter de fournir son œuvre à un producteur. L'établissement d'un tarif minimum pour l'utilisation d'œuvres existantes n'a d'incidence sur aucun des droits conférés aux titulaires de droits d'auteur aux termes de l'art. 3 de la *Loi sur le droit d'auteur*. Dans certaines situations, le tarif minimum peut influencer les conditions, s'il en est, auxquelles des artistes accorderont à un producteur le droit d'utiliser leurs œuvres, c'est-à-dire empêcher un artiste de le faire si aucun producteur n'est disposé à lui offrir le montant minimum prescrit par l'accord-cadre

or not to provide the right to use an artistic work remains with the copyright holder.

[24] The above interpretation causes no conflict with the *Copyright Act*'s provisions regarding collective societies. As counsel for CARFAC/RAAV acknowledged at the oral hearing, minimum fees for existing works do not apply to or bind collective societies such as SODRAC. Collective societies have the power to determine tariffs for the works in which they hold the copyright, subject to the approval of the Copyright Board. However, the SAA and the Tribunal precedent are clear, and none of the parties to this appeal disagree: scale agreements do not bind collective societies. The SAA only governs the professional relations between federal governmental producers, as defined by that Act, and artists insofar as they choose to retain their copyrights.

[25] Artists therefore have two options when dealing with federal governmental producers for the use of their existing works. One option is to assign or license their copyright to a collective society or appoint that society as their authorized agent. In that case, tariffs set under the *Copyright Act*, and not the SAA and any scale agreements for their sector, will apply to the works. The other option is to deal directly with the producer, in which case they will be bound by any applicable SAA scale agreements. Within this option, artists may either accept the minimum fees, terms and conditions set out in the scale agreements and model contracts, or they can attempt to negotiate higher fees or more favourable terms.

C. Duty to Bargain in Good Faith

[26] Counsel for the NGC confirmed at oral hearing that if the Court concluded that minimum fees for the use of existing works may be included in scale agreements, the NGC would be willing to negotiate such fees. As this is, in essence, the outcome sought by CARFAC/RAAV, the issue of whether the NGC

applicable. Toutefois, la décision d'accorder ou non le droit d'utiliser une œuvre appartient en définitive au titulaire du droit d'auteur.

[24] L'interprétation qui précède n'est pas incompatible avec les dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur* relatives aux sociétés de gestion. Comme l'avocat du CARFAC/RAAV l'a reconnu à l'audience, les tarifs minimums des œuvres existantes ne s'appliquent pas aux sociétés de gestion comme la SODRAC, et ne les lient pas. Les sociétés de gestion ont le pouvoir de fixer les tarifs des œuvres dont elles sont titulaires du droit d'auteur, sous réserve de l'approbation de la Commission du droit d'auteur. Cependant, la LSA et la jurisprudence du Tribunal sont claires, et aucune des parties au présent pourvoi n'est en désaccord : les accords-cadres ne lient pas les sociétés de gestion. La LSA ne régit que les relations de travail entre les producteurs qui relèvent du gouvernement fédéral, au sens de la loi, et les artistes, dans la mesure où ils choisissent de conserver leurs droits d'auteur.

[25] Les artistes ont donc deux possibilités quand ils traitent avec les producteurs relevant du gouvernement fédéral pour l'utilisation de leurs œuvres existantes. Premièrement, ils peuvent céder ou concéder par licence leur droit d'auteur à une société de gestion ou nommer cette société comme leur agent autorisé. Dans ce cas, les tarifs fixés sous le régime de la *Loi sur le droit d'auteur*, et non sous celui de la LSA et de tout accord-cadre conclu pour leur secteur, s'appliqueront aux œuvres en question. Deuxièmement, ils peuvent traiter directement avec le producteur, auquel cas ils seront liés par tout accord-cadre applicable au titre de la LSA. Dans ce dernier cas, les artistes peuvent soit accepter les tarifs minimums et les conditions énoncés dans les accords-cadres et les contrats types, soit tenter de négocier des tarifs supérieurs ou des conditions plus favorables.

C. L'obligation de négocier de bonne foi

[26] L'avocat du MBAC a confirmé à l'audience que, si la Cour concluait à la possibilité d'inclure dans les accords-cadres les tarifs minimums pour l'utilisation d'œuvres existantes, le MBAC serait disposé à négocier ces tarifs. Puisque c'est essentiellement ce que demande le CARFAC/RAAV en l'espèce, il

failed to bargain in good faith need not be examined in depth.

[27] The Tribunal focused on “the manner in which the negotiations were conducted”, though it also considered the content of the negotiations (para. 121 (emphasis added)). The Tribunal’s reasons set out in detail the facts supporting its conclusion that the NGC did not bargain in good faith (paras. 122-52). In brief, the Tribunal found that, despite raising some initial concerns in June 2003, the NGC did not seek to exclude minimum fees for existing artistic works from the draft scale agreement on the basis of its interpretation of the *Copyright Act* until October 2007.

[28] In light of this history, the Tribunal noted that the NGC did not follow the parties’ established practice of exchanging draft scale agreements prior to their meetings when it presented its revised draft scale agreement immediately after the legal opinion it had obtained was first discussed (paras. 123, 136, 138-39 and 147). It concluded that “putting forward such a proposal [that excluded minimum fees for the use of existing artistic works from the scale agreement] and taking a rigid stance which it should be known the other party could never accept must necessarily constitute a breach of the duty to bargain in good faith” (para. 151).

[29] It appears from the reasons that the Tribunal extensively canvassed the facts and the law regarding good faith bargaining. In proceedings before this Court, the NGC raised certain facts to support its argument that it had not failed to meet its duty to bargain in good faith. The Tribunal’s reasons demonstrate that it was aware of those facts, namely that the NGC had expressed reservations about including minimum fees for the use of existing works in a negotiated scale agreement, that the NGC relied upon a legal opinion to refuse to include such minimum fees in the scale agreement, and that the NGC expressed a willingness to negotiate alternative solutions and remaining issues after presenting the revised draft scale agreement (paras. 124 and

n’est pas nécessaire d’examiner en profondeur la question de savoir si le MBAC a omis de négocier de bonne foi.

[27] Le Tribunal s’est concentré sur « la manière dont les négociations ont été menées », bien qu’il ait aussi examiné le contenu des négociations (par. 121 (je souligne)). Il a exposé en détail dans ses motifs les faits qui lui permettent de conclure que le MBAC n’avait pas négocié de bonne foi (par. 122-152). En bref, le Tribunal a conclu que, même si le MBAC avait exprimé quelques préoccupations en juin 2003, il n’a pas cherché avant octobre 2007 à exclure du projet d’accord-cadre les tarifs minimums des œuvres existantes sur la foi de son interprétation de la *Loi sur le droit d’auteur*.

[28] Compte tenu de ces faits, le Tribunal a signalé que le MBAC avait dérogé à la pratique établie par les parties — qui consistait à s’échanger des projets d’accord-cadre avant leurs réunions — lorsqu’il a présenté son projet révisé d’accord-cadre tout de suite après que l’avis juridique qu’il avait obtenu a été abordé la première fois (par. 123, 136, 138-139 et 147). Le Tribunal a conclu que « présenter une proposition [qui excluait de l’accord-cadre les tarifs minimums pour l’utilisation d’œuvres existantes] ou adopter une position inflexible alors que l’on devrait savoir que l’autre partie ne pourra jamais l’accepter constitue nécessairement un manquement à cette obligation de négocier de bonne foi » (par. 151).

[29] Il appert des motifs du Tribunal que celui-ci a examiné en profondeur les faits et le droit en matière de négociation de bonne foi. Devant notre Cour, le MBAC a invoqué certains faits à l’appui de son argument qu’il n’avait pas manqué à son obligation de négocier de bonne foi. Le Tribunal a démontré dans ses motifs qu’il avait connaissance de ces faits, à savoir que le MBAC avait exprimé des réserves à propos de l’inclusion de tarifs minimums pour l’utilisation d’œuvres existantes dans un accord-cadre négocié, qu’il s’était appuyé sur un avis juridique pour refuser d’inclure de tels tarifs minimums dans l’accord-cadre, et qu’il s’était dit disposé à négocier des solutions de rechange et autres questions à régler après avoir présenté le projet révisé d’accord-cadre

140-42). The Tribunal nonetheless concluded that the NGC had failed to bargain in good faith.

[30] On a reasonableness review, it is not for courts to reweigh the evidence considered by the tribunal (*Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at para. 64, *per* Binnie J.). In view of the findings of fact of the Tribunal, it cannot be said that its decision is unreasonable.

III. Conclusion

[31] The appeal is allowed and the Tribunal's order is reinstated. Costs are awarded to the appellants CARFAC and RAAV on the appeals before this Court and the Federal Court of Appeal.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellants: Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck, Ottawa.

Solicitors for the respondent: Lapointe Rosenstein Marchand Melançon, Montréal; Gowlings, Ottawa.

Solicitors for the interveners the Writers Guild of Canada and the Canadian Screenwriters Collection Society: Ursel Phillips Fellows Hopkinson, Toronto.

Solicitors for the interveners Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs du Canada and SODRAC 2003 Inc.: Matteau Poirier avocats inc., Montréal.

(par. 124 et 140-142). Le Tribunal a néanmoins conclu que le MBAC n'avait pas négocié de bonne foi.

[30] Dans l'appréciation de la raisonnable, il n'appartient pas aux tribunaux judiciaires de soulever à nouveau la preuve examinée par le tribunal administratif (*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, par. 64, le juge Binnie). Vu les conclusions de fait du Tribunal, sa décision ne saurait être qualifiée de déraisonnable.

III. Conclusion

[31] Le pourvoi est accueilli et l'ordonnance du Tribunal est rétablie. Les appelants, le CARFAC et le RAAV, ont droit aux dépens devant notre Cour et la Cour d'appel fédérale.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs des appelants : Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck, Ottawa.

Procureurs de l'intimé : Lapointe Rosenstein Marchand Melançon, Montréal; Gowlings, Ottawa.

Procureurs des intervenantes Writers Guild of Canada et Canadian Screenwriters Collection Society : Ursel Phillips Fellows Hopkinson, Toronto.

Procureurs des intervenantes la Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs du Canada et SODRAC 2003 Inc. : Matteau Poirier avocats inc., Montréal.

Matthew David Spencer *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**Director of Public Prosecutions,
Attorney General of Ontario,
Attorney General of Alberta,
Privacy Commissioner of Canada,
Canadian Civil Liberties Association and
Criminal Lawyers' Association
of Ontario** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. SPENCER

2014 SCC 43

File No.: 34644.

2013: December 9; 2014: June 13.*

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
SASKATCHEWAN

Constitutional law — Charter of Rights — Search and seizure — Privacy — Police having information that IP address used to access or download child pornography — Police asking Internet service provider to voluntarily provide name and address of subscriber assigned to IP address — Police using information to obtain search warrant for accused's residence — Whether police conducted unconstitutional search by obtaining subscriber information matching IP address — Whether evidence obtained as a result should be excluded — Whether fault element of making child pornography available requires proof of positive facilitation — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 163.1(3), (4), 487.014(1) — Personal Information Protection and Electronic Documents Act,

Matthew David Spencer *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Directeur des poursuites pénales,
procureur général de l'Ontario,
procureur général de l'Alberta,
commissaire à la protection de la vie
privée du Canada, Association canadienne
des libertés civiles et Criminal Lawyers'
Association of Ontario** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. SPENCER

2014 CSC 43

N° du greffe : 34644.

2013 : 9 décembre; 2014 : 13 juin*.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
SASKATCHEWAN

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies — Protection des renseignements personnels — Police détenant des renseignements selon lesquels une adresse IP a été utilisée pour avoir accès à de la pornographie juvénile ou pour la télécharger — Demande de la police au fournisseur de services Internet de lui fournir volontairement le nom et l'adresse de l'abonnée à qui appartient l'adresse IP — Utilisation de ces renseignements par la police pour obtenir un mandat lui permettant de perquisitionner dans la résidence de l'accusé — La police a-t-elle effectué une fouille ou une perquisition inconstitutionnelle lorsqu'elle a obtenu les renseignements relatifs à l'abonnée à qui appartenait l'adresse IP? — La preuve ainsi obtenue devrait-elle être

* A motion to amend the reasons was granted on November 6, 2014, amending para. 12. The amendments are included in these reasons.

* Une requête en modification des motifs a été accordée le 6 novembre 2014 modifiant le par. 12. Les modifications ont été incorporées dans les présents motifs.

S.C. 2000, c. 5, s. 7(3)(c.1)(ii) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

The police identified the Internet Protocol (IP) address of a computer that someone had been using to access and store child pornography through an Internet file-sharing program. They then obtained from the Internet Service Provider (ISP), without prior judicial authorization, the subscriber information associated with that IP address. The request was purportedly made pursuant to s. 7(3)(c.1)(ii) of the *Personal Information Protection and Electronic Documents Act (PIPEDA)*. This led them to the accused. He had downloaded child pornography into a folder that was accessible to other Internet users using the same file-sharing program. He was charged and convicted at trial of possession of child pornography and acquitted on a charge of making it available. The Court of Appeal upheld the conviction, however set aside the acquittal on the making available charge and ordered a new trial.

Held: The appeal should be dismissed.

Whether there is a reasonable expectation of privacy in the totality of the circumstances is assessed by considering and weighing a large number of interrelated factors. The main dispute in this case turns on the subject matter of the search and whether the accused's subjective expectation of privacy was reasonable. The two circumstances relevant to determining the reasonableness of his expectation of privacy in this case are the nature of the privacy interest at stake and the statutory and contractual framework governing the ISP's disclosure of subscriber information.

When defining the subject matter of a search, courts have looked not only at the nature of the precise information sought, but also at the nature of the information that it reveals. In this case, the subject matter of the search was not simply a name and address of someone in a contractual relationship with the ISP. Rather, it was the

écartée? — L'élément de faute de l'infraction qui consiste à rendre accessible la pornographie juvénile exige-t-il la preuve d'un appui délibéré? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 163.1(3), (4), 487.014(1) — Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques, L.C. 2000, ch. 5, art. 7(3)(c.1)(ii) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

La police a découvert l'adresse de protocole Internet (IP) de l'ordinateur qu'une personne avait utilisé pour accéder à de la pornographie juvénile et pour la stocker à l'aide d'un programme de partage de fichiers. Elle a ensuite obtenu auprès du fournisseur de services Internet (FSI), sans autorisation judiciaire préalable, les renseignements relatifs à l'abonnée à qui appartenait cette adresse IP. Il s'agit d'une demande qui aurait été fondée sur le sous-al. 7(3)(c.1)(ii) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques (LPRPDE)*. Les policiers ont ainsi découvert l'accusé. Celui-ci avait téléchargé de la pornographie juvénile à partir d'Internet avant de sauvegarder les fichiers en question dans un répertoire qui était accessible à d'autres internautes utilisateurs du même programme de partage de fichiers. L'accusé a été inculpé et déclaré coupable au procès de possession de pornographie juvénile, mais il a été acquitté de l'accusation de la rendre accessible. La Cour d'appel a confirmé la déclaration de culpabilité; elle a cependant annulé l'acquiescement et ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

On détermine s'il existe une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée, compte tenu de l'ensemble des circonstances, en examinant et en sou-pesant un grand nombre de facteurs interreliés. Dans la présente affaire, le litige porte principalement sur l'objet de la fouille ou de la perquisition et sur la question de savoir si l'attente subjective de l'accusé en matière de vie privée était raisonnable. Les deux éléments pertinents pour déterminer le caractère raisonnable de son attente au respect de sa vie privée sont, d'une part, la nature de l'intérêt en matière de vie privée qui est en jeu et, d'autre part, le cadre législatif et contractuel régissant la communication par le FSI des renseignements relatifs à l'abonnée.

Pour définir l'objet d'une fouille ou d'une perquisition, les tribunaux examinent non seulement la nature des renseignements précis recherchés, mais aussi la nature des renseignements qui sont ainsi révélés. En l'espèce, la fouille ou la perquisition n'avait pas simplement pour objet le nom et l'adresse d'une personne qui était liée

identity of an Internet subscriber which corresponded to particular Internet usage.

The nature of the privacy interest engaged by the state conduct turns on the privacy of the area or the thing being searched and the impact of the search on its target, not the legal or illegal nature of the items sought. In this case, the primary concern is with informational privacy. Informational privacy is often equated with secrecy or confidentiality, and also includes the related but wider notion of control over, access to and use of information. However, particularly important in the context of Internet usage is the understanding of privacy as anonymity. The identity of a person linked to their use of the Internet must be recognized as giving rise to a privacy interest beyond that inherent in the person's name, address and telephone number found in the subscriber information. Subscriber information, by tending to link particular kinds of information to identifiable individuals, may implicate privacy interests relating to an individual's identity as the source, possessor or user of that information. Some degree of anonymity is a feature of much Internet activity and depending on the totality of the circumstances, anonymity may be the foundation of a privacy interest that engages constitutional protection against unreasonable search and seizure. In this case, the police request to link a given IP address to subscriber information was in effect a request to link a specific person to specific online activities. This sort of request engages the anonymity aspect of the informational privacy interest by attempting to link the suspect with anonymously undertaken online activities, activities which have been recognized in other circumstances as engaging significant privacy interests.

There is no doubt that the contractual and statutory framework may be relevant to, but not necessarily determinative of, whether there is a reasonable expectation of privacy. In this case, the contractual and statutory frameworks overlap and the relevant provisions provide little assistance in evaluating the reasonableness of the accused's expectation of privacy. Section 7(3)(c.1)(ii) of *PIPEDA* cannot be used as a factor to weigh against the

par contrat au FSI. Il s'agissait plutôt de l'identité d'une abonnée aux services Internet à qui correspondait une utilisation particulière de ces services.

La nature de l'intérêt en matière de vie privée visé par l'action de l'État tient au caractère privé du lieu ou de l'objet visé par la fouille ou la perquisition ainsi qu'aux conséquences de cette dernière pour la personne qui en fait l'objet, et non à la nature légale ou illégale de la chose recherchée. En l'espèce, on s'intéresse principalement au caractère privé des renseignements personnels. Ce dernier est souvent assimilé à la confidentialité. Il comprend également la notion connexe, mais plus large, de contrôle sur l'accès à l'information et sur l'utilisation des renseignements. L'anonymat en tant que facette particulière dans le contexte de l'utilisation d'Internet. Il faut reconnaître que l'identité d'une personne liée à son utilisation d'Internet donne naissance à un intérêt en matière de vie privée qui a une portée plus grande que celui inhérent à son nom, à son adresse et à son numéro de téléphone qui figurent parmi les renseignements relatifs à l'abonné. En établissant un lien entre des renseignements particuliers et une personne identifiable, les renseignements relatifs à l'abonné peuvent compromettre les droits en matière de vie privée quant à l'identité d'une personne en tant que source, possesseur ou utilisateur des renseignements visés. Un certain degré d'anonymat est propre à beaucoup d'activités menées sur Internet et l'anonymat pourrait donc, compte tenu de l'ensemble des circonstances, servir de fondement au droit à la vie privée visé par la protection constitutionnelle contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. En l'espèce, la demande de la police, dans le but d'établir un lien entre une adresse IP donnée et les renseignements relatifs à l'abonnée, visait en fait à établir un lien entre une personne précise et des activités en ligne précises. Ce genre de demande concerne, en ce qui a trait aux renseignements personnels, le droit à la vie privée relatif à l'anonymat puisqu'elle vise à établir un lien entre le suspect et des activités entreprises en ligne sous le couvert de l'anonymat, activités qui, comme on l'a reconnu dans d'autres circonstances, mettent en jeu d'importants droits en matière de vie privée.

Il ne fait aucun doute que les cadres législatif et contractuel peuvent aussi être pertinents, mais pas nécessairement déterminants, quant à la question de savoir s'il existe une attente raisonnable en matière de vie privée. En l'espèce, les cadres contractuel et législatif se chevauchent et les dispositions applicables ne sont guère utiles pour évaluer le caractère raisonnable de l'attente de l'accusé au respect de sa vie privée. Le sous-al. 7(3)c.1(ii)

existence of a reasonable expectation of privacy since the proper interpretation of the relevant provision itself depends on whether such a reasonable expectation of privacy exists. It would be reasonable for an Internet user to expect that a simple request by police would not trigger an obligation to disclose personal information or defeat *PIPEDA*'s general prohibition on the disclosure of personal information without consent. The contractual provisions in this case support the existence of a reasonable expectation of privacy. The request by the police had no lawful authority in the sense that while the police could ask, they had no authority to compel compliance with that request. In the totality of the circumstances of this case, there is a reasonable expectation of privacy in the subscriber information. Therefore, the request by the police that the ISP voluntarily disclose such information amounts to a search.

Whether the search in this case was lawful will be dependent on whether the search was authorized by law. Neither s. 487.014(1) of the *Criminal Code*, nor *PIPEDA* creates any police search and seizure powers. Section 487.014(1) is a declaratory provision that confirms the existing common law powers of police officers to make enquiries. *PIPEDA* is a statute whose purpose is to increase the protection of personal information. Since in the circumstances of this case the police do not have the power to conduct a search for subscriber information in the absence of exigent circumstances or a reasonable law, the police do not gain a new search power through the combination of a declaratory provision and a provision enacted to promote the protection of personal information. The conduct of the search in this case therefore violated the *Charter*. Without the subscriber information obtained by the police, the warrant could not have been obtained. It follows that if that information is excluded from consideration as it must be because it was unconstitutionally obtained, there were not adequate grounds to sustain the issuance of the warrant and the search of the residence was therefore unlawful and violated the *Charter*.

de la *LPRPDE* ne peut être considéré comme un des facteurs défavorables à l'existence d'une attente raisonnable en matière de vie privée puisque l'interprétation juste de la disposition applicable dépend elle-même de l'existence d'une telle attente raisonnable en matière de vie privée. Il serait raisonnable que l'internaute s'attende à ce qu'une simple demande faite par la police n'entraîne pas l'obligation de communiquer les renseignements personnels en question ou n'écarte pas l'interdiction générale prévue par la *LPRPDE* quant à la communication de renseignements personnels sans le consentement de l'intéressé. Les dispositions du contrat en l'espèce justifient l'existence d'une attente raisonnable en matière de vie privée. La demande de renseignements n'était pas étayée par la source de l'autorité légitime de la police, en ce sens que cette dernière pouvait formuler une demande, mais ne détenait pas l'autorité pour obliger le fournisseur à s'y conformer. Compte tenu de l'ensemble des circonstances de la présente affaire, il existe une attente raisonnable en matière de vie privée à l'égard des renseignements relatifs à l'abonnée. La demande faite par la police visant la communication volontaire par le FSI de renseignements de cette nature constitue donc une fouille.

La question de savoir si la fouille effectuée en l'espèce était légitime est subordonnée à celle de savoir si elle était autorisée par la loi. Ni le par. 487.014(1) du *Code criminel*, ni la *LPRPDE* n'ont pour effet de conférer à la police des pouvoirs en matière de fouilles, de perquisitions ou de saisies. Le paragraphe 487.014(1) est une disposition déclaratoire qui confirme les pouvoirs de common law permettant aux policiers de formuler des questions. La *LPRPDE* est une loi qui a pour objet d'accroître la protection des renseignements personnels. Puisque, en l'espèce, les policiers n'avaient pas le pouvoir d'effectuer une fouille ou une perquisition pour obtenir des renseignements relatifs à l'abonnée en l'absence de circonstances contraignantes ou d'une loi qui n'a rien d'abusif, ils ne peuvent obtenir un nouveau pouvoir en matière de fouille ou de perquisition par l'effet combiné d'une disposition déclaratoire et d'une disposition adoptée afin de favoriser la protection des renseignements personnels. L'exécution de la fouille ou de la perquisition en l'espèce violait donc la *Charte*. Si les renseignements relatifs à l'abonnée ne lui avaient pas été communiqués, la police n'aurait pas pu obtenir le mandat. Par conséquent, si ces renseignements sont écartés (ce qui doit être le cas, parce qu'ils ont été obtenus d'une façon inconstitutionnelle), il n'y avait aucun motif valable justifiant la délivrance d'un mandat. La fouille ou la perquisition à la résidence était donc abusive et violait la *Charte*.

The police, however, were acting by what they reasonably thought were lawful means to pursue an important law enforcement purpose. The nature of the police conduct in this case would not tend to bring the administration of justice into disrepute. While the impact of the *Charter*-infringing conduct on the *Charter*-protected interests of the accused weighs in favour of excluding the evidence, the offences here are serious. Society has a strong interest in the adjudication of the case and also in ensuring the justice system remains above reproach in its treatment of those charged with these serious offences. Balancing the three factors, the exclusion of the evidence rather than its admission would bring the administration of justice into disrepute. The admission of the evidence is therefore upheld.

There is no dispute that the accused in a prosecution under s. 163.1(3) of the *Criminal Code* must be proved to have had knowledge that the pornographic material was being made available. This does not require however, that the accused must knowingly, by some positive act, facilitate the availability of the material. The offence is complete once the accused knowingly makes pornography available to others. Given that wilful blindness was a live issue and that the trial judge's error in holding that a positive act was required to meet the *mens rea* component of the making available offence resulted in his not considering the wilful blindness issue, the error could reasonably be thought to have had a bearing on the trial judge's decision to acquit. The order for a new trial is affirmed.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Ward*, 2012 ONCA 660, 112 O.R. (3d) 321; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. United Food and Commercial Workers, Local 401*, 2013 SCC 62, [2013] 3 S.C.R. 733; *R. v. Patrick*, 2009 SCC 17, [2009] 1 S.C.R. 579; *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34; *R. v. Gomboc*, 2010 SCC 55, [2010] 3 S.C.R. 211; *R. v. Trapp*, 2011 SKCA 143, 377 Sask. R. 246; *R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456; *R. v. A.M.*, 2008 SCC 19, [2008] 1 S.C.R. 569; *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403; *McInerney v. MacDonald*, [1992] 2 S.C.R. 138; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527; *R. v. Morelli*, 2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253; *R. v. Vu*, 2013 SCC 60, [2013] 3 S.C.R. 657; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265;

Les policiers se sont toutefois servi de ce qu'ils croyaient raisonnablement être des moyens légitimes pour poursuivre un objectif important visant l'application de la loi. Par sa nature, la conduite des policiers en l'espèce ne serait pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Bien que l'incidence de la conduite attentatoire sur les droits de l'accusé garantis par la *Charte* favorise l'exclusion de la preuve, les infractions reprochées en l'espèce sont graves. La société a un intérêt manifeste à ce que l'affaire soit jugée et à ce que le fonctionnement du système de justice demeure irréprochable au regard des individus accusés de ces infractions graves. Une mise en balance de ces trois facteurs permet de conclure que c'est l'exclusion de la preuve, et non son admission, qui serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. L'admission de la preuve est donc confirmée.

Il n'est pas contesté que, dans le cadre d'une poursuite sous le régime du par. 163.1(3) du *Code criminel*, il faut prouver que l'accusé avait connaissance du fait que le matériel pornographique était rendu accessible à d'autres personnes. Il n'est toutefois pas nécessaire que l'accusé doive sciemment, par une certaine action délibérée, faciliter l'accessibilité au matériel. Les éléments de l'infraction sont tous réunis lorsque l'accusé rend sciemment la pornographie accessible à d'autres personnes. Puisque l'aveuglement volontaire était une question en litige et que l'erreur du juge du procès — lorsqu'il a conclu qu'il était nécessaire d'accomplir une action délibérée pour satisfaire à l'exigence de la *mens rea* de l'infraction de rendre accessible — lui a fait omettre l'examen de cette question, il serait raisonnable de penser que cette erreur a eu une incidence sur le verdict d'acquiescement. L'ordonnance prescrivant la tenue d'un nouveau procès est confirmée.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *R. c. Ward*, 2012 ONCA 660, 112 O.R. (3d) 321; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 401*, 2013 CSC 62, [2013] 3 R.C.S. 733; *R. c. Patrick*, 2009 CSC 17, [2009] 1 R.C.S. 579; *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34; *R. c. Gomboc*, 2010 CSC 55, [2010] 3 R.C.S. 211; *R. c. Trapp*, 2011 SKCA 143, 377 Sask. R. 246; *R. c. Kang-Brown*, 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456; *R. c. A.M.*, 2008 CSC 19, [2008] 1 R.C.S. 569; *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403; *McInerney c. MacDonald*, [1992] 2 R.C.S. 138; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527; *R. c. Morelli*, 2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253; *R. c. Vu*, 2013 CSC 60, [2013] 3 R.C.S.

R. v. McNeice, 2010 BCSC 1544 (CanLII); *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353; *R. v. Briscoe*, 2010 SCC 13, [2010] 1 S.C.R. 411; *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 163.1(3), (4), 487.014.
Freedom of Information and Protection of Privacy Act, S.S. 1990-91, c. F-22.01, s. 29(2)(g).
Personal Information Protection and Electronic Documents Act, S.C. 2000, c. 5, ss. 3, 5(3), 7, Sch. 1, cl. 4.3.

Authors Cited

Canada. Report of the Task Force established by the Department of Communications/Department of Justice. *Privacy and Computers*. Ottawa: Information Canada, 1972.

Gleicher, Nathaniel. “Neither a Customer Nor a Subscriber Be: Regulating the Release of User Information on the World Wide Web” (2009), 118 *Yale L.J.* 1945.

Guterman, Melvin. “A Formulation of the Value and Means Models of the Fourth Amendment in the Age of Technologically Enhanced Surveillance” (1988), 39 *Syracuse L. Rev.* 647.

Hubbard, Robert W., Peter DeFreitas and Susan Magotiaux. “The Internet — Expectations of Privacy in a New Context” (2002), 45 *Crim. L.Q.* 170.

Hunt, Chris D. L. “Conceptualizing Privacy and Elucidating its Importance: Foundational Considerations for the Development of Canada’s Fledgling Privacy Tort” (2011), 37 *Queen’s L.J.* 167.

Paton-Simpson, Elizabeth. “Privacy and the Reasonable Paranoid: The Protection of Privacy in Public Places” (2000), 50 *U.T.L.J.* 305.

Slane, Andrea, and Lisa M. Austin. “What’s In a Name? Privacy and Citizenship in the Voluntary Disclosure of Subscriber Information in Online Child Exploitation Investigations” (2011), 57 *Crim. L.Q.* 486.

Westin, Alan F. *Privacy and Freedom*. New York: Atheneum, 1970.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (Cameron, Ottenbreit and Caldwell JJ.A.), 2011 SKCA 144, 377 Sask. R. 280, 528 W.A.C. 280, [2012] 4 W.W.R. 425, 283 C.C.C. (3d) 384, [2011] S.J. No. 729 (QL), 2011 CarswellSask 786, affirming the accused’s conviction for

657; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. McNeice*, 2010 BCSC 1544 (CanLII); *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *R. c. Briscoe*, 2010 CSC 13, [2010] 1 R.C.S. 411; *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 163.1(3), (4), 487.014.
Freedom of Information and Protection of Privacy Act, S.S. 1990-91, ch. F-22.01, art. 29(2)(g).
Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques, L.C. 2000, ch. 5, art. 3, 5(3), 7, ann. 1, art. 4.3.

Doctrine et autres documents cités

Canada. Rapport du groupe d’étude établi conjointement par le ministère des Communications et le ministère de la Justice. *L’ordinateur et la vie privée*. Ottawa : Information Canada, 1972.

Gleicher, Nathaniel. « Neither a Customer Nor a Subscriber Be : Regulating the Release of User Information on the World Wide Web » (2009), 118 *Yale L.J.* 1945.

Guterman, Melvin. « A Formulation of the Value and Means Models of the Fourth Amendment in the Age of Technologically Enhanced Surveillance » (1988), 39 *Syracuse L. Rev.* 647.

Hubbard, Robert W., Peter DeFreitas and Susan Magotiaux. « The Internet — Expectations of Privacy in a New Context » (2002), 45 *Crim. L.Q.* 170.

Hunt, Chris D. L. « Conceptualizing Privacy and Elucidating its Importance : Foundational Considerations for the Development of Canada’s Fledgling Privacy Tort » (2011), 37 *Queen’s L.J.* 167.

Paton-Simpson, Elizabeth. « Privacy and the Reasonable Paranoid : The Protection of Privacy in Public Places » (2000), 50 *U.T.L.J.* 305.

Slane, Andrea, and Lisa M. Austin. « What’s In a Name? Privacy and Citizenship in the Voluntary Disclosure of Subscriber Information in Online Child Exploitation Investigations » (2011), 57 *Crim. L.Q.* 486.

Westin, Alan F. *Privacy and Freedom*. New York : Atheneum, 1970.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Saskatchewan (les juges Cameron, Ottenbreit et Caldwell), 2011 SKCA 144, 377 Sask. R. 280, 528 W.A.C. 280, [2012] 4 W.W.R. 425, 283 C.C.C. (3d) 384, [2011] S.J. No. 729 (QL), 2011 CarswellSask 786, qui a confirmé la déclaration de culpabilité

possession of child pornography and setting aside the accused's acquittal for making available child pornography entered by Foley J., 2009 SKQB 341, 361 Sask. R. 1, [2009] S.J. No. 798 (QL), 2009 CarswellSask 905, and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Aaron A. Fox, Q.C., and Darren Kraushaar, for the appellant.

Anthony B. Gerein, for the respondent.

Ronald C. Reimer and David Schermbrucker, for the interveners the Director of Public Prosecutions.

Susan Magotiaux and Allison Dellandrea, for the interveners the Attorney General of Ontario.

Jolaine Antonio, for the interveners the Attorney General of Alberta.

Mahmud Jamal, Patricia Kosseim, Daniel Caron and Sarah Speevak, for the interveners the Privacy Commissioner of Canada.

Anil K. Kapoor and Lindsay L. Daviau, for the interveners the Canadian Civil Liberties Association.

Jonathan Dawe and Jill R. Presser, for the interveners the Criminal Lawyers' Association of Ontario.

The judgment of the Court was delivered by

CROMWELL J. —

I. Introduction

[1] The Internet raises a host of new and challenging questions about privacy. This appeal relates to one of them.

[2] The police identified the Internet Protocol (IP) address of a computer that someone had been

de l'accusé quant à l'infraction de possession de pornographie juvénile et annulé son acquittement quant à l'infraction de rendre accessible la pornographie juvénile prononcés par le juge Foley, 2009 SKQB 341, 361 Sask. R. 1, [2009] S.J. No. 798 (QL), 2009 CarswellSask 905, et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Aaron A. Fox, c.r., et Darren Kraushaar, pour l'appelant.

Anthony B. Gerein, pour l'intimée.

Ronald C. Reimer et David Schermbrucker, pour l'intervenant le directeur des poursuites pénales.

Susan Magotiaux et Allison Dellandrea, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Jolaine Antonio, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Mahmud Jamal, Patricia Kosseim, Daniel Caron et Sarah Speevak, pour l'intervenant le commissaire à la protection de la vie privée du Canada.

Anil K. Kapoor et Lindsay L. Daviau, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Jonathan Dawe et Jill R. Presser, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CROMWELL —

I. Introduction

[1] L'existence d'Internet remet en question la protection de la vie privée et soulève une multitude de questions inédites et épineuses à cet égard. Le présent pourvoi porte sur une de ces questions.

[2] La police a découvert l'adresse de protocole Internet (IP) de l'ordinateur qu'une personne avait

using to access and store child pornography through an Internet file-sharing program. They then obtained from the Internet Service Provider (ISP), without prior judicial authorization, the subscriber information associated with that IP address. This led them to the appellant, Mr. Spencer. He had downloaded child pornography into a folder that was accessible to other Internet users using the same file-sharing program. He was charged and convicted at trial of possession of child pornography and acquitted on a charge of making it available.

[3] At trial, Mr. Spencer claimed that the police had conducted an unconstitutional search by obtaining subscriber information matching the IP address and that the evidence obtained as a result should be excluded. He also testified that he did not know that others could have access to the shared folder and argued that he therefore did not knowingly make the material in the folder available to others. The trial judge concluded that there had been no breach of Mr. Spencer's right to be secure against unreasonable searches and seizures. However, he was of the view that the "making available" offence required some "positive facilitation" of access to the pornography, which Mr. Spencer had not done, and further he believed Mr. Spencer's evidence that he did not know that others could access his folder so that the fault element (*mens rea*) of the offence had not been proved. The judge therefore convicted Mr. Spencer of the possession offence, but acquitted him of the making available charge.

[4] The Court of Appeal upheld the conviction for possession of child pornography, agreeing with the trial judge that obtaining the subscriber information was not a search and holding that even if it were a search, it would have been reasonable. The court, however, set aside the acquittal on the making available charge on the basis that the trial judge had been wrong to require proof of positive facilitation

utilisé pour accéder à de la pornographie juvénile et pour la stocker à l'aide d'un programme de partage de fichiers. Les policiers ont ensuite obtenu auprès du fournisseur de services Internet (FSI), sans autorisation judiciaire préalable, les renseignements relatifs à l'abonnée à qui appartenait cette adresse IP. Ils ont ainsi découvert l'appelant, M. Spencer. Celui-ci avait téléchargé de la pornographie juvénile dans un répertoire qui était accessible à d'autres internautes utilisateurs du même programme de partage de fichiers. M. Spencer a été inculpé, puis, au procès, déclaré coupable de possession de pornographie juvénile et acquitté de l'infraction de rendre accessible de la pornographie juvénile.

[3] Au procès, M. Spencer a fait valoir que la police avait effectué une fouille ou une perquisition inconstitutionnelle lorsqu'elle a obtenu les renseignements relatifs à l'abonnée à qui appartenait l'adresse IP et que la preuve ainsi obtenue devait être écartée. Il a également déclaré dans son témoignage qu'il ignorait que d'autres personnes pouvaient avoir accès au répertoire partagé et qu'il n'a donc pas sciemment rendu les fichiers accessibles. Le juge du procès a conclu qu'il n'y avait pas eu de violation du droit de M. Spencer à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. Il a toutefois estimé que pour être déclaré coupable de l'infraction de « rendre accessible » il faut avoir donné un certain [TRADUCTION] « appui délibéré » à l'accès à la pornographie, ce que M. Spencer n'avait pas fait. Il a également jugé que la déposition de M. Spencer selon laquelle il ignorait que d'autres personnes pouvaient avoir accès à son répertoire était véridique, de sorte que l'élément de faute de cette infraction (*mens rea*) n'avait pas été établi. Le juge a donc déclaré M. Spencer coupable de l'infraction de possession, mais l'a acquitté de l'accusation de rendre accessible.

[4] La Cour d'appel a confirmé la déclaration de culpabilité pour possession de pornographie juvénile, souscrivant à la conclusion du juge du procès selon laquelle le fait d'obtenir les renseignements relatifs à l'abonnée ne constituait pas une fouille ou une perquisition et concluant que, même s'il y en avait eu une, elle aurait été raisonnable. La cour a cependant annulé l'acquiescement quant à l'accusation

of access by others to the material. A new trial was ordered on this charge.

de rendre accessible au motif que le juge du procès avait eu tort d'exiger la preuve d'un appui délibéré à l'accès aux fichiers par d'autres personnes et elle a ordonné la tenue d'un nouveau procès quant à ce chef d'accusation.

[5] The appeal to this Court raises four issues which I would resolve as follows:

[5] Le présent pourvoi soulève quatre questions auxquelles je suis d'avis de répondre comme suit :

1. Did the police obtaining the subscriber information matching the IP address from the ISP constitute a search?

1. L'obtention par la police, auprès du FSI, des renseignements sur l'abonnée à qui appartenait l'adresse IP constitue-t-elle une fouille ou une perquisition?

In my view, it did.

Je suis d'avis que oui.

2. If so, was the search authorized by law?

2. Si oui, la fouille ou la perquisition était-elle autorisée par la loi?

In my view, it was not.

Je suis d'avis que non.

3. If not, should the evidence obtained as a result be excluded?

3. Sinon, la preuve ainsi obtenue devrait-elle être écartée?

In my view, the evidence should not be excluded.

J'estime que la preuve ne devrait pas être écartée.

4. Did the trial judge err with respect to the fault element of the "making available" offence?

4. Le juge du procès a-t-il commis une erreur relativement à l'élément de faute de l'infraction qui consiste à « rendre accessible »?

The judge did err and I would uphold the Court of Appeal's order for a new trial.

Le juge a effectivement commis une erreur et je suis d'avis de confirmer l'ordonnance de la Cour d'appel visant la tenue d'un nouveau procès.

II. Analysis

II. Analyse

- A. *Did the Police Obtaining the Subscriber Information Matching the IP Address From the ISP Constitute a Search?*

- A. *L'obtention par la police, auprès du FSI, des renseignements sur l'abonnée à qui appartenait l'adresse IP constitue-t-elle une fouille ou une perquisition?*

[6] Mr. Spencer maintains that the police were conducting a search when they obtained the subscriber information associated with the IP address from the ISP, Shaw Communications Inc. The respondent Crown takes the opposite view. I agree with Mr. Spencer on this point. I will first set out a

[6] Monsieur Spencer soutient que la police effectuait une fouille ou une perquisition lorsqu'elle a obtenu, auprès du FSI, Shaw Communications Inc., les renseignements relatifs à l'abonnée à qui appartenait l'adresse IP en cause en l'espèce. Le ministère public intimé adopte le point de vue

summary of the relevant facts then turn to the legal analysis.

(1) Facts and Judicial History

[7] Mr. Spencer, who lived with his sister, connected to the Internet through an account registered in his sister's name. He used the file-sharing program LimeWire on his desktop computer to download child pornography from the Internet. LimeWire is a free peer-to-peer file-sharing program that, at the time, anyone could download onto their computer. Peer-to-peer systems such as LimeWire allow users to download files directly from the computers of other users. LimeWire does not have one central database of files, but instead relies on its users to share their files directly with others. It is commonly used to download music and movies and can also be used to download both adult and child pornography. It was Mr. Spencer's use of the file-sharing software that brought him to the attention of the police and which ultimately led to the search at issue in this case.

[8] Det. Sgt. Darren Parisien (then Cst.) of the Saskatoon Police Service, by using publicly available software, searched for anyone sharing child pornography. He could access whatever another user of the software had in his or her shared folder. In other words, he could "see" what other users of the file-sharing software could "see". He could also obtain two numbers related to a given user: the IP address that corresponds to the particular Internet connection through which a computer accesses the Internet at the time and the globally unique identifier (GUID) number assigned to each computer using particular software. The IP address of the computer from which shared material is obtained is displayed as part of the file-sharing process. There is little information in the record about the nature of IP addresses in general or the IP addresses provided

contraire. Je suis d'accord avec M. Spencer sur ce point. Je présenterai tout d'abord un résumé des faits pertinents; je procéderai ensuite à l'analyse juridique.

(1) Les faits et l'historique judiciaire

[7] Monsieur Spencer, qui habitait avec sa sœur, se connectait à Internet à partir d'un compte ouvert au nom de cette dernière. Il utilisait le programme de partage de fichiers LimeWire sur son ordinateur pour télécharger de la pornographie juvénile à partir d'Internet. LimeWire est un logiciel gratuit de partage de fichiers poste à poste que chacun pouvait télécharger à l'époque sur son ordinateur. Les systèmes poste à poste, comme LimeWire, permettent aux utilisateurs de télécharger des fichiers directement à partir des ordinateurs d'autres utilisateurs. LimeWire ne comporte pas de base de données centrale. Il compte plutôt sur ses utilisateurs qui partagent directement leurs fichiers avec d'autres utilisateurs. Le logiciel est couramment utilisé pour télécharger de la musique et des films, mais il peut aussi servir à télécharger de la pornographie tant adulte que juvénile. C'est l'utilisation du programme de partage de fichiers par M. Spencer qui a retenu l'attention de la police et qui a finalement mené à la fouille ou à la perquisition qui fait l'objet du présent litige.

[8] À l'aide d'un logiciel accessible au public, l'agent Darren Parisien (nommé sergent-détective depuis), du Service de police de Saskatoon, a recherché des personnes qui partageaient des fichiers de pornographie juvénile. Il pouvait accéder au contenu des répertoires partagés appartenant à d'autres utilisateurs du logiciel. Autrement dit, il pouvait [TRADUCTION] « voir » ce que d'autres utilisateurs du programme de partage de fichiers pouvaient « voir ». Il pouvait également obtenir deux numéros associés à un utilisateur donné : l'adresse IP correspondant à la connexion Internet établie par un ordinateur et l'identificateur global unique (GUID), soit le numéro associé à chaque ordinateur qui utilise un logiciel donné. L'adresse IP de l'ordinateur à partir duquel on obtient des fichiers partagés est affichée dans le cadre du processus de partage de

by Shaw to its subscribers. There is a description in *R. v. Ward*, 2012 ONCA 660, 112 O.R. (3d) 321, at paras. 21-26, which also notes some of the differences that may exist among IP addresses. For the purposes of this case, what we know is that the IP address obtained by Det. Sgt. Parisien matched computer activity at the particular point in time that he was observing that activity.

[9] Det. Sgt. Parisien generated a list of IP addresses for computers that had shared what he believed to be child pornography. He then ran that list of IP addresses against a database which matches IP addresses with approximate locations. He found that one of the IP addresses was suspected to be in Saskatoon, with Shaw as the ISP.

[10] Det. Sgt. Parisien then determined that Mr. Spencer's computer was online and connected to LimeWire. As a result, he (along with any LimeWire user) was able to browse the shared folder. He saw an extensive amount of what he believed to be child pornography. What he lacked was knowledge of where exactly the computer was and who was using it.

[11] To connect the computer usage to a location and potentially a person, investigators made a written "law enforcement request" to Shaw for the subscriber information including the name, address and telephone number of the customer using that IP address. The request, which was purportedly made pursuant to s. 7(3)(c.1)(ii) of the *Personal Information Protection and Electronic Documents Act*, S.C. 2000, c. 5 (*PIPEDA*), indicated that police were investigating an offence under the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, pertaining to child pornography and the Internet and that the subscriber information was being sought as part of an ongoing investigation. (The full text of the relevant statutory provisions is set out in an Appendix.) Investigators

fichiers. Il y a peu de renseignements au dossier sur la nature des adresses IP en général ou des adresses IP que Shaw fournit à ses abonnés. Dans l'arrêt *R. c. Ward*, 2012 ONCA 660, 112 O.R. (3d) 321, par. 21-26, on trouve une description de certaines des différences qui existent entre les adresses IP. Pour les besoins de l'espèce, une chose est certaine : l'adresse IP qu'a obtenue le sergent-détective Parisien correspondait aux activités informatiques qui se déroulaient au moment précis où il les observait.

[9] Le sergent-détective Parisien a dressé une liste des adresses IP correspondant aux ordinateurs qui avaient été utilisés pour le partage de ce qu'il estimait être de la pornographie juvénile. Il a ensuite comparé cette liste aux renseignements figurant dans une base de données qui permet d'associer des adresses IP à des emplacements approximatifs. Il a découvert qu'une des adresses IP semblait se trouver à Saskatoon et que Shaw était le FSI.

[10] Le sergent-détective Parisien a ensuite déterminé que l'ordinateur de M. Spencer était connecté à Internet ainsi qu'à LimeWire. Par conséquent, le sergent-détective (ainsi que tout autre utilisateur du logiciel LimeWire) pouvait parcourir le répertoire partagé du suspect. Il a vu une grande quantité de ce qu'il estimait être de la pornographie juvénile. Il ne connaissait cependant pas l'emplacement exact de l'ordinateur ni l'identité de son utilisateur.

[11] Pour établir un lien entre les activités informatiques en question et un emplacement précis, et potentiellement une personne, les enquêteurs ont présenté par écrit à Shaw une [TRADUCTION] « demande de la part des autorités d'application de la loi » en vue d'obtenir des renseignements relatifs à l'abonnée qui utilisait cette adresse IP, soit, notamment, son nom, son adresse et son numéro de téléphone. La demande — qui aurait été fondée sur le sous-al. 7(3)c.1(ii) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, ch. 5 (*LPRPDE*) — indiquait que la police enquêtait sur une infraction prévue au *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, relative à la pornographie juvénile et à Internet et

did not have or try to obtain a production order (i.e. the equivalent of a search warrant in this context).

[12] Shaw complied with the request and provided the name, address and telephone number of the customer associated with the IP address, Mr. Spencer's sister. With this information in hand, the police obtained a warrant to search Ms. Spencer's home (where Mr. Spencer lived) and seize his computer, which they did. The search of Mr. Spencer's computer revealed about 50 child pornography images and two child pornography videos.

[13] Mr. Spencer was charged with possessing child pornography contrary to s. 163.1(4) of the *Criminal Code* and making child pornography available over the Internet contrary to s. 163.1(3). There is no dispute that the images found in his shared folder were child pornography.

[14] At trial, Mr. Spencer sought to exclude the evidence found on his computer on the basis that the police actions in obtaining his address from Shaw without prior judicial authorization amounted to an unreasonable search contrary to s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The trial judge rejected this contention and convicted Mr. Spencer of the possession count. On appeal, the Saskatchewan Court of Appeal upheld the judge's decision with respect to the search issue.

(2) Was the Request to Shaw a Search?

[15] Under s. 8 of the *Charter*, "[e]veryone has the right to be secure against unreasonable search or seizure." This Court has long emphasized the need

que les renseignements relatifs à l'abonnée étaient demandés aux fins d'une enquête qui était en cours. (Les dispositions législatives pertinentes sont reproduites en annexe.) Les enquêteurs n'avaient pas obtenu ni tenté d'obtenir une ordonnance de communication (c.-à-d. l'équivalent d'un mandat de perquisition dans ce contexte).

[12] Shaw a donné suite à la demande et a fourni le nom, l'adresse et le numéro de téléphone de la sœur de M. Spencer, la cliente à qui appartenait l'adresse IP. À l'aide de ces renseignements, la police a obtenu un mandat permettant de perquisitionner dans la résidence de M^{me} Spencer, où habitait M. Spencer, et de saisir l'ordinateur de celui-ci, ce que les policiers ont fait. La fouille de l'ordinateur de M. Spencer a permis de découvrir environ 50 images et deux vidéos de pornographie juvénile.

[13] Monsieur Spencer a été accusé de possession de pornographie juvénile, infraction décrite au par. 163.1(4) du *Code criminel*, et de rendre accessible de la pornographie juvénile sur Internet, en contravention du par. 163.1(3). Le fait que les images trouvées dans son répertoire partagé constituaient de la pornographie juvénile n'est pas contesté.

[14] Au procès, M. Spencer a tenté de faire écarter les éléments de preuve découverts sur son ordinateur au motif que les mesures prises sans autorisation judiciaire préalable par les policiers, en vue d'obtenir son adresse auprès de Shaw, correspondaient à une fouille ou à une perquisition abusive et contrevenaient à l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge du procès a rejeté cette prétention et déclaré M. Spencer coupable de l'infraction de possession. La Cour d'appel de la Saskatchewan a confirmé la décision du juge relativement à la question de la fouille ou de la perquisition.

(2) La demande adressée à Shaw constituait-elle une fouille ou une perquisition?

[15] Suivant l'article 8 de la *Charte*, « [c]haque personne a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives. » La Cour insiste

for a purposive approach to s. 8 that emphasizes the protection of privacy as a prerequisite to individual security, self-fulfilment and autonomy as well as to the maintenance of a thriving democratic society: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at pp. 156-57; *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, at pp. 427-28; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, at pp. 292-93; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432, at paras. 12-16; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. United Food and Commercial Workers, Local 401*, 2013 SCC 62, [2013] 3 S.C.R. 733, at para. 22.

[16] The first issue is whether this protection against unreasonable searches and seizures was engaged here. That depends on whether what the police did to obtain the subscriber information matching the IP address was a search or seizure within the meaning of s. 8 of the *Charter*. The answer to this question turns on whether, in the totality of the circumstances, Mr. Spencer had a reasonable expectation of privacy in the information provided to the police by Shaw. If he did, then obtaining that information was a search.

[17] We assess whether there is a reasonable expectation of privacy in the totality of the circumstances by considering and weighing a large number of interrelated factors. These include both factors related to the nature of the privacy interests implicated by the state action and factors more directly concerned with the expectation of privacy, both subjectively and objectively viewed, in relation to those interests: see, e.g., *Tessling*, at para. 38; *Ward*, at para. 65. The fact that these considerations must be looked at in the “totality of the circumstances” underlines the point that they are often interrelated, that they must be adapted to the circumstances of the particular case and that they must be looked at as a whole.

depuis longtemps sur la nécessité d’adopter, à l’égard de l’art. 8, une approche téléologique axée principalement sur la protection de la vie privée considérée comme une condition préalable à la sécurité individuelle, à l’épanouissement personnel et à l’autonomie ainsi qu’au maintien d’une société démocratique prospère : *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 156-157; *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, p. 427-428; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, p. 292-293; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432, par. 12-16; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Travailleurs et travailleuses unis de l’alimentation et du commerce, section locale 401*, 2013 CSC 62, [2013] 3 R.C.S. 733, par. 22.

[16] En premier lieu, il s’agit de savoir si cette protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives s’applique en l’espèce. Pour le savoir, il faut déterminer si les mesures prises par la police en vue d’obtenir les renseignements sur l’abonnée à qui appartenait l’adresse IP constituaient une fouille, une perquisition ou une saisie au sens de l’art. 8 de la *Charte*. Pour ce faire, il faut déterminer si, compte tenu de l’ensemble des circonstances, M. Spencer s’attendait raisonnablement au respect du caractère privé des renseignements fournis par Shaw à la police. Si tel était le cas, l’obtention de ces renseignements constituait une fouille ou une perquisition.

[17] On détermine s’il existe une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée, compte tenu de l’ensemble des circonstances, en examinant et en soupesant un grand nombre de facteurs interreliés qui comprennent à la fois des facteurs relatifs à la nature des droits en matière de vie privée visés par l’action de l’État et des facteurs qui ont trait plus directement à l’attente en matière de respect de la vie privée, considérée tant subjectivement qu’objectivement, par rapport à ces droits : voir, p. ex., *Tessling*, par. 38; *Ward*, par. 65. La nécessité d’examiner ces éléments compte tenu de « l’ensemble des circonstances » fait ressortir le fait qu’ils sont souvent interdépendants, qu’ils doivent être adaptés aux circonstances de chaque cas, et qu’ils doivent être considérés dans leur ensemble.

[18] The wide variety and number of factors that may be considered in assessing the reasonable expectation of privacy can be grouped under four main headings for analytical convenience: (1) the subject matter of the alleged search; (2) the claimant's interest in the subject matter; (3) the claimant's subjective expectation of privacy in the subject matter; and (4) whether this subjective expectation of privacy was objectively reasonable, having regard to the totality of the circumstances: *Tessling*, at para. 32; *R. v. Patrick*, 2009 SCC 17, [2009] 1 S.C.R. 579, at para. 27; *R. v. Cole*, 2012 SCC 53, [2012] 3 S.C.R. 34, at para. 40. However, this is not a purely factual inquiry. The reasonable expectation of privacy standard is normative rather than simply descriptive: *Tessling*, at para. 42. Thus, while the analysis is sensitive to the factual context, it is inevitably "laden with value judgments which are made from the independent perspective of the reasonable and informed person who is concerned about the long-term consequences of government action for the protection of privacy": *Patrick*, at para. 14; see also *R. v. Gomboc*, 2010 SCC 55, [2010] 3 S.C.R. 211, at para. 34, and *Ward*, at paras. 81-85.

[19] I can deal quite briefly with two aspects of the appeal. The trial judge in this case held that there was no subjective expectation of privacy in this case: 2009 SKQB 341, 361 Sask. R. 1, at para. 18. However, as I will explain below, the trial judge reached this conclusion by incorrectly defining the subject matter of the search. On the proper understanding of the scope of the search, Mr. Spencer's subjective expectation of privacy in his online activities can readily be inferred from his use of the network connection to transmit sensitive information: *Cole*, at para. 43. Mr. Spencer's direct interest in the subject matter of the search is equally clear. Though he was not personally a party to the contract with the ISP, he had access to the Internet with the permission of the subscriber and his use of the Internet was by means of his own computer in his own place of residence.

[18] La grande variété et le nombre important de facteurs pouvant être pris en considération pour évaluer les attentes raisonnables en matière de respect de la vie privée peuvent être regroupés, par souci de commodité, en quatre grandes catégories : (1) l'objet de la fouille ou de la perquisition contestée; (2) le droit du demandeur à l'égard de l'objet; (3) l'attente subjective du demandeur en matière de respect de sa vie privée relativement à l'objet; et (4) la question de savoir si cette attente subjective en matière de respect de la vie privée était objectivement raisonnable, eu égard à l'ensemble des circonstances : *Tessling*, par. 32; *R. c. Patrick*, 2009 CSC 17, [2009] 1 R.C.S. 579, par. 27; *R. c. Cole*, 2012 CSC 53, [2012] 3 R.C.S. 34, par. 40. Il ne s'agit toutefois pas d'un examen purement factuel. L'attente raisonnable en matière de vie privée est de nature normative et non simplement descriptive : *Tessling*, par. 42. Ainsi, même si l'analyse du droit au respect de la vie privée tient compte du contexte factuel, elle « abonde [inévitavelmente] en jugements de valeur énoncés du point de vue indépendant de la personne raisonnable et bien informée, qui se soucie des conséquences à long terme des actions gouvernementales sur la protection du droit au respect de la vie privée privée » : *Patrick*, par. 14; voir aussi *R. c. Gomboc*, 2010 CSC 55, [2010] 3 R.C.S. 211, par. 34, et *Ward*, par. 81-85.

[19] Quelques brefs commentaires suffiront pour traiter deux aspects du pourvoi. Selon le juge du procès, il n'y avait pas d'attente subjective en matière de vie privée dans la présente affaire : 2009 SKQB 341, 361 Sask. R. 1, par. 18. Toutefois, comme je vais l'expliquer ultérieurement, la conclusion du juge du procès reposait sur une définition inexacte de l'objet de la fouille ou de la perquisition. Selon une interprétation juste de cet objet, l'attente subjective de M. Spencer au respect du caractère privé de ses activités en ligne peut aisément être déduite de son utilisation de la connexion réseau pour transmettre des renseignements sensibles : *Cole*, par. 43. L'intérêt direct de M. Spencer à l'égard de l'objet de la fouille ou de la perquisition est également manifeste. Même s'il n'était pas personnellement parti au contrat conclu avec le FSI, il avait accès à Internet avec la permission de l'abonnée et il l'utilisait au moyen de son propre ordinateur, à son lieu de résidence.

[20] The main dispute in this case thus turns on the subject matter of the search and whether Mr. Spencer's subjective expectation of privacy was reasonable. The two circumstances relevant to determining the reasonableness of his expectation of privacy in this case are the nature of the privacy interest at stake and the statutory and contractual framework governing the ISP's disclosure of subscriber information.

[21] In this case, I have found it helpful to look first at the subject matter of the search, then at the nature of the privacy interests implicated by the state actions and then finally at the governing contractual and statutory framework. While these subjects are obviously interrelated, approaching the analysis under these broad headings provides a degree of focus while permitting full examination of the "totality of the circumstances".

(a) *The Subject Matter of the Search*

[22] Mr. Spencer alleges that the police request to Shaw is a state action that constitutes a search or seizure for the purposes of s. 8 of the *Charter*. We must therefore consider what the subject matter of that request was in order to be able to identify the privacy interests that were engaged by it.

[23] In many cases, defining the subject matter of the police action that is alleged to be a search is straightforward. In others, however, it is not. This case falls into the latter category. The parties and the courts below have markedly divergent perspectives on this important issue, a divergence which is reflected in the jurisprudence: see, for example, the authorities reviewed in *Ward*, at para. 3.

[24] Mr. Spencer contends that the subject matter of the alleged search was core biographical data, revealing intimate and private information about the people living at the address provided by Shaw which matched the IP address. The Crown, on the

[20] Dans la présente affaire, le litige porte donc principalement sur l'objet de la fouille ou de la perquisition et sur la question de savoir si l'attente subjective de M. Spencer en matière de vie privée était raisonnable. Les deux éléments pertinents pour déterminer le caractère raisonnable de son attente au respect de sa vie privée sont, d'une part, la nature de l'intérêt en matière de vie privée qui est en jeu et, d'autre part, le cadre législatif et contractuel régissant la communication par le FSI des renseignements relatifs à l'abonnée.

[21] En l'espèce, j'ai jugé utile d'examiner d'abord l'objet de la fouille ou de la perquisition, ensuite la nature des droits en matière de vie privée que mettent en jeu les actes de l'État et, enfin, le cadre législatif et contractuel applicable. Il s'agit manifestement d'éléments interreliés, mais l'analyse axée sur ces vastes catégories assure une certaine précision tout en permettant d'examiner de manière exhaustive « l'ensemble des circonstances ».

a) *L'objet de la fouille ou de la perquisition*

[22] Selon M. Spencer, c'est la demande faite à Shaw par la police qui constitue l'action de l'État correspondant à une fouille, à une perquisition ou à une saisie aux fins de l'application de l'art. 8 de la *Charte*. Nous devons donc examiner l'objet de cette demande pour pouvoir déterminer quels étaient les droits en jeu en matière de vie privée.

[23] Dans bien des cas, il est facile de définir l'objet de l'action de la police qui, selon les allégations, constitue une fouille ou une perquisition. Ce n'est par contre pas toujours ainsi; et la présente espèce appartient à cette seconde catégorie. Les parties et les tribunaux de juridiction inférieure ont adopté des positions nettement divergentes sur cette question importante, situation qui se retrouve également dans la jurisprudence : voir, par exemple, les décisions mentionnées dans l'arrêt *Ward*, par. 3.

[24] Monsieur Spencer fait valoir que l'objet de la fouille ou de la perquisition contestée comportait des renseignements d'ordre biographique, soit des renseignements personnels et confidentiels sur les personnes habitant à l'adresse fournie par Shaw

other hand, maintains that the subject matter of the alleged search was simply a name, address and telephone number matching a publicly available IP address.

[25] These divergent views were reflected in the decisions of the Saskatchewan courts. The trial judge adopted the Crown's view that what the police sought and obtained was simply generic information that does not touch on the core of Mr. Spencer's biographical information. Ottenbreit J.A. in the Court of Appeal was of largely the same view. For him, the information sought by the police in this case simply established the identity of the contractual user of the IP address. The fact that this information might eventually reveal a good deal about the activity of identifiable individuals on the Internet was, for him, "neither here nor there": 2011 SKCA 144, 377 Sask. R. 280, at para. 110 (see also *R. v. Trapp*, 2011 SKCA 143, 377 Sask. R. 246, at paras. 119-24 and 134). In contrast to this approach, Caldwell J.A. (Cameron J.A. concurring on this point) held that in characterizing the subject matter of the alleged search, it is important to look beyond the "mundane" subscriber information such as name and address (para. 22). The potential of that information to reveal intimate details of the lifestyle and personal choices of the individual must also be considered: see also *Trapp*, per Cameron J.A., at paras. 33-37.

[26] I am in substantial agreement with Caldwell and Cameron J.A. on this point. While, in many cases, defining the subject matter of the search will be uncontroversial, in cases in which it is more difficult, the Court has taken a broad and functional approach to the question, examining the connection between the police investigative technique and the privacy interest at stake. The Court has looked at not only the nature of the precise information sought, but also at the nature of the information that it reveals.

qui correspondait à l'adresse IP. Pour sa part, le ministère public soutient que la fouille ou la perquisition contestée visait plutôt simplement le nom, l'adresse et le numéro de téléphone correspondant à une adresse IP accessible au public.

[25] Les tribunaux de la Saskatchewan ont exprimé les mêmes opinions divergentes. Le juge du procès a adopté le point de vue du ministère public selon lequel la police n'avait recherché et obtenu que des renseignements d'ordre général qui ne correspondent pas à des données d'ordre biographique relatives à M. Spencer. Le juge Ottenbreit de la Cour d'appel a partagé en grande partie la même opinion. À son avis, les renseignements recherchés par la police en l'espèce ne faisaient qu'établir l'identité de l'utilisateur de l'adresse IP qui était désigné dans le contrat. La possibilité que ces renseignements finissent par révéler plusieurs aspects des activités menées par des personnes identifiables sur Internet était [TRADUCTION] « sans importance » : 2011 SKCA 144, 377 Sask. R. 280, par. 110 (voir également *R. c. Trapp*, 2011 SKCA 143, 377 Sask. R. 246, par. 119-124 et 134). Par contre, selon le juge Caldwell (le juge Cameron a souscrit à son opinion à ce sujet), lorsqu'il s'agit de qualifier l'objet d'une fouille ou d'une perquisition contestée, il faut aller au-delà des renseignements [TRADUCTION] « banals » relatifs à l'abonné, tels son nom et son adresse (par. 22). Il faut aussi tenir compte de la possibilité que ces renseignements révèlent des détails intimes sur le mode de vie et les choix personnels de l'individu : voir également l'arrêt *Trapp*, le juge Cameron, par. 33-37.

[26] Je souscris pour l'essentiel aux conclusions formulées sur ce point par les juges Caldwell et Cameron de la Cour d'appel. Dans bien des cas, la définition de l'objet de la fouille ou de la perquisition fait l'unanimité. Cependant, dans les cas qui posent davantage de difficultés à cet égard, la Cour a adopté dans le passé une approche large et fonctionnelle, en examinant le lien entre la technique d'enquête utilisée par la police et l'intérêt en matière de vie privée qui est en jeu. La Cour a examiné non seulement la nature des renseignements précis recherchés, mais aussi la nature des renseignements qui sont ainsi révélés.

[27] A number of decisions of the Court reflect this approach. I begin with *Plant*. There, the Court, dealing with informational privacy, stressed the strong claim to privacy in relation to information that is at the “biographical core of personal information which individuals in a free and democratic society would wish to maintain and control from dissemination to the state”: p. 293. Importantly, the Court went on to make clear that s. 8 protection is accorded not only to the information which is itself of that nature, but also to “information which tends to reveal intimate details of the lifestyle and personal choices of the individual”: *ibid.* (emphasis added).

[28] *Tessling* took the same approach, although it led to a different conclusion. The subject matter of the alleged search was held to be the heat emitted from the surface of a building. The Forward Looking Infra-Red (FLIR) imaging technique was used to help assess the activities that transpired inside a house, but the heat emissions by themselves could not distinguish between one heat source and another. In short, the heat emanations were, on their own, meaningless because they did not permit any inferences about the precise activity giving rise to the heat: paras. 35-36. The critical question was: what inferences about activity inside the home — admittedly a highly private zone — did the FLIR images support?

[29] I turn next to *R. v. Kang-Brown*, 2008 SCC 18, [2008] 1 S.C.R. 456, and the companion appeal in *R. v. A.M.*, 2008 SCC 19, [2008] 1 S.C.R. 569. While the Court divided on other points, it was unanimous in holding that the dog sniff of Mr. Kang-Brown’s bag constituted a search. As explained by both Deschamps and Bastarache JJ., the dog sniffing at the air in the vicinity of the bag functioned as an investigative procedure that allowed for a “strong, immediate and direct inference” about what was or was not inside the bag: Deschamps J., at paras. 174-75; Bastarache J., at para. 227. Thus, while the “information” obtained by the sniffer dog was simply the smell of the air outside the bag, the dog’s

[27] Plusieurs arrêts de la Cour reflètent cette approche. J’examinerai d’abord l’arrêt *Plant*. Dans cette affaire concernant des aspects informationnels de la vie privée, la Cour a insisté sur le droit garanti au respect de la vie privée relativement à des renseignements « biographiques d’ordre personnel que les particuliers pourraient, dans une société libre et démocratique, vouloir constituer et soustraire à la connaissance de l’État » : p. 293. Fait important, la Cour a ensuite précisé que la protection garantie par l’art. 8 vise non seulement les renseignements de cette nature, mais aussi les « renseignements tendant à révéler des détails intimes sur le mode de vie et les choix personnels de l’individu » : *ibid.* (je souligne).

[28] La Cour a suivi la même approche dans l’arrêt *Tessling*, mais elle a tiré une conclusion différente. Dans cette affaire, il a été conclu que l’objet de la perquisition contestée était la chaleur émanant de la surface d’un édifice. La technique d’imagerie FLIR (système infrarouge à vision frontale) a servi à évaluer les activités qu’il y avait à l’intérieur d’une résidence, mais les émanations de chaleur ne permettaient pas, à elles seules, de distinguer les sources de chaleur. Bref, les émanations de chaleur n’avaient, en elles-mêmes, aucune signification, parce qu’elles ne permettaient pas de déduire quelle activité précise produisait la chaleur : par. 35-36. La question cruciale portait sur la nature des activités que permettaient de déduire les images FLIR et qui se déroulaient à l’intérieur de la résidence — nous en conviendrons, un lieu de nature éminemment privée.

[29] Je passe maintenant à l’arrêt *R. c. Kang-Brown*, 2008 CSC 18, [2008] 1 R.C.S. 456, et au pourvoi connexe *R. c. A.M.*, 2008 CSC 19, [2008] 1 R.C.S. 569. La Cour était divisée sur d’autres points, mais elle a conclu à l’unanimité que la vérification du sac de M. Kang-Brown à l’aide d’un chien renifleur constituait une fouille. Comme l’ont expliqué les juges Deschamps et Bastarache, en décelant ce qu’il y avait dans l’air à proximité du sac, le chien a servi d’outil d’enquête et son intervention a « immédiatement et directement permis [aux policiers] de faire une forte inférence » quant au contenu du sac : la juge Deschamps, par. 174-175; le juge Bastarache, par. 227. Ainsi,

reaction to it provided the police with a strong inference as to what was inside. As Binnie J. put it in *A.M.* (which concerned a dog sniff of the accused's backpack), "[b]y use of the dog, the policeman could 'see' through the concealing fabric of the backpack": para. 67.

[30] How to characterize the subject matter of an alleged search was addressed by the Court most recently in *Gomboc*. While the Court was divided on other matters, it was unanimous about the framework that must be applied in considering the subject matter of a "search". The Court considered the strength of the inference between data derived from a digital recording ammeter (DRA) and particular activities going on in a residence in assessing whether use of the DRA constituted a search. Abella J. (Binnie and LeBel JJ. concurring) took into account "the strong and reliable inference that can be made from the patterns of electricity consumption . . . as to the presence within the home of one particular activity": para. 81 (emphasis added). The Chief Justice and Fish J. referred to the fact that the DRA data "sheds light on private activities within the home": para. 119. Deschamps J. (Charron, Rothstein and Cromwell JJ. concurring) spoke in terms of the extent to which the DRA data was revealing of activities in the home: para. 38.

[31] Thus, it is clear that the tendency of information sought to support inferences in relation to other personal information must be taken into account in characterizing the subject matter of the search. The correct approach was neatly summarized by Doherty J.A. in *Ward*, at para. 65. When identifying the subject matter of an alleged search, the court must not do so "narrowly in terms of the physical acts involved or the physical space invaded,

bien que les « informations » recueillies par le chien renifleur tenaient simplement de l'odeur qu'il y avait dans l'air à l'extérieur du sac, la réaction du chien a permis aux policiers de faire une forte inférence quant au contenu du sac. Comme l'a indiqué le juge Binnie dans l'arrêt *A.M.* (qui portait sur l'intervention d'un chien renifleur pour vérifier le sac à dos de l'accusé), « [e]n se servant du chien, le policier a pu "voir" à travers le tissu opaque du sac à dos » : par. 67.

[30] La façon de définir l'objet d'une fouille ou d'une perquisition contestée a été examinée pour la dernière fois par la Cour dans l'arrêt *Gomboc*. Bien qu'elle fût divisée sur d'autres questions, elle s'est prononcée à l'unanimité sur le cadre d'analyse à appliquer pour déterminer l'objet d'une « fouille ou [d'une] perquisition ». Dans cette affaire, la Cour a examiné la fiabilité des inférences qu'il est possible de tirer à partir des données enregistrées à l'aide d'un ampèremètre numérique muni d'un enregistreur (AN) au sujet d'activités données se déroulant à l'intérieur d'une résidence pour déterminer si l'utilisation de l'ampèremètre constituait une fouille ou une perquisition. La juge Abella (avec l'accord des juges Binnie et LeBel) a tenu compte « de la solidité et de la fiabilité des inférences pouvant être tirées à partir des cycles de consommation d'électricité [. . .] relativement à la tenue d'une activité particulière à une adresse » : par. 81 (je souligne). La Juge en chef et le juge Fish ont affirmé que les données enregistrées par l'AN « éclairent sur les activités privées se déroulant à l'intérieur de la maison » : par. 119. La juge Deschamps (avec l'accord des juges Charron, Rothstein et Cromwell) s'est demandé dans quelle mesure les données enregistrées par l'AN révèlent les activités qui se déroulent à l'intérieur de la maison : par. 38.

[31] Ainsi, il est évident que, pour définir l'objet de la fouille ou de la perquisition, il faut tenir compte de la tendance qui consiste à chercher à obtenir des renseignements pour permettre d'en tirer des inférences au sujet d'autres renseignements qui, eux, sont de nature personnelle. La méthode qu'il convient d'adopter a été clairement résumée par le juge Doherty au par. 65 de l'arrêt *Ward*. Lorsqu'elle est appelée à identifier l'objet

but rather by reference to the nature of the privacy interests potentially compromised by the state action”: *ibid.*

[32] Applying this approach to the case at hand, I substantially agree with the conclusion reached by Cameron J.A. in *Trapp* and adopted by Caldwell J.A. in this case. The subject matter of the search was not simply a name and address of someone in a contractual relationship with Shaw. Rather, it was the identity of an Internet subscriber which corresponded to particular Internet usage. As Cameron J.A. put it, at para. 35 of *Trapp*:

To label information of this kind as mere “subscriber information” or “customer information”, or nothing but “name, address, and telephone number information”, tends to obscure its true nature. I say this because these characterizations gloss over the significance of an IP address and what such an address, once identified with a particular individual, is capable of revealing about that individual, including the individual’s online activity in the home.

[33] Here, the subject matter of the search is the identity of a subscriber whose Internet connection is linked to particular, monitored Internet activity.

(b) *Nature of the Privacy Interest Potentially Compromised by the State Action*

[34] The nature of the privacy interest engaged by the state conduct is another facet of the totality of the circumstances and an important factor in assessing the reasonableness of an expectation of privacy. The Court has previously emphasized an understanding of informational privacy as confidentiality and control of the use of intimate information about oneself. In my view, a somewhat

d’une fouille ou d’une perquisition contestée, une cour ne doit pas adopter une approche [TRADUCTION] « restrictive qui porte sur les actions commises ou sur l’espace envahi, mais plutôt une approche fondée sur la nature des droits en matière de vie privée auxquels l’action de l’État pourrait porter atteinte » : *ibid.*

[32] Si on applique cette méthode en l’espèce, je souscris pour l’essentiel à la conclusion tirée par le juge Cameron dans l’arrêt *Trapp* et adoptée par le juge Caldwell de la Cour d’appel dans la présente affaire. La fouille n’avait pas simplement pour objet le nom et l’adresse d’une personne qui était liée par contrat à Shaw. Il s’agissait plutôt de l’identité d’une abonnée aux services Internet à qui correspondait une utilisation particulière de ces services. Comme l’a affirmé le juge Cameron au par. 35 de l’arrêt *Trapp* :

[TRADUCTION] Qualifier de tels renseignements de simples « renseignements relatifs à l’abonné » ou de « renseignements sur le client » ou encore de rien d’autre que de « renseignements sur le nom, l’adresse et le numéro de téléphone » tend à occulter leur véritable nature. Je tiens à le préciser, parce que ces qualifications font abstraction de l’importance d’une adresse IP et des renseignements que cette adresse, une fois liée à une personne en particulier, peut révéler sur cette personne, notamment les activités en ligne que celle-ci pratique dans sa résidence.

[33] En l’espèce, la fouille avait pour objet l’identité de l’abonnée dont la connexion à Internet correspondait à une activité informatique particulière sous surveillance.

b) *La nature de l’intérêt en matière de vie privée auquel l’action de l’État pourrait porter atteinte*

[34] La nature de l’intérêt en matière de vie privée visé par l’action de l’État constitue un autre aspect de l’ensemble des circonstances et un facteur important pour apprécier le caractère raisonnable d’une attente en matière de vie privée. Dans le passé, la Cour a souligné l’importance, lorsqu’il est question de renseignements personnels, d’interpréter le droit à la vie privée de telle sorte qu’il

broader understanding of the privacy interest at stake in this case is required to account for the role that anonymity plays in protecting privacy interests online.

[35] Privacy is admittedly a “broad and somewhat evanescent concept”: *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1997] 2 S.C.R. 403, at para. 67. Scholars have noted the theoretical disarray of the subject and the lack of consensus apparent about its nature and limits: see, e.g., C. D. L. Hunt, “Conceptualizing Privacy and Elucidating its Importance: Foundational Considerations for the Development of Canada’s Fledgling Privacy Tort” (2011), 37 *Queen’s L.J.* 167, at pp. 176-77. Notwithstanding these challenges, the Court has described three broad types of privacy interests — territorial, personal, and informational — which, while often overlapping, have proved helpful in identifying the nature of the privacy interest or interests at stake in particular situations: see, e.g., *Dyment*, at pp. 428-29; *Tessling*, at paras. 21-24. These broad descriptions of types of privacy interests are analytical tools, not strict or mutually-exclusive categories.

[36] The nature of the privacy interest does not depend on whether, in the particular case, privacy shelters legal or illegal activity. The analysis turns on the privacy of the area or the thing being searched and the impact of the search on its target, not the legal or illegal nature of the items sought. To paraphrase Binnie J. in *Patrick*, the issue is not whether Mr. Spencer had a legitimate privacy interest in concealing his use of the Internet for the purpose of accessing child pornography, but whether people generally have a privacy interest in subscriber information with respect to computers which they use in their home for private purposes: *Patrick*, at para. 32.

protège tant la confidentialité que le contrôle des renseignements en question. À mon avis, il est nécessaire en l’espèce d’élargir quelque peu cette interprétation de manière à tenir compte du rôle que joue l’anonymat dans la protection des droits en matière de vie privée sur Internet.

[35] Certes, la vie privée est « une notion générale quelque peu évanescence » : *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1997] 2 R.C.S. 403, par. 67. Certains auteurs ont souligné la confusion à ce sujet, sur le plan théorique, et l’absence de consensus apparent quant à ses nature et limites : voir, p. ex., C. D. L. Hunt, « Conceptualizing Privacy and Elucidating its Importance : Foundational Considerations for the Development of Canada’s Fledgling Privacy Tort » (2011), 37 *Queen’s L.J.* 167, p. 176-177. Nonobstant ces enjeux, la Cour a décrit trois grandes catégories de droits en matière de vie privée, qui regroupent notamment les aspects qui ont trait aux lieux, à la personne et à l’information, et qui, malgré leur chevauchement fréquent, ont permis de préciser la nature des droits en matière de vie privée en jeu dans des situations particulières : voir, p. ex., *Dyment*, p. 428-429; *Tessling*, par. 21-24. Il s’agit d’outils d’analyse, et non de catégories strictes ou mutuellement exclusives.

[36] La nature de l’intérêt en matière de vie privée ne dépend pas de la question de savoir si, dans un cas particulier, le droit à la vie privée masque une activité légale ou une activité illégale. En effet, l’analyse porte sur le caractère privé du lieu ou de l’objet visé par la fouille ou la perquisition ainsi que sur les conséquences de cette dernière pour la personne qui en fait l’objet, et non sur la nature légale ou illégale de la chose recherchée. Pour reprendre les propos du juge Binnie dans l’arrêt *Patrick*, il ne s’agit pas de savoir si l’appelant possédait un droit légitime au respect de la vie privée à l’égard de la dissimulation de son utilisation d’Internet dans le but d’accéder à de la pornographie juvénile, mais plutôt de savoir si, d’une manière générale, les citoyens ont droit au respect de leur vie privée à l’égard des renseignements concernant les abonnés de services Internet relativement aux ordinateurs qu’ils utilisent dans leur domicile à des fins privées : *Patrick*, par. 32.

[37] We are concerned here primarily with informational privacy. In addition, because the computer identified and in a sense monitored by the police was in Mr. Spencer's residence, there is an element of territorial privacy in issue as well. However, in this context, the location where the activity occurs is secondary to the nature of the activity itself. Internet users do not expect their online anonymity to cease when they access the Internet outside their homes, via smartphones, or portable devices. Therefore, here as in *Patrick*, at para. 45, the fact that a home was involved is not a controlling factor but is nonetheless part of the totality of the circumstances: see, e.g., *Ward*, at para. 90.

[38] To return to informational privacy, it seems to me that privacy in relation to information includes at least three conceptually distinct although overlapping understandings of what privacy is. These are privacy as secrecy, privacy as control and privacy as anonymity.

[39] Informational privacy is often equated with secrecy or confidentiality. For example, a patient has a reasonable expectation that his or her medical information will be held in trust and confidence by the patient's physician: see, e.g., *McInerney v. MacDonald*, [1992] 2 S.C.R. 138, at p. 149.

[40] Privacy also includes the related but wider notion of control over, access to and use of information, that is, "the claim of individuals, groups, or institutions to determine for themselves when, how, and to what extent information about them is communicated to others": A. F. Westin, *Privacy and Freedom* (1970), at p. 7, cited in *Tessling*, at para. 23. La Forest J. made this point in *Dyment*. The understanding of informational privacy as control "derives from the assumption that all information about a person is in a fundamental way his own, for him to communicate or retain for himself as he sees fit" (*Dyment*, at p. 429, quoting from *Privacy and Computers*, the Report of the Task Force established by the Department of

[37] En l'espèce, nous nous intéressons principalement au caractère privé des renseignements personnels. En outre, puisque l'ordinateur repéré et, en quelque sorte, surveillé par la police se trouvait dans la résidence de M. Spencer, un aspect du droit à la vie privée lié aux lieux est aussi en jeu. Dans le présent contexte, le lieu de l'activité est toutefois accessoire à la nature de l'activité elle-même. En effet, les internautes ne s'attendent pas à perdre leur anonymat en ligne lorsqu'ils accèdent à Internet ailleurs que chez eux au moyen d'un téléphone intelligent ou d'un appareil portable. En l'espèce, tout comme dans l'arrêt *Patrick*, par. 45, le fait qu'une résidence soit en cause ne constitue donc pas un facteur déterminant, mais fait néanmoins partie de l'ensemble des circonstances : voir, p. ex., *Ward*, par. 90.

[38] Pour revenir à la question du droit à la vie privée en ce qui a trait aux renseignements personnels, j'estime qu'il englobe au moins trois facettes qui se chevauchent, mais qui se distinguent sur le plan conceptuel. Il s'agit de la confidentialité, du contrôle et de l'anonymat.

[39] Le caractère privé des renseignements personnels est souvent assimilé à la confidentialité. Par exemple, le patient s'attend raisonnablement à ce que ses renseignements d'ordre médical demeurent confidentiels : voir, p. ex., *McInerney c. MacDonald*, [1992] 2 R.C.S. 138, p. 149.

[40] Or, le droit à la vie privée comprend également la notion connexe, mais plus large, de contrôle sur l'accès à l'information et sur l'utilisation des renseignements, c'est-à-dire [TRADUCTION] « le droit revendiqué par des particuliers, des groupes ou des institutions de déterminer eux-mêmes à quel moment les renseignements les concernant sont communiqués, de quelle manière et dans quelle mesure » : A. F. Westin, *Privacy and Freedom* (1970), p. 7, cité dans *Tessling*, par. 23. Le juge La Forest a d'ailleurs souligné ce point dans l'arrêt *Dyment* en affirmant que la facette du droit à la vie privée en ce qui a trait aux renseignements personnels qui porte sur le contrôle « découle du postulat selon lequel l'information de caractère

Communications/Department of Justice (1972), at p. 13). Even though the information will be communicated and cannot be thought of as secret or confidential, “situations abound where the reasonable expectations of the individual that the information shall remain confidential to the persons to whom, and restricted to the purposes for which it is divulged, must be protected” (pp. 429-30); see also *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, at p. 46.

[41] There is also a third conception of informational privacy that is particularly important in the context of Internet usage. This is the understanding of privacy as anonymity. In my view, the concept of privacy potentially protected by s. 8 must include this understanding of privacy.

[42] The notion of privacy as anonymity is not novel. It appears in a wide array of contexts ranging from anonymous surveys to the protection of police informant identities. A person responding to a survey readily agrees to provide what may well be highly personal information. A police informant provides information about the commission of a crime. The information itself is not private — it is communicated precisely so that it will be communicated to others. But the information is communicated on the basis that it will not be identified with the person providing it. Consider situations in which the police want to obtain the list of names that correspond to the identification numbers on individual survey results or in which the defence in a criminal case wants to obtain the identity of the informant who has provided information that has been disclosed to the defence. The privacy interest at stake in these examples is not simply the individual’s name, but the link between the identified individual and the personal information provided anonymously. As the intervenor the Canadian Civil Liberties Association urged in its submissions,

personnel est propre à l’intéressé, qui est libre de la communiquer ou de la taire comme il l’entend » (*Dyment*, p. 429, citant *L’ordinateur et la vie privée*, le Rapport du groupe d’étude établi conjointement par le ministère des Communications et le ministère de la Justice (1972), p. 13). Même si les renseignements seront divulgués et qu’ils ne peuvent être considérés comme confidentiels, « les cas abondent où on se doit de protéger les attentes raisonnables de l’individu que ces renseignements seront gardés confidentiellement par ceux à qui ils sont divulgués, et qu’ils ne seront utilisés que pour les fins pour lesquelles ils ont été divulgués » (p. 429-430); voir également *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, p. 46.

[41] Il existe aussi une troisième conception de l’aspect informationnel du droit à la vie privée qui revêt une importance particulière dans le contexte de l’utilisation d’Internet. Il s’agit de l’anonymat. À mon avis, le droit à la vie privée que garantirait l’art. 8 doit inclure cette conception de la vie privée.

[42] L’élément « anonymat » de la vie privée n’est pas nouveau. Il est présent dans un large éventail de contextes allant de sondages anonymes à la protection de l’identité des indicateurs de police. La personne qui répond à un sondage accepte volontiers de fournir ce qui peut fort bien être des renseignements de nature très personnelle. L’indicateur de police fournit des renseignements sur la perpétration d’un crime. Les renseignements en tant que tel ne sont pas privés — leur communication vise expressément la divulgation à d’autres personnes. Cela dit, cette communication tient compte du fait que l’identité de la personne qui fournit les renseignements demeurera confidentielle. Prenons, par exemple, des cas où la police veut obtenir la liste des noms correspondant aux numéros d’identification relativement aux résultats d’un sondage ou des cas où la partie défenderesse dans une affaire criminelle veut obtenir l’identité de l’indicateur ayant fourni les renseignements qui lui ont été communiqués. L’intérêt en matière de vie privée qui est en jeu dans ces exemples ne vise pas uniquement le nom d’une personne, mais

“maintaining anonymity can be integral to ensuring privacy”: factum, at para. 7.

[43] Westin identifies anonymity as one of the basic states of privacy. Anonymity permits individuals to act in public places but to preserve freedom from identification and surveillance: pp. 31-32; see A. Slane and L. M. Austin, “What’s In a Name? Privacy and Citizenship in the Voluntary Disclosure of Subscriber Information in Online Child Exploitation Investigations” (2011), 57 *Crim. L.Q.* 486, at p. 501. The Court’s decision in *R. v. Wise*, [1992] 1 S.C.R. 527, provides an example of privacy in a public place. The Court held that the ubiquitous monitoring of a vehicle’s whereabouts on public highways amounted to a violation of the suspect’s reasonable expectation of privacy. It could of course have been argued that the electronic device was simply a convenient way of keeping track of where the suspect was driving his car, something that he was doing in public for all to see. But the Court did not take that approach.

[44] La Forest J. (who, while dissenting on the issue of exclusion of the evidence under s. 24(2), concurred with respect to the existence of a reasonable expectation of privacy), explained that “[i]n a variety of public contexts, we may expect to be casually observed, but may justifiably be outraged by intensive scrutiny. In these public acts we do not expect to be personally identified and subject to extensive surveillance, but seek to merge into the ‘situational landscape’”: p. 558 (emphasis added), quoting M. Gutterman, “A Formulation of the Value and Means Models of the Fourth Amendment in the Age of Technologically Enhanced Surveillance” (1988), 39 *Syracuse L. Rev.* 647, at p. 706. The mere fact that someone leaves the privacy of their home and enters a public space does not mean that the person abandons all of his or her privacy rights, despite the fact that as a practical matter, such a

aussi le lien entre la personne désignée et les renseignements personnels fournis de façon anonyme. Comme l’a fait valoir l’Association canadienne des libertés civiles, intervenante en l’espèce, dans ses observations, [TRADUCTION] « le maintien de l’anonymat peut être essentiel pour garantir la protection de la vie privée » : mémoire, par. 7.

[43] Le professeur Westin présente l’anonymat comme une des facettes fondamentales de la vie privée. Selon lui, il permet aux personnes d’avoir des activités publiques tout en préservant la confidentialité de leur identité et en se protégeant contre la surveillance : p. 31-32; voir A. Slane et L. M. Austin, « What’s In a Name? Privacy and Citizenship in the Voluntary Disclosure of Subscriber Information in Online Child Exploitation Investigations » (2011), 57 *Crim. L.Q.* 486, p. 501. L’arrêt *R. c. Wise*, [1992] 1 R.C.S. 527, donne un exemple du droit à la vie privée dans un endroit public. Dans cette affaire, la Cour a statué que la surveillance omniprésente des déplacements d’un véhicule sur la voie publique déjouait les attentes raisonnables du suspect en matière de vie privée. On aurait évidemment pu affirmer que le dispositif électronique ne constituait qu’un moyen pratique de suivre les déplacements en voiture du suspect, qu’il faisait d’ailleurs à la vue de tous. Mais la Cour n’a pas adopté cette approche.

[44] Le juge La Forest (qui, bien que dissident sur la question de l’exclusion de la preuve en application du par. 24(2), a souscrit à l’existence d’une attente raisonnable en matière du respect de la vie privée), a expliqué que, « [s]’il est normal, dans divers contextes publics, d’être observé fortuitement, nous aurions par contre toutes les raisons d’être choqués par des regards insistants. Dans ces activités publiques, nous ne nous attendons pas à être identifiés personnellement et soumis à une surveillance intensive, mais nous cherchons plutôt à passer inaperçus » : p. 558 (je souligne), citant M. Gutterman, « A Formulation of the Value and Means Models of the Fourth Amendment in the Age of Technologically Enhanced Surveillance » (1988), 39 *Syracuse L. Rev.* 647, p. 706. Le simple fait qu’une personne quitte l’intimité de sa résidence et pénètre dans un lieu public ne signifie

person may not be able to control who observes him or her in public. Thus, in order to uphold the protection of privacy rights in some contexts, we must recognize anonymity as one conception of privacy: see E. Paton-Simpson, “Privacy and the Reasonable Paranoid: The Protection of Privacy in Public Places” (2000), 50 *U.T.L.J.* 305, at pp. 325-26; Westin, at p. 32; Gutterman, at p. 706.

[45] Recognizing that anonymity is one conception of informational privacy seems to me to be particularly important in the context of Internet usage. One form of anonymity, as Westin explained, is what is claimed by an individual who wants to present ideas publicly but does not want to be identified as their author: p. 32. Here, Westin, publishing in 1970, anticipates precisely one of the defining characteristics of some types of Internet communication. The communication may be accessible to millions of people but it is not identified with its author.

[46] Moreover, the Internet has exponentially increased both the quality and quantity of information that is stored about Internet users. Browsing logs, for example, may provide detailed information about users’ interests. Search engines may gather records of users’ search terms. Advertisers may track their users across networks of websites, gathering an overview of their interests and concerns. “Cookies” may be used to track consumer habits and may provide information about the options selected within a website, which web pages were visited before and after the visit to the host website and any other personal information provided: see N. Gleicher, “Neither a Customer Nor a Subscriber Be: Regulating the Release of User Information on the World Wide Web” (2009), 118 *Yale L.J.* 1945, at pp. 1948-49; R. W. Hubbard, P. DeFreitas and S. Magotiaux, “The Internet — Expectations of Privacy in a New Context” (2002), 45 *Crim. L.Q.* 170, at pp. 189-91. The user cannot fully control or even necessarily be aware of who

pas qu’elle renonce à tous ses droits en matière de vie privée, même si, en pratique, il se peut qu’elle ne soit pas en mesure d’exercer un contrôle à l’égard des personnes qui l’observent en public. Par conséquent, pour protéger les droits en matière de vie privée dans certains contextes, il nous faut reconnaître l’anonymat comme une des conceptions de la vie privée : voir E. Paton-Simpson, « Privacy and the Reasonable Paranoid : The Protection of Privacy in Public Places » (2000), 50 *U.T.L.J.* 305, p. 325-326; Westin, p. 32; Gutterman, p. 706.

[45] S’agissant de l’utilisation d’Internet, il me semble particulièrement important de reconnaître que l’anonymat s’inscrit parmi les conceptions de l’aspect informationnel du droit à la vie privée. Comme l’explique le professeur Westin, l’anonymat porte entre autres sur le droit revendiqué par une personne qui veut présenter publiquement ses idées sans être identifiée comme leur auteur : p. 32. Le professeur Westin, dont l’ouvrage a été publié en 1970, avait anticipé précisément une des caractéristiques déterminantes de certains types de communication par Internet. En effet, des millions de personnes peuvent avoir accès à une communication qui n’est toutefois pas associée à son auteur.

[46] De plus, Internet a augmenté de façon exponentielle la qualité et la quantité des renseignements stockés concernant les internautes. L’historique de navigation, par exemple, permet d’obtenir des renseignements détaillés sur les intérêts des utilisateurs. Les moteurs de recherche peuvent recueillir des renseignements sur les termes recherchés par les utilisateurs. Les annonceurs peuvent suivre leurs utilisateurs à travers les réseaux de sites Web et obtenir un aperçu de leurs intérêts et de leurs pré-occupations. Les fichiers témoins peuvent être utilisés pour suivre les habitudes de consommation et peuvent fournir des renseignements sur les options sélectionnées dans un site Web, sur les pages Web consultées avant et après avoir visité le site d’accueil et tout autre renseignement personnel fourni : voir N. Gleicher, « Neither a Customer Nor a Subscriber Be : Regulating the Release of User Information on the World Wide Web » (2009), 118 *Yale L.J.* 1945, p. 1948-1949; R. W. Hubbard, P. DeFreitas et S. Magotiaux, « The Internet — Expectations of

may observe a pattern of online activity, but by remaining anonymous — by guarding the link between the information and the identity of the person to whom it relates — the user can in large measure be assured that the activity remains private: see Slane and Austin, at pp. 500-3.

[47] In my view, the identity of a person linked to their use of the Internet must be recognized as giving rise to a privacy interest beyond that inherent in the person's name, address and telephone number found in the subscriber information. A sniffer dog provides information about the contents of the bag and therefore engages the privacy interests relating to its contents. DRA readings provide information about what is going on inside a home and therefore may engage the privacy interests relating to those activities. Similarly, subscriber information, by tending to link particular kinds of information to identifiable individuals, may implicate privacy interests relating not simply to the person's name or address but to his or her identity as the source, possessor or user of that information.

[48] Doherty J.A. made this point with his usual insight and clarity in *Ward*. "Personal privacy" he wrote "protects an individual's ability to function on a day-to-day basis within society while enjoying a degree of anonymity that is essential to the individual's personal growth and the flourishing of an open and democratic society": para. 71. He concluded that some degree of anonymity is a feature of much Internet activity and that, "[d]epending on the totality of the circumstances, . . . anonymity may enjoy constitutional protection under s. 8": para. 75. I agree. Thus, anonymity may, depending on the

Privacy in a New Context » (2002), 45 *Crim. L.Q.* 170, p. 189-191. L'utilisateur n'est pas en mesure d'exercer un contrôle total à l'égard de la personne qui peut observer le profil de ses activités en ligne et il n'est pas toujours informé de l'identité de celle-ci. Or, sous le couvert de l'anonymat — en protégeant le lien entre l'information et l'identité de la personne qu'elle concerne —, l'utilisateur peut en grande partie être assuré que ses activités demeurent confidentielles : voir Slane et Austin, p. 500-503.

[47] À mon avis, il faut reconnaître que l'identité d'une personne liée à son utilisation d'Internet donne naissance à un intérêt en matière de vie privée qui a une portée plus grande que celui inhérent à son nom, à son adresse et à son numéro de téléphone qui figurent parmi les renseignements relatifs à l'abonné. Un chien renifleur fournit de l'information sur le contenu d'un sac et met donc en jeu des droits en matière de vie privée relativement à ce contenu. Les enregistrements de l'AN fournissent de l'information sur les activités qui se déroulent à l'intérieur d'une résidence et peuvent donc mettre en jeu des droits en matière de vie privée concernant ces activités. Dans le même ordre d'idées, en établissant un lien entre des renseignements particuliers et une personne identifiable, les renseignements relatifs à l'abonné peuvent compromettre les droits en matière de vie privée de cette personne non seulement parce qu'ils révèlent son nom et son adresse, mais aussi parce qu'ils l'identifient en tant que source, possesseur ou utilisateur des renseignements visés.

[48] Dans *Ward*, le juge Doherty, clair et lucide comme à son habitude, a fourni des explications semblables. [TRADUCTION] « Le droit à la vie privée », a-t-il écrit, « permet à une personne de fonctionner au quotidien dans la société tout en bénéficiant d'un certain degré d'anonymat indispensable à son épanouissement personnel ainsi qu'à l'épanouissement d'une société ouverte et démocratique » : par. 71. Il a conclu qu'un certain degré d'anonymat est propre à beaucoup d'activités exercées sur Internet et que, « [e]u égard à l'ensemble des circonstances, [. . .] l'anonymat peut bénéficier de

totality of the circumstances, be the foundation of a privacy interest that engages constitutional protection against unreasonable search and seizure.

[49] The intervener the Director of Public Prosecutions raised the concern that recognizing a right to online anonymity would carve out a crime-friendly Internet landscape by impeding the effective investigation and prosecution of online crime. In light of the grave nature of the criminal wrongs that can be committed online, this concern cannot be taken lightly. However, in my view, recognizing that there *may* be a privacy interest in anonymity depending on the circumstances falls short of recognizing any “right” to anonymity and does not threaten the effectiveness of law enforcement in relation to offences committed on the Internet. In this case, for example, it seems clear that the police had ample information to obtain a production order requiring Shaw to release the subscriber information corresponding to the IP address they had obtained.

[50] Applying this framework to the facts of the present case is straightforward. In the circumstances of this case, the police request to link a given IP address to subscriber information was in effect a request to link a specific person (or a limited number of persons in the case of shared Internet services) to specific online activities. This sort of request engages the anonymity aspect of the informational privacy interest by attempting to link the suspect with anonymously undertaken online activities, activities which have been recognized by the Court in other circumstances as engaging significant privacy interests: *R. v. Morelli*, 2010 SCC 8, [2010] 1 S.C.R. 253, at para. 3; *Cole*, at para. 47; *R. v. Vu*, 2013 SCC 60, [2013] 3 S.C.R. 657, at paras. 40-45.

la protection constitutionnelle prévue à l’art. 8 » : par. 75. Je suis d’accord. L’anonymat pourrait donc, compte tenu de l’ensemble des circonstances, servir de fondement au droit à la vie privée visé par la protection constitutionnelle contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives.

[49] Le directeur des poursuites pénales, intervenant, a fait valoir que la reconnaissance du droit à l’anonymat en ligne transformerait Internet en un endroit favorable aux actes criminels en faisant obstacle aux enquêtes et aux poursuites efficaces des cybercrimes. Compte tenu de la gravité des actes criminels qui peuvent être perpétrés en ligne, cette préoccupation ne peut être prise à la légère. J’estime toutefois que la reconnaissance de la *possibilité* qu’il existe un intérêt en matière de vie privée à l’égard de l’anonymat, selon les circonstances, ne suffit pas pour reconnaître le « droit » à l’anonymat et n’a pas pour effet de menacer l’efficacité des autorités d’application de la loi relativement aux infractions commises sur Internet. En l’espèce, par exemple, il semble évident que la police disposait de renseignements détaillés permettant d’obtenir une ordonnance de communication enjoignant à Shaw de fournir les renseignements sur l’abonnée à qui appartenait l’adresse IP qu’elle avait obtenue.

[50] L’application de ce cadre d’analyse aux faits de la présente affaire est simple. Dans les circonstances de l’espèce, la demande de la police dans le but d’établir un lien entre une adresse IP donnée et les renseignements relatifs à l’abonnée visait en fait à établir un lien entre une personne précise (ou un nombre restreint de personnes dans le cas des services Internet partagés) et des activités en ligne précises. Ce genre de demande porte sur l’aspect informationnel du droit à la vie privée relatif à l’anonymat en cherchant à établir un lien entre le suspect et des activités entreprises en ligne, sous le couvert de l’anonymat, activités qui, comme la Cour l’a reconnu dans d’autres circonstances, mettent en jeu d’importants droits en matière de vie privée : *R. c. Morelli*, 2010 CSC 8, [2010] 1 R.C.S. 253, par. 3; *Cole*, par. 47; *R. c. Vu*, 2013 CSC 60, [2013] 3 R.C.S. 657, par. 40-45.

[51] I conclude therefore that the police request to Shaw for subscriber information corresponding to specifically observed, anonymous Internet activity engages a high level of informational privacy. I agree with Caldwell J.A.'s conclusion on this point:

... a reasonable and informed person concerned about the protection of privacy would expect one's activities on one's own computer used in one's own home would be private. . . . In my judgment, it matters not that the personal attributes of the Disclosed Information pertained to Mr. Spencer's sister because Mr. Spencer was personally and directly exposed to the consequences of the police conduct in this case. As such, the police conduct *prima facie* engaged a personal privacy right of Mr. Spencer and, in this respect, his interest in the privacy of the Disclosed Information was direct and personal. [para. 27]

(c) *Reasonable Expectation of Privacy*

[52] The next question is whether Mr. Spencer's expectation of privacy was reasonable. The trial judge found that there could be no reasonable expectation of privacy in the face of the relevant contractual and statutory provisions (para. 19), a conclusion with which Caldwell J.A. agreed on appeal: para. 42. Cameron J.A., however, was doubtful that the contractual and statutory terms had this effect in the context of this case: para. 98.

[53] In this Court, Mr. Spencer maintains that the contractual and statutory terms did not undermine a reasonable expectation of privacy with respect to the subscriber information. He submits that the contractual provisions do nothing more than suggest that the information will not be provided to police unless required by law and that *PIPEDA*, whose purpose is to protect privacy rights, supports rather than negates the reasonableness of an expectation of privacy in this case. The Crown

[51] Par conséquent, je conclus que la demande de la police auprès de Shaw — visant à obtenir des renseignements relatifs à l'abonnée qui correspondaient à des activités entreprises sur Internet de façon anonyme et observées en particulier — fait intervenir, dans une grande mesure, l'aspect informationnel du droit à la vie privée. Je souscris à la conclusion du juge Caldwell sur ce point :

[TRADUCTION] . . . une personne raisonnable et bien informée, qui se soucie de la protection de la vie privée, s'attendrait à ce que les activités qu'une personne effectue sur son propre ordinateur et dans son domicile soient confidentielles. [. . .] À mon avis, il n'importe nullement que les renseignements communiqués concernaient la sœur de M. Spencer parce que, en l'espèce, M. Spencer a, personnellement et directement, subi les conséquences des actes de la police. À première vue, ces actes font intervenir le droit de M. Spencer à la vie privée et, de ce fait, son intérêt en matière de vie privée relativement à la confidentialité des renseignements communiqués était direct et personnel. [par. 27]

c) *L'attente raisonnable en matière de respect de la vie privée*

[52] Il s'agit maintenant de savoir si l'attente de M. Spencer en matière de respect de sa vie privée était raisonnable. Selon le juge du procès, il ne pouvait pas y avoir d'attente raisonnable en matière de respect de la vie privée compte tenu des dispositions contractuelles et législatives applicables (par. 19), conclusion à laquelle le juge Caldwell a souscrit en appel : par. 42. Le juge Cameron a affirmé douter pour sa part que les dispositions du contrat et celles de la loi aient cet effet dans le contexte de la présente affaire : par. 98.

[53] Devant la Cour, M. Spencer a fait valoir que les dispositions du contrat et de la loi n'ont pas pour effet de compromettre une attente raisonnable en matière de vie privée relativement aux renseignements relatifs à l'abonné. Selon lui, les dispositions du contrat ne font rien d'autre qu'indiquer qu'il n'y aura pas de communication des renseignements à la police, à moins que cela ne soit requis par la loi, et que la *LPRPDE* — qui vise à protéger les droits en matière de vie privée — tend

disagrees and supports the position taken on this point by Caldwell J.A. in the Court of Appeal.

[54] There is no doubt that the contractual and statutory framework may be relevant to, but not necessarily determinative of, whether there is a reasonable expectation of privacy. So, for example in *Gomboc*, Deschamps J. writing for four members of the Court, found that the terms governing the relationship between the electricity provider and its customer were “highly significant” to Mr. Gomboc’s reasonable expectation of privacy, but treated it as “one factor amongst many which must be weighed in assessing the totality of the circumstances”: paras. 31-32. She also emphasized that when dealing with contracts of adhesion in the context of a consumer relationship, it was necessary to “procee[d] with caution” when determining the impact that such provision would have on the reasonableness of an expectation of privacy: para. 33. The need for caution in this context was pointedly underlined in the dissenting reasons of the Chief Justice and Fish J. in that case: paras. 138-42.

[55] The contractual and statutory frameworks overlap in the present case because the Shaw Joint Terms of Service make reference to *PIPEDA*, and the scope of permitted disclosure under *PIPEDA* turns partly on whether the customer has consented to the disclosure of personal information. I must first set out the details of these schemes before turning to their impact on the reasonable expectations analysis. In doing so, it becomes apparent that the relevant provisions provide little assistance in evaluating the reasonableness of Mr. Spencer’s expectation of privacy.

[56] Shaw provides Internet services to its customers under a standard form “Joint Terms of

à confirmer plutôt qu’à nier le caractère raisonnable d’une attente en matière de vie privée en l’espèce. Le ministère public ne souscrit pas à cet argument et appuie la position adoptée sur ce point par le juge Caldwell de la Cour d’appel.

[54] Il ne fait aucun doute que les cadres législatif et contractuel peuvent être pertinents, mais pas nécessairement déterminants, quant à la question de savoir s’il existe une attente raisonnable en matière de vie privée. Dans l’arrêt *Gomboc*, par exemple, s’exprimant au nom de quatre juges de la Cour, la juge Deschamps a conclu que les dispositions régissant les rapports entre le fournisseur d’électricité et son client revêtent une « grande importance » quant à l’attente raisonnable de M. Gomboc en matière de vie privée, mais a considéré qu’il s’agissait d’« un des nombreux facteurs dont il faut tenir compte pour apprécier l’ensemble des circonstances » : par. 31-32. La juge Deschamps a également souligné que, dans le cadre de contrats d’adhésion qui régissent les relations avec les clients, « la prudence est évidemment de mise » lorsqu’il s’agit de juger des conséquences que peuvent avoir les dispositions de ces contrats sur le caractère raisonnable d’une attente en matière de respect de la vie privée : par. 33. Dans leurs motifs dissidents, la Juge en chef et le juge Fish ont mis l’accent sur le besoin de faire preuve de prudence dans ce contexte : par. 138-142.

[55] En l’espèce, les cadres contractuel et législatif se chevauchent parce que les conditions de service de Shaw renvoient à la *LPRPDE* et que la portée de la communication autorisée de renseignements personnels sous le régime de la *LPRPDE* repose en partie sur la question de savoir si le client a donné son consentement à cet égard. Avant d’examiner les conséquences de ces régimes sur l’analyse relative aux attentes raisonnables en matière de vie privée, je dois en préciser les modalités. Lorsque je le fais, il devient clair que les dispositions applicables ne sont guère utiles pour évaluer le caractère raisonnable de l’attente de M. Spencer au respect de sa vie privée.

[56] Shaw fournit des services Internet à ses clients conformément à une entente type relative

Service” agreement. Additional terms and conditions are provided in Shaw’s “Acceptable Use Policy” and its “Privacy Policy”. The terms of these agreements are posted online on Shaw’s website and change from time to time. The investigators sought the subscriber information for the IP address used on August 31, 2007 in their request to Shaw.

[57] Mr. Spencer was not personally a party to these agreements, as he accessed the Internet through his sister’s subscription. It is common practice for multiple users to share a common Internet connection. A reasonable user would be aware that the use of the service would be governed by certain terms and conditions, and those terms and conditions were readily accessible through Shaw’s website. This case does not require us to decide whether Mr. Spencer was bound by the terms of the contract with Shaw. Quite apart from contractual liability, the terms on which he gained access to the Internet are a relevant circumstance in assessing the reasonableness of his expectation of privacy. There are three relevant sets of provisions which, taken as a whole, provide a confusing and unclear picture of what Shaw would do when faced with a police request for subscriber information. The Joint Terms of Service at first blush appear to permit broad disclosure because they provide, among other things, that “Shaw may disclose any information as is necessary to . . . satisfy any legal, regulatory or other governmental request”. This general provision, however, must be read in light of the more specific provision relating to disclosure of IP addresses and other identifying information in the Acceptable Use Policy, which in turn is subject to the Privacy Policy.

[58] The Acceptable Use Policy (last updated on June 18, 2007) provides that Shaw is authorized

aux « Conditions de service » (« *Joint Terms of Service* »). Sa [TRADUCTION] « Politique relative à l’utilisation acceptable » (« *Acceptable Use Policy* ») et sa « Politique sur la protection de la vie privée » (« *Privacy Policy* ») prévoient des modalités et conditions supplémentaires. Les dispositions de ces ententes sont affichées en ligne sur le site Web de Shaw et font périodiquement l’objet de modifications. Les enquêteurs ont demandé à Shaw des renseignements sur l’abonnée à qui appartenait l’adresse IP utilisée le 31 août 2007.

[57] Monsieur Spencer n’était pas lui-même partie à ces ententes, puisqu’il avait accès à Internet au moyen de l’abonnement de sa sœur. Il est d’ailleurs très courant que plusieurs utilisateurs partagent une connexion Internet. L’usager raisonnable sait que l’utilisation du service Internet est régie par certaines modalités, qui étaient d’ailleurs facilement accessibles sur le site Web de Shaw. Nous n’avons toutefois pas à décider en l’espèce si M. Spencer était lié par les modalités du contrat avec Shaw. Cependant, indépendamment de la responsabilité contractuelle, les conditions auxquelles il a pu accéder à Internet sont pertinentes pour évaluer le caractère raisonnable de son attente quant au respect de sa vie privée. Il existe trois séries de dispositions applicables qui, dans leur ensemble, prêtent à confusion quant à la manière de Shaw de répondre à une demande de renseignements relatifs à un abonné adressée par la police. À première vue, les Conditions de service semblent conférer à Shaw un vaste pouvoir discrétionnaire parce qu’elles prévoient, entre autres, qu’[TRADUCTION] « [elle] peut communiquer les renseignements nécessaires pour [. . .] satisfaire à toute demande fondée sur une loi ou un règlement ou toute autre demande du gouvernement ». Il convient toutefois d’interpréter cette disposition générale en fonction de la disposition plus spécifique concernant la communication d’adresses IP et d’autres renseignements personnels dans le contexte d’enquêtes criminelles qui figure dans la Politique relative à l’utilisation acceptable qui, elle-même, est assujettie à la Politique sur la protection de la vie privée.

[58] Suivant la Politique relative à l’utilisation acceptable (dont la mise à jour la plus récente date

to cooperate with law enforcement authorities in the investigation of criminal violations, including supplying information identifying a subscriber *in accordance with its Privacy Policy*. The provision reads as follows:

You hereby authorize Shaw to cooperate with (i) law enforcement authorities in the investigation of suspected criminal violations, and/or (ii) system administrators at other Internet service providers or other network or computing facilities in order to enforce this Agreement. Such cooperation may include Shaw providing the username, IP address, or other identifying information about a subscriber, in accordance with the guidelines set out in Shaw's Privacy Policy. [Emphasis added.]

[59] The Privacy Policy in the record (last updated on November 12, 2008) states that Shaw is committed to protecting personal information, which is defined as information about an identifiable individual. One of the ten principles set out in the Privacy Policy deals with limiting the disclosure of personal information (principle 5). The policy limits the circumstances under which personal information will be disclosed without the customer's knowledge or consent to "exceptional circumstances, as permitted by law". Shaw may disclose information to its partners in order to provide its services and, in such cases, the information is governed by "strict confidentiality standards and policies" to keep the information secure and to ensure it is treated in accordance with *PIPEDA*. The Privacy Policy also provides that "Shaw may disclose Customer's Personal Information to: . . . a third party or parties, where the Customer has given Shaw Consent to such disclosure or if disclosure is required by law, in accordance with *The Personal Information Protection and Electronic Documents Act*" (emphasis added).

du 18 juin 2007), Shaw est autorisée à collaborer avec les autorités d'application de la loi dans le cadre d'enquêtes sur des infractions criminelles, notamment en fournissant des renseignements personnels sur un abonné, *conformément à sa Politique sur la protection de la vie privée*. Cette disposition est ainsi libellée :

[TRADUCTION] Par la présente, vous autorisez Shaw à collaborer avec (i) les autorités d'application de la loi dans le cadre d'enquêtes sur des infractions criminelles présumées, et avec (ii) les administrateurs du système d'autres fournisseurs de services Internet ou d'autres réseaux ou installations informatiques afin de faire appliquer la présente entente. Cette collaboration peut comprendre la communication du nom d'utilisateur, de l'adresse IP ou d'autres renseignements personnels concernant un abonné, conformément aux lignes directrices énoncées dans sa Politique sur la protection de la vie privée. [Je souligne.]

[59] Suivant la Politique sur la protection de la vie privée qui figure au dossier (dont la mise à jour la plus récente date du 12 novembre 2008), Shaw s'engage à protéger les renseignements personnels, définis comme des renseignements concernant un individu identifiable. Un des dix principes énoncés dans la Politique sur la protection de la vie privée a pour effet de restreindre la communication de renseignements personnels (principe n° 5). Cette politique limite les circonstances dans lesquelles les renseignements personnels seront communiqués à l'insu du client ou sans son consentement à des [TRADUCTION] « circonstances exceptionnelles, conformément à la loi ». Shaw peut communiquer des renseignements à ses partenaires afin de fournir ses services, et, dans de tels cas, ces renseignements sont régis par des « normes et politiques strictes en matière de confidentialité » pour assurer leur sécurité et pour veiller à ce qu'ils soient traités conformément à la *LPRPDE*. La Politique sur la protection de la vie privée prévoit également que « Shaw peut communiquer des renseignements personnels concernant un client : [. . .] à une partie ou à plusieurs tierces parties lorsque le client visé a donné son consentement à cet égard ou lorsque la communication des renseignements est exigée par la loi, conformément à la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques* » (je souligne).

[60] Whether or not disclosure of personal information by Shaw is “permitted” or “required by law” in turn depends on an analysis of the applicable statutory framework. The contractual provisions, read as a whole, are confusing and equivocal in terms of their impact on a user’s reasonable expectation of privacy in relation to police initiated requests for subscriber information. The statutory framework provided by *PIPEDA* is not much more illuminating.

[61] Shaw’s collection, use, and disclosure of the personal information of its subscribers is subject to *PIPEDA*, which protects personal information held by organizations engaged in commercial activities from being disclosed without the knowledge or consent of the person to whom the information relates: Sch. 1, clause 4.3. Section 7 contains several exceptions to this general rule and permits organizations to disclose personal information without consent. The exception relied on in this case is s. 7(3)(c.1)(ii). It permits disclosure to a government institution that has requested the disclosure for the purpose of law enforcement and has stated its “lawful authority” for the request. The provisions of *PIPEDA* are not of much help in determining whether there is a reasonable expectation of privacy in this case. They lead us in a circle.

[62] Section 7(3)(c.1)(ii) allows for disclosure without consent to a government institution where that institution has identified its *lawful authority* to obtain the information. But the issue is whether there was such lawful authority which in turn depends in part on whether there was a reasonable expectation of privacy with respect to the subscriber information. *PIPEDA* thus cannot be used as a factor to weigh against the existence of a reasonable expectation of privacy since the

[60] Ainsi, la réponse à la question de savoir si la communication des renseignements personnels par Shaw est « autorisée » ou « exigée par la loi » repose sur l’analyse du cadre législatif applicable. Les dispositions du contrat, lues conjointement, sont équivoques et prêtent à confusion quant à leurs conséquences sur l’attente raisonnable de l’utilisateur en matière de vie privée relativement aux demandes de la police visant à obtenir des renseignements relatifs à l’abonné. Le cadre législatif prévu par la *LPRPDE* ne permet pas d’en apprendre davantage.

[61] La collecte, l’utilisation et la communication par Shaw de renseignements personnels concernant ses abonnés sont assujetties à la *LPRPDE*, laquelle protège les renseignements personnels que possèdent les organisations qui exercent des activités commerciales contre leur communication à l’insu de l’intéressé et sans son consentement : ann. 1, art. 4.3. L’article 7 prévoit plusieurs exceptions à cette règle générale, permettant ainsi aux organisations de communiquer des renseignements personnels sans le consentement de l’intéressé. L’exception invoquée en l’espèce figure au sous-al. 7(3)c.1(ii), qui autorise la communication de renseignements à une institution gouvernementale qui a demandé à obtenir les renseignements visés aux fins du contrôle d’application du droit en mentionnant la « source de l’autorité légitime » étayant la demande. En l’espèce, les dispositions de la *LPRPDE* ne sont pas très utiles pour déterminer s’il existe une attente raisonnable en matière de vie privée puisqu’après les avoir examinées, on se retrouve au point de départ.

[62] Le sous-alinéa 7(3)c.1(ii) autorise la communication de renseignements, sans le consentement de l’intéressé, faite à une institution gouvernementale lorsque cette dernière mentionne la *source de l’autorité légitime* étayant son droit à obtenir les renseignements demandés. Il s’agit toutefois de savoir s’il existe une telle source d’autorité légitime, question dont la réponse dépend, en partie, de l’existence d’une attente raisonnable en matière de vie privée à l’égard des renseignements concernant

proper interpretation of the relevant provision itself depends on whether such a reasonable expectation of privacy exists. Given that the purpose of *PIPEDA* is to establish rules governing, among other things, disclosure “of personal information in a manner that recognizes the right of privacy of individuals with respect to their personal information” (s. 3), it would be reasonable for an Internet user to expect that a simple request by police would not trigger an obligation to disclose personal information or defeat *PIPEDA*’s general prohibition on the disclosure of personal information without consent.

[63] I am aware that I have reached a different result from that reached in similar circumstances by the Ontario Court of Appeal in *Ward*, where the court held that the provisions of *PIPEDA* were a factor which weighed against finding a reasonable expectation of privacy in subscriber information. This conclusion was based on two main considerations. The first was that an ISP has a legitimate interest in assisting in law enforcement relating to crimes committed using its services: para. 99. The second was the grave nature of child pornography offences, which made it reasonable to expect that an ISP would cooperate with a police investigation: paras. 102-3. While these considerations are certainly relevant from a policy perspective, they cannot override the clear statutory language of s. 7(3)(c.1)(ii) of *PIPEDA*, which permits disclosure only if a request is made by a government institution with “lawful authority” to request the disclosure. It is reasonable to expect that an organization bound by *PIPEDA* will respect its statutory obligations with respect to personal information. The Court of Appeal in *Ward* held that s. 7(3)(c.1)(ii) must be read in light of s. 5(3), which states that “[a]n organization may collect, use or disclose personal information only for purposes

l’abonné. La *LPRPDE* ne peut donc être considérée comme un des facteurs défavorables à l’existence d’une attente raisonnable en matière de vie privée puisque l’interprétation juste de la disposition applicable dépend elle-même de l’existence d’une telle attente raisonnable en matière de vie privée. Puisque la *LPRPDE* a pour objet de fixer des règles régissant, entre autres, la communication de « renseignements personnels d’une manière qui tient compte du droit des individus à la vie privée à l’égard des renseignements personnels qui les concernent » (art. 3), il serait raisonnable que l’internaute s’attende à ce qu’une simple demande faite par la police n’entraîne pas l’obligation de communiquer les renseignements personnels en question ou qu’elle n’écarte pas l’interdiction générale prévue par la *LPRPDE* quant à la communication de renseignements personnels sans le consentement de l’intéressé.

[63] Certes, je suis arrivé à une conclusion différente que celle formulée, dans des circonstances semblables, dans l’arrêt *Ward*, où la Cour d’appel de l’Ontario a statué que les dispositions de la *LPRPDE* constituaient un facteur qui pesait contre la reconnaissance de l’existence d’une attente raisonnable en matière de vie privée à l’égard des renseignements concernant l’abonné. Cette conclusion reposait sur deux considérations principales. Premièrement, le fait que le FSI a un intérêt légitime à collaborer avec les autorités d’application de la loi relativement à des crimes commis lors de l’utilisation de ses services : par. 99. Deuxièmement, la gravité des infractions de pornographie juvénile, compte tenu de laquelle il était raisonnable de s’attendre à ce que le FSI collabore avec la police dans le cadre d’une enquête : par. 102-103. Bien qu’elles soient certainement pertinentes sur le plan des principes, ces considérations ne sauraient avoir priorité sur le libellé clair du sous-al. 7(3)c.1(ii) de la *LPRPDE*, qui n’autorise la communication de renseignements que lorsqu’une institution gouvernementale mentionne la « source de l’autorité légitime » étayant sa demande. En effet, il est raisonnable de s’attendre à ce qu’une organisation assujettie à la *LPRPDE* respecte les

that a reasonable person would consider are appropriate in the circumstances”. This rule of “reasonable disclosure” was used as a basis to invoke considerations such as allowing ISPs to cooperate with the police and preventing serious crimes in the interpretation of *PIPEDA*. Section 5(3) is a guiding principle that underpins the interpretation of the various provisions of *PIPEDA*. It does not allow for a departure from the clear requirement that a requesting government institution possess “lawful authority” and so does not resolve the essential circularity of using s. 7(3)(c.1)(ii) as a factor in determining whether a reasonable expectation of privacy exists.

[64] I also note with respect to an ISP’s legitimate interest in preventing crimes committed through its services that entirely different considerations may apply where an ISP itself detects illegal activity and of its own motion wishes to report this activity to the police. Such a situation falls under a separate, broader exemption in *PIPEDA*, namely s. 7(3)(d). The investigation in this case was begun as a police investigation and the disclosure of the subscriber information arose out of the request letter sent by the police to Shaw.

[65] The overall impression created by these terms is that disclosure at the request of the police would be made only where required or permitted by law. Such disclosure is only permitted by *PIPEDA* in accordance with the exception in s. 7, which in this case would require the requesting police to have “lawful authority” to request the disclosure. For reasons that I will set out in the next section, this request had no lawful authority in the sense that while the police could ask, they had no authority to compel compliance with that request. I conclude

obligations que celle-ci lui impose à l’égard des renseignements personnels. La Cour d’appel a statué dans l’arrêt *Ward* qu’il convient d’interpréter le sous-al. 7(3)c.1(ii) en tenant compte du par. 5(3), suivant lequel « [l’]organisation ne peut recueillir, utiliser ou communiquer des renseignements personnels qu’à des fins qu’une personne raisonnable estimerait acceptables dans les circonstances ». Cette règle de la « communication raisonnable » a permis de prendre en considération, pour interpréter la *LPRPDE*, des facteurs comme l’autorisation des FSI à collaborer avec la police et la lutte contre les crimes graves. Le paragraphe 5(3) énonce un principe directeur sur lequel repose l’interprétation des diverses dispositions de la *LPRPDE*. Il ne permet pas d’écarter l’exigence claire concernant la « source de l’autorité légitime » qui étaye la demande d’une institution gouvernementale et ne règle donc pas l’impasse que crée le sous-al. 7(3)c.1(ii) pour juger de l’existence ou non d’une attente raisonnable en matière de vie privée.

[64] Je fais en outre remarquer, au sujet de l’intérêt légitime du FSI dans la lutte contre les crimes commis en utilisant ses services, que des considérations tout à fait différentes peuvent s’appliquer si le FSI détecte lui-même une activité illégale et, de sa propre initiative, souhaite la signaler à la police. Une telle situation tombe sous le coup d’une exemption distincte, plus large, prévue par la *LPRPDE*, à savoir celle énoncée à l’al. 7(3)d). En l’espèce, l’enquête a été commencée par la police et la communication des renseignements relatifs à l’abonnée a été faite par suite de la lettre de demande envoyée à Shaw par la police.

[65] De ces modalités se dégage l’impression générale que la communication faite à la demande de la police n’aurait lieu que lorsqu’elle est exigée ou autorisée par la loi. Or, la *LPRPDE* n’autorise une telle communication que suivant l’exception prévue à l’art. 7. Il faudrait donc que la police qui formule la demande de communication détienne « l’autorité légitime » à cet égard. Pour les motifs que j’énoncerai dans la prochaine partie, la demande en cause n’était pas étayée par la source de l’autorité légitime de la police, en ce sens que

that, if anything, the contractual provisions in this case support the existence of a reasonable expectation of privacy, since the Privacy Policy narrowly circumscribes Shaw's right to disclose the personal information of subscribers.

[66] In my view, in the totality of the circumstances of this case, there is a reasonable expectation of privacy in the subscriber information. The disclosure of this information will often amount to the identification of a user with intimate or sensitive activities being carried out online, usually on the understanding that these activities would be anonymous. A request by a police officer that an ISP voluntarily disclose such information amounts to a search.

[67] The intervener the Attorney General of Alberta raised a concern that if the police were not permitted to request disclosure of subscriber information, then other routine inquiries that might reveal sensitive information about a suspect would also be prohibited, and this would unduly impede the investigation of crimes. For example, when the police interview the victim of a crime, core biographical details of a suspect's lifestyle might be revealed. I do not agree that this result follows from the principles set out in these reasons. Where a police officer requests disclosure of information relating to a suspect from a third party, whether there is a search depends on whether, in light of the totality of the circumstances, the suspect has a reasonable expectation of privacy in that information: *Plant*, at p. 293; *Gomboc*, at paras. 27-30, *per* Deschamps J. In *Duarte*, the Court distinguished between a person repeating a conversation with a suspect to the police and the police procuring an audio recording of the same conversation. The Court held that the danger is "not the risk that someone will repeat our words but the

cette dernière pouvait formuler une demande, mais ne détenait pas l'autorité pour obliger le fournisseur à s'y conformer. Je conclus que les dispositions du contrat en l'espèce justifient l'existence d'une attente raisonnable en matière de vie privée, si un quelconque effet doit être donné à ces termes en cette matière, puisque la Politique sur la protection de la vie privée a pour effet de limiter strictement le droit de Shaw de communiquer des renseignements personnels concernant ses abonnés.

[66] À mon avis, compte tenu de l'ensemble des circonstances de la présente affaire, il existe une attente raisonnable en matière de vie privée à l'égard des renseignements relatifs à l'abonnée. La communication de ces renseignements permettra souvent d'identifier l'utilisateur qui mène des activités intimes ou confidentielles en ligne en tenant normalement pour acquis que ces activités demeurent anonymes. La demande faite par un policier visant la communication volontaire par le FSI de renseignements de cette nature constitue donc une fouille.

[67] Le procureur général de l'Alberta, intervenant en l'espèce, a dit craindre que, si la police n'était pas autorisée à demander la communication de renseignements relatifs à un abonné donné, d'autres demandes courantes pouvant révéler des renseignements confidentiels sur un suspect risquent d'être également interdites, ce qui aurait pour effet d'entraver indûment l'enquête sur des crimes. Par exemple, lorsque les policiers interrogent la victime d'un crime, des renseignements biographiques d'ordre personnel concernant le mode de vie du suspect pourraient être révélés. Je ne suis pas d'accord pour dire que cette conclusion découle des principes énoncés dans les présents motifs. Pour déterminer si la demande faite par un policier à un tiers de communiquer des renseignements concernant un suspect constitue une fouille ou une perquisition, il faut se demander si, compte tenu de l'ensemble des circonstances, le suspect a une attente raisonnable en matière de vie privée à l'égard de ces renseignements : *Plant*, p. 293; *Gomboc*, par. 27-30, la juge Deschamps. Dans l'arrêt *Duarte*, la Cour a établi une distinction entre une personne

much more insidious danger inherent in allowing the state, in its unfettered discretion, to record and transmit our words”: at pp. 43-44. Similarly in this case, the police request that the ISP disclose the subscriber information was in effect a request to link Mr. Spencer with precise online activity that had been the subject of monitoring by the police and thus engaged a more significant privacy interest than a simple question posed by the police in the course of an investigation.

B. *Was the Search Lawful?*

[68] A warrantless search, such as the one that occurred in this case, is presumptively unreasonable: *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265. The Crown bears the burden of rebutting this presumption. A search will be reasonable if (a) it was authorized by law, (b) the law itself was reasonable, and (c) the search was carried out in a reasonable manner: p. 278. Mr. Spencer has not challenged the constitutionality of the laws that purportedly authorized the search. He did raise concerns about the reasonableness of the manner, but in my view, these are groundless. Accordingly, we need only consider whether the search was authorized by law.

[69] The Crown supports the conclusions of Caldwell and Cameron J.J.A. in the Court of Appeal that any search was lawful, relying on the combined effect of s. 487.014 of the *Criminal Code* and s. 7(3)(c.1)(ii) of *PIPEDA*. I respectfully do not agree.

[70] Section 487.014(1) of the *Criminal Code* provides that a peace officer does not need a production order “to ask a person to voluntarily provide to the officer documents, data or information that the person is not prohibited by law from

qui rapporte à la police une conversation avec un suspect et l’enregistrement par la police de la même conversation. Selon la Cour, il s’agit « non plus [du] risque que quelqu’un répète nos propos, mais [du] danger bien plus insidieux qu’il y a à permettre que l’État, à son entière discrétion, enregistre et transmette nos propos » : p. 43-44. De même, dans l’affaire qui nous occupe, la demande par la police que le FSI communique les renseignements relatifs à l’abonnée constituait en fait une demande d’établir un lien entre M. Spencer et des activités précises menées en ligne qui avaient été surveillées par police, et mettait donc en jeu un droit en matière de vie privée beaucoup plus important qu’une simple question formulée lors d’une enquête policière.

B. *La fouille était-elle légitime?*

[68] Une fouille sans mandat, comme celle qui a été effectuée en l’espèce, est présumée abusive : *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265. Il incombe au ministère public de réfuter cette présomption. Une fouille ne sera pas abusive si a) elle est autorisée par la loi, b) la loi elle-même n’a rien d’abusif, et c) la fouille n’a pas été effectuée d’une manière abusive : p. 278. M. Spencer ne conteste pas la constitutionnalité des lois qui auraient autorisé la fouille. Il a toutefois soulevé des objections quant à la manière, qu’il estime abusive, dont a été effectuée la fouille. À mon avis, ces objections sont mal fondées. Il ne reste donc qu’à examiner si la fouille était autorisée par la loi.

[69] Le ministère public appuie les conclusions tirées par les juges Caldwell et Cameron de la Cour d’appel selon lesquelles la fouille était légitime, compte tenu de l’effet combiné de l’art. 487.014 du *Code criminel* et du sous-al. 7(3)c.1(ii) de la *LPRPDE*. En toute déférence, je ne souscris pas à cette opinion.

[70] Suivant le par. 487.014(1) du *Code criminel*, une ordonnance de communication n’est pas nécessaire pour qu’un agent de la paix « demande à une personne de lui fournir volontairement des documents, données ou renseignements qu’aucune

disclosing”. *PIPEDA* prohibits disclosure of the information unless the requirements of the law enforcement provision are met, including that the government institution discloses a lawful authority *to obtain*, not simply to ask for the information: s. 7(3)(c.1)(ii). On the Crown’s reading of these provisions, *PIPEDA*’s protections become virtually meaningless in the face of a police request for personal information: the “lawful authority” is a simple request without power to compel and, because there was a simple request, the institution is no longer prohibited by law from disclosing the information.

[71] “Lawful authority” in s. 7(3)(c.1)(ii) of *PIPEDA* must be contrasted with s. 7(3)(c), which provides that personal information may be disclosed without consent where “required to comply with a subpoena or warrant issued or an order made by a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information, or to comply with rules of court relating to the production of records”. The reference to “lawful authority” in s. 7(3)(c.1)(ii) must mean something other than a “subpoena or [search] warrant”. “Lawful authority” may include several things. It may refer to the common law authority of the police to ask questions relating to matters that are not subject to a reasonable expectation of privacy. It may refer to the authority of police to conduct warrantless searches under exigent circumstances or where authorized by a reasonable law: *Collins*. As the interveners the Privacy Commissioner of Canada submitted, interpreting “lawful authority” as requiring more than a bare request by law enforcement gives this term a meaningful role to play in the context of s. 7(3) and should be preferred over alternative meanings that do not do so. In short, I agree with the Ontario Court of Appeal in *Ward* on this point that neither s. 487.014(1) of the *Criminal Code*, nor *PIPEDA*

règle de droit n’interdit à celle-ci de communiquer ». La *LPRPDE* interdit la communication de renseignements à moins que les autorités d’application de la loi ne respectent les exigences les concernant, notamment l’exigence selon laquelle une institution gouvernementale doit mentionner la source de l’autorité légitime étayant son droit *d’obtenir* les renseignements, et non seulement de les demander : sous-al. 7(3)c.1)(ii). Selon l’interprétation que donne le ministère public de ces dispositions, une demande de renseignements personnels faite par la police rendrait pratiquement sans effet les protections prévues par la *LPRPDE* : l’exigence relative à la « source de l’autorité légitime » ne constitue qu’une simple demande sans aucun pouvoir de contrainte, mais, par suite d’une simple demande, la communication de renseignements par l’institution en question n’est plus prohibée par la loi.

[71] Il faut distinguer la « source de l’autorité légitime » à laquelle réfère le sous-al. 7(3)c.1)(ii) de la *LPRPDE* et l’al. 7(3)c), selon lequel la communication des renseignements personnels peut être faite sans le consentement de l’intéressé lorsqu’« elle est exigée par assignation, mandat ou ordonnance d’un tribunal, d’une personne ou d’un organisme ayant le pouvoir de contraindre à la production de renseignements ou exigée par des règles de procédure se rapportant à la production de documents ». Le renvoi à la « source de l’autorité légitime » au sous-al. 7(3)c.1)(ii) doit viser autre chose qu’une « assignation » ou un « mandat » de perquisition. La « source de l’autorité légitime » peut avoir plusieurs sens. Cette notion peut désigner le pouvoir conféré par la common law aux policiers de poser des questions portant sur des éléments qui ne font pas l’objet d’une attente raisonnable en matière de vie privée. Elle peut renvoyer au pouvoir de la police d’effectuer une fouille ou une perquisition sans mandat dans des circonstances contraignantes ou dans des cas où une loi qui n’a rien d’abusif le permet : *Collins*. Comme le fait valoir la commissaire à la protection de la vie privée du Canada, intervenante en l’espèce, si on tient pour acquis que la « source de l’autorité légitime »

creates any police search and seizure powers: para. 46.

nécessite davantage qu’une simple demande faite par les autorités d’application de la loi, cette notion arrive à jouer un rôle significatif dans le contexte du par. 7(3), au détriment d’autres interprétations qui n’ont pas cet effet. Bref, je suis d’accord avec la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *Ward* sur ce point, pour dire que ni le par. 487.014(1) du *Code criminel* ni la *LPRPDE* n’ont pour effet de conférer à la police des pouvoirs en matière de fouilles, de perquisitions ou de saisies : par. 46.

[72] I recognize that this conclusion differs from that of the Saskatchewan Court of Appeal in *Trapp*, at para. 66, and the British Columbia Supreme Court in *R. v. McNeice*, 2010 BCSC 1544 (CanLII), at para. 43. The Court of Appeal in *Trapp* read s. 487.014(1) together with s. 29(2)(g) of *The Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, S.S. 1990-91, c. F-22.01, an analogous provision to s. 7(3)(c.1)(ii) of *PIPEDA*, although one from which the “lawful authority” requirement is absent. The court held that s. 487.014(1) gave the police a power to make any inquiries that were not otherwise prohibited by law. The court in *McNeice* took the same approach, although that case concerned s. 7(3)(c.1)(ii) of *PIPEDA*, the same provision at issue in this case.

[72] Je reconnais que cette conclusion diffère de celle tirée par la Cour d’appel de la Saskatchewan dans *Trapp*, par. 66, et par la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans *R. c. McNeice*, 2010 BCSC 1544 (CanLII), par. 43. Dans l’arrêt *Trapp*, la Cour d’appel a interprété le par. 487.014(1) de concert avec l’al. 29(2)(g) de la *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, S.S. 1990-91, ch. F-22.01, disposition analogue à celle énoncée au sous-al. 7(3)c.1(ii) de la *LPRPDE*, même si l’exigence relative à la « source de l’autorité légitime » y est absente. La cour a affirmé que le par. 487.014(1) conférait aux policiers le pouvoir de faire toute demande qui n’était pas prohibée par la loi. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a adopté la même approche dans l’affaire *McNeice*, même si celle-ci portait sur le sous-al. 7(3)c.1(ii) de la *LPRPDE*, disposition qui est en cause dans le présent pourvoi.

[73] With respect, I cannot accept that this conclusion applies to s. 7(3)(c.1)(ii) of *PIPEDA*. Section 487.014(1) is a declaratory provision that confirms the existing common law powers of police officers to make enquiries, as indicated by the fact that the section begins with the phrase “[f]or greater certainty”: see *Ward*, at para. 49. *PIPEDA* is a statute whose purpose, as set out in s. 3, is to increase the protection of personal information. Since in the circumstances of this case the police do not have the power to conduct a search for subscriber information in the absence of exigent circumstances or a reasonable law, I do not see how they could gain a new search power through the combination of a declaratory provision and

[73] En toute déférence, je ne peux accepter que cette conclusion s’applique au sous-al. 7(3)c.1(ii) de la *LPRPDE*. Le paragraphe 487.014(1) est une disposition déclaratoire qui confirme les pouvoirs de common law permettant aux policiers de formuler des questions, comme l’indique les premiers mots de son libellé en français « [i]l demeure entendu qu[e] » ou de son libellé en anglais « [f]or greater certainty » : voir *Ward*, par. 49. La *LPRPDE* est une loi qui a pour objet, comme il est indiqué à l’art. 3, d’accroître la protection des renseignements personnels. Puisque, en l’espèce, les policiers n’avaient pas le pouvoir d’effectuer une fouille ou une perquisition pour obtenir des renseignements relatifs à l’abonnée en l’absence de circonstances

a provision enacted to promote the protection of personal information.

[74] The subscriber information obtained by police was used in support of the Information to Obtain which led to the issuance of a warrant to search Ms. Spencer's residence. Without that information, the warrant could not have been obtained. It follows that if that information is excluded from consideration as it must be because it was unconstitutionally obtained, there were not adequate grounds to sustain the issuance of the warrant, and the search of the residence was therefore unlawful. I conclude, therefore, that the conduct of the search of Ms. Spencer's residence violated the *Charter: Plant*, at p. 296; *Hunter v. Southam*, at p. 161. Nothing in these reasons addresses or diminishes any existing powers of the police to obtain subscriber information in exigent circumstances such as, for example, where the information is required to prevent imminent bodily harm. There were no such circumstances here.

C. *Should the Evidence Have Been Excluded*

[75] Neither the trial judge nor the Court of Appeal found a breach of s. 8 in this case and, therefore, did not have to consider the question of whether the evidence obtained in a manner that violated Mr. Spencer's *Charter* rights should be excluded under s. 24(2) of the *Charter*. The question is whether the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. I accept, as both Mr. Spencer and the Crown agree, that we can determine this issue on the record before us. However, I disagree with Mr. Spencer's submission that the evidence should be excluded. In my view, it should not.

contraignantes ou d'une loi qui n'a rien d'abusif, je ne vois pas comment ils pourraient obtenir un nouveau pouvoir en matière de fouille ou de perquisition par l'effet combiné d'une disposition déclaratoire et d'une disposition adoptée afin de favoriser la protection des renseignements personnels.

[74] La police a utilisé les renseignements relatifs à l'abonnée pour étayer la dénonciation qui a conduit à la délivrance d'un mandat l'autorisant à perquisitionner dans la résidence de M^{me} Spencer. En l'absence de ces renseignements, la police n'aurait pas pu obtenir le mandat. Par conséquent, si ces renseignements sont écartés (ce qui doit être le cas, parce qu'ils ont été obtenus d'une façon inconstitutionnelle), il n'y avait aucun motif valable justifiant la délivrance d'un mandat et la fouille ou la perquisition à la résidence était abusive. Je conclus donc que l'exécution de la fouille ou de la perquisition à la résidence de M^{me} Spencer violait la *Charte : Plant*, p. 296; *Hunter c. Southam*, p. 161. Rien dans les présents motifs ne porte sur les pouvoirs dont disposent les policiers pour obtenir des renseignements relatifs à un abonné dans des circonstances contraignantes, par exemple, lorsqu'il est nécessaire d'obtenir de tels renseignements pour prévenir un préjudice physique imminent, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. Rien non plus, dans les présents motifs, ne restreint ces pouvoirs.

C. *La preuve aurait-elle dû être écartée?*

[75] Ni le juge du procès ni la Cour d'appel n'ont conclu qu'il y avait violation de l'art. 8 en l'espèce. Ils n'avaient donc pas à se demander si les éléments de preuve obtenus d'une façon qui portait atteinte aux droits de M. Spencer garantis par la *Charte* devraient être écartés en application du par. 24(2) de la même *Charte*. Il s'agit de savoir si l'admission de la preuve serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. J'admets, comme M. Spencer et le ministère public intimé en conviennent, que nous pouvons trancher cette question sur la foi du dossier dont nous sommes saisis. Toutefois, je ne souscris pas à l'argument de M. Spencer selon lequel la preuve devrait être écartée. En effet, j'estime qu'il n'y a pas lieu qu'elle le soit.

[76] The test for applying s. 24(2) is set out in *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353. The court must “assess and balance the effect of admitting the evidence on society’s confidence in the justice system having regard to: (1) the seriousness of the *Charter*-infringing state conduct . . ., (2) the impact of the breach on the *Charter*-protected interests of the accused . . ., and (3) society’s interest in the adjudication of the case on its merits”: para. 71.

[77] Turning first to the seriousness of the state conduct, my view is that it cannot be characterized as constituting either “[w]ilful or flagrant disregard of the *Charter*”: *Grant*, at para. 75. Det. Sgt. Parisien testified that he believed the request to Shaw was authorized by law and that Shaw could consent to provide the information to him. He also testified, however, that he was aware that there were decisions both ways on the issue of whether this was a legally acceptable practice. While I would not want to be understood to be encouraging the police to act without warrants in “gray areas”, in light of the fact that the trial judge and three judges of the Court of Appeal concluded that Det. Sgt. Parisien had acted lawfully, his belief was clearly reasonable. In short, the police were acting by what they reasonably thought were lawful means to pursue an important law enforcement purpose. There is no challenge to any other aspect of the information to obtain the search warrant. The nature of the police conduct in this case would not tend to bring the administration of justice into disrepute.

[78] The second *Grant* factor is the impact of the *Charter*-infringing conduct on Mr. Spencer’s *Charter*-protected interests. That impact here was serious. As discussed above, anonymity is an important safeguard for privacy interests online. The violation of that anonymity exposed personal choices made by Mr. Spencer to be his own and subjected them to police scrutiny as such. This weighs in favour of excluding the evidence.

[76] Le critère relatif à l’application du par. 24(2) est énoncé dans l’arrêt *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353. Le tribunal doit « évaluer et mettre en balance l’effet que l’utilisation des éléments de preuve aurait sur la confiance de la société envers le système de justice en tenant compte de : (1) la gravité de la conduite attentatoire de l’État [. . .], (2) l’incidence de la violation sur les droits de l’accusé garantis par la *Charte* [. . .] et (3) l’intérêt de la société à ce que l’affaire soit jugée au fond » : par. 71.

[77] En ce qui concerne la gravité de la conduite de l’État, j’estime qu’il n’y a pas lieu de qualifier cette dernière de « non-respect délibéré ou manifeste de la *Charte* » : *Grant*, par. 75. Le sergent-détective Parisien a déclaré qu’il croyait que la demande adressée à Shaw était autorisée par la loi et que Shaw consentirait à lui fournir l’information. Il a toutefois ajouté qu’il connaissait l’existence de décisions contradictoires quant à la question de savoir si cette pratique était légale. Bien que je ne voudrais pas qu’on comprenne des présents motifs que j’encourage les policiers à agir sans mandat dans les « zones grises », vu que le juge du procès et les trois juges de la Cour d’appel ont conclu que le sergent-détective Parisien avait agi légalement, sa conviction était manifestement raisonnable. Bref, les policiers se sont servi de ce qu’ils croyaient raisonnablement être des moyens légitimes pour poursuivre un objectif important visant l’application de la loi. Les autres aspects relatifs à la dénonciation justifiant l’obtention du mandat de perquisition ne sont pas contestés. Par sa nature, la conduite des policiers en l’espèce ne serait pas susceptible de déconsidérer l’administration de la justice.

[78] Le deuxième facteur énoncé dans l’arrêt *Grant* porte sur l’incidence de la conduite attentatoire sur les droits de M. Spencer garantis par la *Charte*. L’incidence était très grave en l’espèce. Rappelons que l’anonymat constitue une protection importante des droits en matière de vie privée à l’égard des activités en ligne. La violation de l’anonymat a exposé les choix personnels de M. Spencer et les a soumis à l’examen de la police. Ce facteur favorise l’exclusion de la preuve.

[79] That brings me to the final factor, society's interest in an adjudication on the merits. As explained in *Grant*,

while the public has a heightened interest in seeing a determination on the merits where the offence charged is serious, it also has a vital interest in having a justice system that is above reproach, particularly where the penal stakes for the accused are high. [para. 84]

[80] The offences here are serious and carry minimum prison sentences. Society has both a strong interest in the adjudication of the case and also in ensuring that the justice system remains above reproach in its treatment of those charged with these serious offences. If the evidence is excluded, the Crown will effectively have no case. The impugned evidence (the electronic files containing child pornography) is reliable and was admitted by the defence at trial to constitute child pornography. Society undoubtedly has an interest in seeing a full and fair trial based on reliable evidence, and all the more so for a crime which implicates the safety of children.

[81] Balancing the three factors, my view is that exclusion of the evidence rather than its admission would bring the administration of justice into disrepute, and I would uphold its admission.

D. *The Fault Element of the "Making Available" Offence*

[82] The Court of Appeal ordered a new trial on the "making available" count on the basis that the trial judge had erred in his analysis of the fault requirement for the offence. It found that the trial judge had erred by finding that the making available offence required that Mr. Spencer knew that some positive act on his part facilitated access by others to the pornography. This error, in the Court of Appeal's view, led the judge to fail to consider whether Mr. Spencer had been wilfully blind to the fact that the pornography was being made available to others

[79] Je passe maintenant au dernier facteur, à savoir l'intérêt de la société à ce que l'affaire soit jugée au fond. Comme il est expliqué dans l'arrêt *Grant*,

si la gravité d'une infraction accroît l'intérêt du public à ce qu'il y ait un jugement au fond, l'intérêt du public en l'irréprochabilité du système de justice n'est pas moins vital, particulièrement lorsque l'accusé encourt de lourdes conséquences pénales. [par. 84]

[80] Les infractions reprochées en l'espèce sont graves et sont punissables de peines minimales d'emprisonnement. La société a un intérêt manifeste à la fois à ce que l'affaire soit jugée et à ce que le fonctionnement du système de justice demeure irréprochable au regard des individus accusés de ces infractions graves. Si la preuve est écartée, le ministère public n'aura effectivement aucun recours à faire valoir. Les éléments de preuve contestés (les fichiers électroniques contenant de la pornographie juvénile) sont fiables et la défense a admis lors du procès qu'ils constituaient de la pornographie juvénile. La société a sans doute un intérêt à ce que l'affaire soit jugée dans le cadre d'un procès juste et équitable, fondé sur une preuve fiable, et encore plus dans le cas d'un crime qui vise la sécurité des enfants.

[81] Après avoir mis en balance les trois facteurs, j'estime que c'est l'exclusion de la preuve, et non son admission, qui serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice et je suis d'avis de confirmer l'admission de cette preuve.

D. *L'élément de faute de l'infraction de « rendre accessible »*

[82] La Cour d'appel a ordonné la tenue d'un nouveau procès sur le chef d'accusation de « rendre accessible », au motif que le juge du procès avait commis une erreur dans son analyse relative à l'exigence de faute de l'infraction. Selon la Cour, le juge du procès a commis une erreur en concluant que l'infraction de rendre accessible exigeait que M. Spencer ait connaissance que certaines de ses actions délibérées avaient facilité l'accès d'autres personnes à la pornographie. De l'avis de la Cour, le juge a ainsi omis de se demander si M. Spencer

through the shared folder. I respectfully agree with the Court of Appeal on both points and would affirm the order for a new trial.

[83] There is no dispute that the accused in a prosecution under s. 163.1(3) of the *Criminal Code* must be proved to have had knowledge that the pornographic material was being made available. This does not require, however, as the trial judge suggested, that the accused must knowingly, by some positive act, facilitate the availability of the material. I accept Caldwell J.A.'s conclusion that the offence is complete once the accused knowingly makes pornography available to others. As he put it,

[i]n the context of a file sharing program, the *mens rea* element of making available child pornography under s. 163.1(3) requires proof of the intent to make computer files containing child pornography available to others using that program or actual knowledge that the file sharing program makes files available to others. [para. 87]

While the trial judge's reasons may perhaps be open to more than one interpretation on this point, reading his reasons as a whole, I also agree with Caldwell J.A. that the trial judge erred in deciding that a positive act was required to satisfy the *mens rea* component of the making available offence: para. 81.

[84] I further agree with Caldwell J.A. that wilful blindness was a live issue on the evidence and that it was because of the trial judge's error in relation to positive facilitation that he did not turn his mind to the evidence that could support an inference of wilful blindness. Wilful blindness is a substitute for knowledge. As explained by Charron J. in *R. v. Briscoe*, 2010 SCC 13, [2010] 1 S.C.R. 411, at para. 21,

avait fait preuve d'aveuglement volontaire quant à l'accessibilité de la pornographie à d'autres personnes au moyen du répertoire partagé. Je souscris à l'opinion de la Cour d'appel sur ces deux points et je suis d'avis de confirmer l'ordonnance prescrivant la tenue d'un nouveau procès.

[83] Il n'est pas contesté que, dans le cadre d'une poursuite sous le régime du par. 163.1(3) du *Code criminel*, il faut prouver que l'accusé avait connaissance du fait que le matériel pornographique était rendu accessible à d'autres personnes. Il n'est toutefois pas nécessaire, comme l'a suggéré le juge du procès, que l'accusé doive sciemment, par une certaine action concrète, faciliter l'accès au matériel. J'accepte la conclusion du juge Caldwell selon laquelle les éléments de l'infraction sont tous réunis lorsque l'accusé rend sciemment accessible la pornographie à d'autres personnes. Selon le juge :

[TRADUCTION] S'agissant d'un programme de partage de fichiers, l'élément de *mens rea* relatif à l'infraction de rendre accessible de la pornographie juvénile prévue au par. 163.1(3) exige une preuve de l'intention de rendre les fichiers informatiques contenant de la pornographie juvénile accessibles à d'autres personnes en utilisant ce logiciel ou une connaissance réelle que le programme de partage de fichiers rend les fichiers accessibles à d'autres personnes. [par. 87]

Bien que les motifs formulés par le juge du procès se prêtent probablement à plusieurs interprétations sur ce point, compte tenu de leur ensemble, je partage également l'avis du juge Caldwell selon lequel le juge du procès a commis une erreur en décidant que la *mens rea* de l'infraction de rendre accessible exigeait l'accomplissement d'un geste délibéré : para. 81.

[84] À l'instar du juge Caldwell, j'estime aussi que l'aveuglement volontaire était une question en litige compte tenu de la preuve et qu'en raison de son erreur relative au geste délibéré le juge du procès ne s'est pas penché sur les éléments de preuve susceptibles d'étayer une conclusion d'aveuglement volontaire. L'aveuglement volontaire remplace la connaissance. Comme l'a expliqué le juge Charron dans l'arrêt *R. c. Briscoe*, 2010 CSC 13, [2010] 1 R.C.S. 411, par. 21 :

[w]ilful blindness does not define the *mens rea* required for particular offences. Rather, it can substitute for actual knowledge whenever knowledge is a component of the *mens rea*. The doctrine of wilful blindness imputes knowledge to an accused whose suspicion is aroused to the point where he or she sees the need for further inquiries, but deliberately chooses not to make those inquiries. See *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570, and *R. v. Jorgensen*, [1995] 4 S.C.R. 55. As Sopinka J. succinctly put it in *Jorgensen* (at para. 103), “[a] finding of wilful blindness involves an affirmative answer to the question: Did the accused shut his eyes because he knew or strongly suspected that looking would fix him with knowledge?” [Emphasis added.]

[85] The evidence calling for consideration of wilful blindness included, for example, evidence that in Mr. Spencer’s statement to police he acknowledged the following: that LimeWire is a file-sharing program; that he had changed at least one default setting in LimeWire; that when LimeWire is first installed on a computer, it displays information notifying the user that it is a file-sharing program; that at the start of each session, LimeWire notifies the user that it is a file-sharing program and warns of the ramifications of file-sharing; and that LimeWire contains built-in visual indicators that show the progress of the uploading of files by others from the user’s computer: paras. 88-89.

[86] Given that wilful blindness was a live issue and that the trial judge’s error in holding that a positive act was required to meet the *mens rea* component of the making available offence resulted in his not considering the wilful blindness issue, I agree with Caldwell J.A. that the error could reasonably be thought to have had a bearing on his decision to acquit: para. 93; *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609, at para. 14.

III. Disposition

[87] I would dismiss the appeal, affirm the conviction on the possession count and uphold the

L’ignorance volontaire ne définit pas la *mens rea* requise d’infractions particulières. Au contraire, elle peut remplacer la connaissance réelle chaque fois que la connaissance est un élément de la *mens rea*. La doctrine de l’ignorance volontaire impute une connaissance à l’accusé qui a des doutes au point de vouloir se renseigner davantage, mais qui choisit délibérément de ne pas le faire. Voir *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570, et *R. c. Jorgensen*, [1995] 4 R.C.S. 55. Comme l’a dit succinctement le juge Sopinka dans *Jorgensen* (par. 103), « [p]our conclure à l’ignorance volontaire, il faut répondre par l’affirmative à la question suivante : L’accusé a-t-il fermé les yeux parce qu’il savait ou soupçonnait fortement que s’il regardait, il saurait? » [Je souligne.]

[85] Parmi les éléments de preuve commandant l’examen de la question de l’aveuglement volontaire, mentionnons entre autres le fait que M. Spencer a reconnu dans sa déclaration à la police ceci : que LimeWire est un programme de partage de fichiers; qu’il avait modifié au moins un réglage par défaut de ce logiciel; que, lorsqu’il est installé la première fois sur un ordinateur, LimeWire affiche un message d’avertissement pour aviser l’utilisateur qu’il s’agit d’un programme de partage de fichiers; que, au début de chaque session, LimeWire avise l’utilisateur que c’est un programme de partage de fichiers et le met en garde contre les répercussions du partage de fichiers; que LimeWire contient des indicateurs visuels qui montrent la progression du téléchargement des fichiers par d’autres personnes à partir de l’ordinateur de l’utilisateur : par. 88-89.

[86] Puisque l’aveuglement volontaire était une question en litige et que l’erreur du juge du procès — lorsqu’il a conclu qu’un geste délibéré était nécessaire pour satisfaire à l’exigence de la *mens rea* de l’infraction de rendre accessible — lui a fait omettre l’examen de cette question, je conviens avec le juge Caldwell qu’il serait raisonnable de penser que cette erreur a eu une incidence sur le verdict d’acquiescement : par. 93; *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609, par. 14.

III. Dispositif

[87] Je suis d’avis de rejeter le pourvoi, de confirmer la déclaration de culpabilité relative au chef

Court of Appeal's order for a new trial on the making available count.

d'accusation de possession ainsi que l'ordonnance de Cour d'appel enjoignant la tenue d'un nouveau procès sur le chef d'accusation de rendre accessible.

APPENDIX

Personal Information Protection and Electronic Documents Act, S.C. 2000, c. 5

7. . . .

(3) [Disclosure without knowledge or consent] For the purpose of clause 4.3 of Schedule 1, and despite the note that accompanies that clause, an organization may disclose personal information without the knowledge or consent of the individual only if the disclosure is

. . . .

(c) required to comply with a subpoena or warrant issued or an order made by a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information, or to comply with rules of court relating to the production of records;

(c.1) made to a government institution or part of a government institution that has made a request for the information, identified its lawful authority to obtain the information and indicated that

. . . .

(ii) the disclosure is requested for the purpose of enforcing any law of Canada, a province or a foreign jurisdiction, carrying out an investigation relating to the enforcement of any such law or gathering intelligence for the purpose of enforcing any such law, or

. . . .

(d) made on the initiative of the organization to an investigative body, a government institution or a part of a government institution and the organization

(i) has reasonable grounds to believe that the information relates to a breach of an agreement or a contravention of the laws of Canada, a province

ANNEXE

Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques, L.C. 2000, ch. 5

7. . . .

(3) [Communication à l'insu de l'intéressé et sans son consentement] Pour l'application de l'article 4.3 de l'annexe 1 et malgré la note afférente, l'organisation ne peut communiquer de renseignement personnel à l'insu de l'intéressé et sans son consentement que dans les cas suivants :

. . . .

c) elle est exigée par assignation, mandat ou ordonnance d'un tribunal, d'une personne ou d'un organisme ayant le pouvoir de contraindre à la production de renseignements ou exigée par des règles de procédure se rapportant à la production de documents;

c.1) elle est faite à une institution gouvernementale — ou à une subdivision d'une telle institution — qui a demandé à obtenir le renseignement en mentionnant la source de l'autorité légitime étayant son droit de l'obtenir et le fait, selon le cas :

. . . .

(ii) que la communication est demandée aux fins du contrôle d'application du droit canadien, provincial ou étranger, de la tenue d'enquêtes liées à ce contrôle d'application ou de la collecte de renseignements en matière de sécurité en vue de ce contrôle d'application,

. . . .

d) elle est faite, à l'initiative de l'organisation, à un organisme d'enquête, une institution gouvernementale ou une subdivision d'une telle institution et l'organisation, selon le cas, a des motifs raisonnables de croire que le renseignement est afférent à la violation d'un accord ou à une contravention au droit fédéral, provincial ou étranger qui a été commise ou est en

or a foreign jurisdiction that has been, is being or is about to be committed, or

(ii) suspects that the information relates to national security, the defence of Canada or the conduct of international affairs;

. . .

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46

163.1 . . .

(3) [Distribution, etc. of child pornography] Every person who transmits, makes available, distributes, sells, advertises, imports, exports or possesses for the purpose of transmission, making available, distribution, sale, advertising or exportation any child pornography is guilty of

(a) an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding ten years and to a minimum punishment of imprisonment for a term of one year; or

(b) an offence punishable on summary conviction and is liable to imprisonment for a term not exceeding two years less a day and to a minimum punishment of imprisonment for a term of six months.

. . .

487.014 (1) [Power of peace officer] For greater certainty, no production order is necessary for a peace officer or public officer enforcing or administering this or any other Act of Parliament to ask a person to voluntarily provide to the officer documents, data or information that the person is not prohibited by law from disclosing.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: McDougall Gauley, Regina.

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

Solicitor for the intervenor the Director of Public Prosecutions: Public Prosecution Service of Canada, Edmonton and Halifax.

train ou sur le point de l'être ou soupçonne que le renseignement est afférent à la sécurité nationale, à la défense du Canada ou à la conduite des affaires internationales;

. . .

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46

163.1 . . .

(3) [Distribution de pornographie juvénile] Quiconque transmet, rend accessible, distribue, vend, importe ou exporte de la pornographie juvénile ou en fait la publicité, ou en a en sa possession en vue de la transmettre, de la rendre accessible, de la distribuer, de la vendre, de l'exporter ou d'en faire la publicité, est coupable :

a) soit d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de dix ans, la peine minimale étant de un an;

b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans moins un jour, la peine minimale étant de six mois.

. . .

487.014 (1) [Pouvoir de l'agent de la paix] Il demeure entendu qu'une ordonnance de communication n'est pas nécessaire pour qu'un agent de la paix ou un fonctionnaire public chargé de l'application ou de l'exécution de la présente loi ou de toute autre loi fédérale demande à une personne de lui fournir volontairement des documents, données ou renseignements qu'aucune règle de droit n'interdit à celle-ci de communiquer.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant : McDougall Gauley, Regina.

Procureur de l'intimée : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureur de l'intervenant le directeur des poursuites pénales : Service des poursuites pénales du Canada, Edmonton et Halifax.

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Calgary.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Calgary.

Solicitors for the intervener the Privacy Commissioner of Canada: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le commissaire à la protection de la vie privée du Canada : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Kapoor Barristers, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Kapoor Barristers, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario: Dawe & Dineen, Toronto; Schreck Presser, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario : Dawe & Dineen, Toronto; Schreck Presser, Toronto.

**Roger William, on his own behalf,
on behalf of all other members of the
Xeni Gwet'in First Nations Government
and on behalf of all other members of
the Tsilhqot'in Nation** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen in Right of
the Province of British Columbia,
Regional Manager of the Cariboo
Forest Region and Attorney General
of Canada** *Respondents*

and

**Attorney General of Quebec,
Attorney General of Manitoba,
Attorney General for Saskatchewan,
Attorney General of Alberta,
Te'mexw Treaty Association,
Business Council of British Columbia,
Council of Forest Industries,
Coast Forest Products Association,
Mining Association of British Columbia,
Association for Mineral Exploration
British Columbia,
Assembly of First Nations,
Gitanyow Hereditary Chiefs of Gwass Hlaam,
Gamlaxyeltxw, Malii, Gwinuu, Haizimsque,
Watakhayetsxw, Luuxhon and
Wii'litswx, on their own behalf and
on behalf of all Gitanyow,
Hul'qumi'num Treaty Group,
Council of the Haida Nation,
Office of the Wet'suwet'en Chiefs,
Indigenous Bar Association in Canada,
First Nations Summit,
Tsawout First Nation,
Tsartlip First Nation,
Snuneymuxw First Nation,
Kwakiutl First Nation,
Coalition of Union of**

**Roger William, en son propre nom, au nom
de tous les autres membres du gouvernement
de la Première Nation Xeni Gwet'in et
au nom de tous les autres membres de la
Nation Tsilhqot'in** *Appelant*

c.

**Sa Majesté la Reine du chef de la
province de la Colombie-Britannique,
chef régional de la région de
Cariboo Forest et procureur général
du Canada** *Intimés*

et

**Procureur général du Québec,
procureur général du Manitoba,
procureur général de la Saskatchewan,
procureur général de l'Alberta,
Association du traité des Te'mexw,
Business Council of British Columbia,
Council of Forest Industries,
Coast Forest Products Association,
Mining Association of British Columbia,
Association for Mineral Exploration
British Columbia,
Assemblée des Premières Nations,
chefs héréditaires Gitanyow de Gwass Hlaam,
Gamlaxyeltxw, Malii, Gwinuu, Haizimsque,
Watakhayetsxw, Luuxhon et Wii'litswx,
en leur nom et au nom de tous les Gitanyow,
Groupe du traité Hul'qumi'num,
Conseil de la Nation haïda,
Bureau des chefs Wet'suwet'en,
Association du barreau autochtone
au Canada,
Sommet des Premières Nations,
Première Nation Tsawout,
Première Nation Tsartlip,
Première Nation Snuneymuxw,
Première Nation Kwakiutl,
Coalition de l'Union des chefs**

**British Columbia Indian Chiefs,
Okanagan Nation Alliance,
Shuswap Nation Tribal Council
and their member communities,
Okanagan, Adams Lake,
Neskonlith and Splatshin Indian Bands,
Amnesty International,
Canadian Friends Service Committee,
Gitxaala Nation, Chilko Resorts and
Community Association and Council
of Canadians** *Interveners*

**INDEXED AS: TSILHQOT'IN NATION v. BRITISH
COLUMBIA**

2014 SCC 44

File No.: 34986.

2013: November 7; 2014: June 26.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA**

Aboriginal law — Aboriginal title — Land claims — Elements of test for establishing Aboriginal title to land — Rights and limitations conferred by Aboriginal title — Duties owed by Crown before and after Aboriginal title to land established — Province issuing commercial logging licence in area regarded by semi-nomadic First Nation as traditional territory — First Nation claiming Aboriginal title to land — Whether test for Aboriginal title requiring proof of regular and exclusive occupation or evidence of intensive and site-specific occupation — Whether trial judge erred in finding Aboriginal title established — Whether Crown breached procedural duties to consult and accommodate before issuing logging licences — Whether Crown incursions on Aboriginal interest justified under s. 35 Constitution Act, 1982 framework — Forest Act, R.S.B.C. 1995, c. 157 — Constitution Act, 1982, s. 35.

Aboriginal law — Aboriginal title — Land claims — Provincial laws of general application — Constitutional

**indiens de la Colombie-Britannique,
l'Alliance des Nations de l'Okanagan,
le Conseil tribal de la Nation Shuswap
et leurs communautés membres,
bandes indiennes d'Okanagan,
d'Adams Lake, de Neskonlith et de Splatshin,
Amnistie internationale,
Secours Quaker canadien,
Nation Gitxaala, Chilko Resorts and
Community Association et Conseil
des Canadiens** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : NATION TSILHQOT'IN c. COLOMBIE-
BRITANNIQUE**

2014 CSC 44

N° du greffe : 34986.

2013 : 7 novembre; 2014 : 26 juin.

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

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

Droit des Autochtones — Titre ancestral — Revendications territoriales — Éléments du critère permettant d'établir l'existence du titre ancestral sur un territoire — Droits et restrictions rattachés au titre ancestral — Obligations de la Couronne avant et après la reconnaissance du titre ancestral — Province accordant un permis commercial de coupe de bois dans un secteur qu'une Première Nation semi-nomade considère être son territoire ancestral — Première Nation revendiquant le titre ancestral sur des terres — Le critère permettant d'établir l'existence du titre ancestral exige-t-il la preuve d'une occupation régulière et exclusive ou la preuve d'une occupation intensive d'un site spécifique? — Le juge de première instance a-t-il conclu par erreur à l'existence du titre ancestral? — La Couronne a-t-elle manqué à ses obligations procédurales de consulter et d'accommoder les Autochtones avant de délivrer les permis de coupe de bois? — Les atteintes portées par la Couronne aux intérêts des Autochtones sont-elles justifiées par le cadre d'analyse relatif à l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982? — Forest Act, R.S.B.C. 1995, ch. 157 — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.

Droit des Autochtones — Titre ancestral — Revendications territoriales — Lois provinciales d'application

constraints on provincial regulation of Aboriginal title land — Division of powers — Doctrine of interjurisdictional immunity — Infringement and justification framework under s. 35 Constitution Act, 1982 — Province issuing commercial logging licence in area regarded by semi-nomadic First Nation as traditional territory — First Nation claiming Aboriginal title to land — Whether provincial laws of general application apply to Aboriginal title land — Whether Forest Act on its face applies to Aboriginal title land — Whether application of Forest Act ousted by operation of Constitution — Whether doctrine of interjurisdictional immunity should be applied to lands held under Aboriginal title — Forest Act, R.S.B.C. 1995, c. 157 — Constitution Act, 1982, s. 35.

For centuries the Tsilhqot'in Nation, a semi-nomadic grouping of six bands sharing common culture and history, have lived in a remote valley bounded by rivers and mountains in central British Columbia. It is one of hundreds of indigenous groups in B.C. with unresolved land claims. In 1983, B.C. granted a commercial logging licence on land considered by the Tsilhqot'in to be part of their traditional territory. The band objected and sought a declaration prohibiting commercial logging on the land. Talks with the Province reached an impasse and the original land claim was amended to include a claim for Aboriginal title to the land at issue on behalf of all Tsilhqot'in people. The federal and provincial governments opposed the title claim.

The Supreme Court of British Columbia held that occupation was established for the purpose of proving title by showing regular and exclusive use of sites or territory within the claim area, as well as to a small area outside that area. Applying a narrower test based on site-specific occupation requiring proof that the Aboriginal group's ancestors intensively used a definite tract of land with reasonably defined boundaries at the time of European sovereignty, the British Columbia Court of Appeal held that the Tsilhqot'in claim to title had not been established.

générale — Contraintes constitutionnelles sur la réglementation, par la province, du territoire visé par le titre ancestral — Partage des compétences — Doctrine de l'exclusivité des compétences — Atteinte et cadre d'analyse de la justification relatif à l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 — Province accordant un permis commercial de coupe de bois dans un secteur qu'une Première Nation semi-nomade considère être son territoire ancestral — Première Nation revendiquant le titre ancestral sur le territoire — Les lois provinciales d'application générale s'appliquent-elles au territoire visé par le titre ancestral? — La Forest Act s'applique-t-elle à première vue au territoire visé par le titre ancestral? — La Constitution a-t-elle pour effet d'écarter l'application de la Forest Act? — La doctrine de l'exclusivité des compétences devrait-elle s'appliquer à des terres grevées du titre ancestral? — Forest Act, R.S.B.C. 1995, ch. 157 — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.

Depuis des siècles, la Nation Tsilhqot'in, un regroupement de six bandes semi-nomades ayant une culture et une histoire communes, vit dans une vallée éloignée entourée de rivières et de montagnes dans le centre de la Colombie-Britannique. Ce n'est qu'un groupe autochtone parmi des centaines en Colombie-Britannique dont les revendications territoriales ne sont pas réglées. En 1983, la province a accordé un permis commercial de coupe de bois sur des terres que les Tsilhqot'in considèrent faire partie de leur territoire ancestral. La bande s'y est opposée et a sollicité un jugement déclaratoire interdisant l'exploitation forestière commerciale sur le territoire. La négociation avec la province a mené à une impasse et la revendication territoriale initiale a été modifiée de manière à inclure une revendication du titre ancestral sur le territoire en cause au nom de tous les Tsilhqot'in. Les gouvernements fédéral et provincial ont contesté la revendication du titre.

La Cour suprême de la Colombie-Britannique a conclu que l'occupation était établie dans le but de fonder l'existence du titre par la démonstration d'une utilisation régulière et exclusive de certains sites ou du territoire revendiqué ainsi que d'un petit secteur à l'extérieur de ce territoire. Appliquant un critère plus restreint fondé sur l'occupation d'un site spécifique exigeant la preuve qu'au moment de l'affirmation de la souveraineté européenne, les ancêtres du groupe autochtone utilisaient intensément une parcelle de terrain spécifique dont les limites sont raisonnablement définies, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que l'existence du titre revendiqué par les Tsilhqot'in n'avait pas été établie.

Held: The appeal should be allowed and a declaration of Aboriginal title over the area requested should be granted. A declaration that British Columbia breached its duty to consult owed to the Tsilhqot'in Nation should also be granted.

The trial judge was correct in finding that the Tsilhqot'in had established Aboriginal title to the claim area at issue. The claimant group, here the Tsilhqot'in, bears the onus of establishing Aboriginal title. The task is to identify how pre-sovereignty rights and interests can properly find expression in modern common law terms. Aboriginal title flows from occupation in the sense of regular and exclusive use of land. To ground Aboriginal title "occupation" must be sufficient, continuous (where present occupation is relied on) and exclusive. In determining what constitutes sufficient occupation, which lies at the heart of this appeal, one looks to the Aboriginal culture and practices, and compares them in a culturally sensitive way with what was required at common law to establish title on the basis of occupation. Occupation sufficient to ground Aboriginal title is not confined to specific sites of settlement but extends to tracts of land that were regularly used for hunting, fishing or otherwise exploiting resources and over which the group exercised effective control at the time of assertion of European sovereignty.

In finding that Aboriginal title had been established in this case, the trial judge identified the correct legal test and applied it appropriately to the evidence. While the population was small, he found evidence that the parts of the land to which he found title were regularly used by the Tsilhqot'in, which supports the conclusion of sufficient occupation. The geographic proximity between sites for which evidence of recent occupation was tendered and those for which direct evidence of historic occupation existed also supports an inference of continuous occupation. And from the evidence that prior to the assertion of sovereignty the Tsilhqot'in repelled other people from their land and demanded permission from outsiders who wished to pass over it, he concluded that the Tsilhqot'in treated the land as exclusively theirs. The Province's criticisms of the trial judge's findings on the facts are primarily rooted in the erroneous thesis that only specific, intensively occupied areas can support Aboriginal title. Moreover, it was the trial judge's task to sort out conflicting evidence and make findings of fact.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et la Cour reconnaît l'existence du titre ancestral sur le territoire que vise la revendication. La Cour déclare également que la Colombie-Britannique a manqué à son obligation de consultation envers la Nation Tsilhqot'in.

Le juge de première instance a eu raison de conclure que les Tsilhqot'in avaient établi l'existence du titre ancestral sur le territoire revendiqué en cause. Il incombe au groupe revendicateur, en l'espèce les Tsilhqot'in, d'établir l'existence du titre ancestral. Il faut déterminer la façon dont les droits et intérêts qui existaient avant l'affirmation de la souveraineté peuvent trouver leur juste expression en common law moderne. Le titre ancestral découle de l'occupation, c'est-à-dire d'une utilisation régulière et exclusive des terres. Pour fonder l'existence du titre ancestral, l'« occupation » doit être suffisante, continue (si l'occupation actuelle est invoquée) et exclusive. Pour déterminer ce qui constitue une occupation suffisante, l'exigence qui se trouve au cœur du présent pourvoi, il faut examiner la culture et les pratiques des Autochtones et les comparer, tout en tenant compte de leurs particularités culturelles, à ce qui était requis en common law pour établir l'existence d'un titre fondé sur l'occupation. L'occupation suffisante pour fonder l'existence d'un titre ancestral ne se limite pas aux lieux spécifiques d'établissement, mais s'étend aux parcelles de terre régulièrement utilisées pour y pratiquer la chasse, la pêche ou d'autres types d'exploitation des ressources et sur lesquelles le groupe exerçait un contrôle effectif au moment de l'affirmation de la souveraineté européenne.

En concluant que l'existence du titre ancestral avait été établie en l'espèce, le juge de première instance a identifié le bon critère juridique et l'a correctement appliqué à la preuve. Le territoire était peu peuplé, mais il a relevé des éléments de preuve indiquant que les parties du territoire sur lesquelles il a conclu à l'existence du titre étaient régulièrement utilisées par les Tsilhqot'in, ce qui appuyait sa conclusion quant à la possession suffisante. La proximité géographique entre les sites à l'égard desquels une preuve d'occupation récente a été produite et ceux à l'égard desquels il existait une preuve directe d'occupation passée appuyait également l'inférence d'une occupation continue. Au vu de la preuve indiquant que les Tsilhqot'in, avant l'affirmation de la souveraineté, ont repoussé d'autres peuples de leurs terres et ont exigé que les étrangers qui désiraient passer sur leurs terres leur demandent la permission, il a conclu que les Tsilhqot'in considéraient qu'ils possédaient leurs terres en exclusivité. Les critiques de la province à l'endroit des conclusions de fait du juge de première

The presence of conflicting evidence does not demonstrate palpable and overriding error. The Province has not established that the conclusions of the trial judge are unsupported by the evidence or otherwise in error. Nor has it established his conclusions were arbitrary or insufficiently precise. Absent demonstrated error, his findings should not be disturbed.

The nature of Aboriginal title is that it confers on the group that holds it the exclusive right to decide how the land is used and the right to benefit from those uses, subject to the restriction that the uses must be consistent with the group nature of the interest and the enjoyment of the land by future generations. Prior to establishment of title, the Crown is required to consult in good faith with any Aboriginal groups asserting title to the land about proposed uses of the land and, if appropriate, accommodate the interests of such claimant groups. The level of consultation and accommodation required varies with the strength of the Aboriginal group's claim to the land and the seriousness of the potentially adverse effect upon the interest claimed.

Where Aboriginal title has been established, the Crown must not only comply with its procedural duties, but must also justify any incursions on Aboriginal title lands by ensuring that the proposed government action is substantively consistent with the requirements of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. This requires demonstrating both a compelling and substantial governmental objective and that the government action is consistent with the fiduciary duty owed by the Crown to the Aboriginal group. This means the government must act in a way that respects the fact that Aboriginal title is a group interest that inheres in present and future generations, and the duty infuses an obligation of proportionality into the justification process: the incursion must be necessary to achieve the government's goal (rational connection); the government must go no further than necessary to achieve it (minimal impairment); and the benefits that may be expected to flow from that goal must not be outweighed by adverse effects on the Aboriginal interest (proportionality of impact). Allegations of infringement or failure to adequately consult can be avoided by obtaining the consent of the interested Aboriginal group. This s. 35

instance reposent principalement sur la thèse erronée voulant que le titre ancestral s'attache uniquement à des secteurs spécifiques occupés intensivement. En outre, il appartenait au juge de première instance de faire la part des éléments de preuve contradictoires et de tirer des conclusions de fait. La présence d'éléments de preuve contradictoires ne démontre pas l'existence d'une erreur manifeste et dominante. La province n'a pas démontré que les conclusions du juge de première instance ne sont pas étayées par la preuve ou qu'elles sont autrement erronées. Elle n'a pas non plus démontré que ses conclusions étaient arbitraires ou manquaient de précision. En l'absence d'une erreur manifeste, ses conclusions ne devraient pas être modifiées.

De par sa nature, le titre ancestral confère au groupe qui le détient le droit exclusif de déterminer l'utilisation qu'il est fait des terres et de bénéficier des avantages que procure cette utilisation, pourvu que les utilisations respectent la nature collective de ce droit et préservent la jouissance des terres pour les générations futures. Avant que l'existence du titre soit établie, la Couronne est tenue de consulter de bonne foi les groupes autochtones qui revendiquent le titre sur des terres au sujet de ses projets d'utilisation des terres et, s'il y a lieu, de trouver des accommodements aux intérêts de ces groupes. Le niveau de consultation et d'accommodement requis varie en fonction de la solidité de la revendication du groupe autochtone et de la gravité de l'effet préjudiciable éventuel du projet sur l'intérêt revendiqué.

Lorsque l'existence du titre ancestral a été établie, la Couronne doit non seulement se conformer à ses obligations procédurales, mais elle doit aussi justifier toute incursion sur les terres visées par le titre ancestral en s'assurant que la mesure gouvernementale proposée est fondamentalement conforme aux exigences de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Elle doit à cette fin démontrer l'existence d'un objectif public réel et impérieux, et la compatibilité de la mesure gouvernementale avec l'obligation fiduciaire qu'a la Couronne envers le groupe autochtone. Le gouvernement doit donc agir d'une manière qui respecte le fait que le titre ancestral est un droit collectif inhérent aux générations actuelles et futures et que l'obligation fiduciaire de la Couronne insufflé une obligation de proportionnalité dans le processus de justification : l'atteinte doit être nécessaire pour atteindre l'objectif gouvernemental (lien rationnel); le gouvernement ne doit pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif (atteinte minimale); et les effets préjudiciables sur l'intérêt autochtone ne doivent pas l'emporter sur les avantages qui devraient découler de cet objectif (proportionnalité de l'incidence).

framework permits a principled reconciliation of Aboriginal rights with the interests of all Canadians.

The alleged breach in this case arises from the issuance by the Province of licences affecting the land in 1983 and onwards, before title was declared. The honour of the Crown required that the Province consult the Tsilhqot'in on uses of the lands and accommodate their interests. The Province did neither and therefore breached its duty owed to the Tsilhqot'in.

While unnecessary for the disposition of the appeal, the issue of whether the *Forest Act* applies to Aboriginal title land is of pressing importance and is therefore addressed. As a starting point, subject to the constitutional constraints of s. 35 of the *Constitution Act, 1982* and the division of powers in the *Constitution Act, 1867*, provincial laws of general application apply to land held under Aboriginal title. As a matter of statutory construction, the *Forest Act* on its face applied to the land in question at the time the licences were issued. The British Columbia legislature clearly intended and proceeded on the basis that lands under claim remain "Crown land" for the purposes of the *Forest Act* at least until Aboriginal title is recognized. Now that title has been established, however, the timber on it no longer falls within the definition of "Crown timber" and the *Forest Act* no longer applies. It remains open to the legislature to amend the Act to cover lands over which Aboriginal title has been established, provided it observes applicable constitutional restraints.

This raises the question of whether provincial forestry legislation that on its face purports to apply to Aboriginal title lands, such as the *Forest Act*, is ousted by the s. 35 framework or by the limits on provincial power under the *Constitution Act, 1867*. Under s. 35, a right will be infringed by legislation if the limitation is unreasonable, imposes undue hardship, or denies the holders of the right their preferred means of exercising the right. General regulatory legislation, such as legislation aimed at managing the forests in a way that deals with pest invasions or prevents forest fires, will often pass this test and

Les allégations d'atteinte aux droits ou de manquement à l'obligation de consulter adéquatement le groupe peuvent être évitées par l'obtention du consentement du groupe autochtone en question. Ce cadre d'analyse relatif à l'art. 35 permet une conciliation rationnelle des droits ancestraux et des intérêts de tous les Canadiens.

En l'espèce, le manquement allégué découle de la délivrance, par la province, de permis de coupe de bois sur les terres à compter de 1983, avant que l'existence du titre soit reconnue. Le principe de l'honneur de la Couronne obligeait la province à consulter les Tsilhqot'in à propos des utilisations des terres et à trouver des accommodements à leurs intérêts. La province n'a fait ni l'un ni l'autre et a donc manqué à son obligation envers les Tsilhqot'in.

La question de l'application de la *Forest Act* aux terres visées par un titre ancestral revêt une grande importance, et bien qu'il ne soit pas nécessaire de la trancher pour les besoins du présent pourvoi, il convient de l'examiner. Comme point de départ, sous réserve des contraintes constitutionnelles qu'imposent l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et le partage des compétences prévu dans la *Loi constitutionnelle de 1867*, les lois provinciales d'application générale s'appliquent aux terres détenues en vertu d'un titre ancestral. Suivant les règles d'interprétation législative, la *Forest Act* s'appliquait, à première vue, aux terres en question à l'époque où les permis ont été délivrés. Le législateur de la Colombie-Britannique entendait clairement que les terres revendiquées demeurent des « terres publiques » pour les besoins de la *Forest Act*, du moins jusqu'à ce que le titre ancestral soit reconnu; c'est sur quoi la province s'est fondée pour accorder le permis. Cependant, maintenant que l'existence du titre a été établie, la définition de « bois des terres publiques » ne s'applique plus au bois qui se trouve sur ces terres et la *Forest Act* ne s'applique plus à ces terres. Le législateur peut toujours modifier la *Forest Act* afin qu'elle s'applique au territoire sur lequel le titre ancestral a été établi, à la condition de respecter les contraintes constitutionnelles applicables.

Cela soulève la question de savoir si le cadre d'analyse relatif à l'art. 35, ou les limites à la compétence que la *Loi constitutionnelle de 1867* accorde à la province, écartent les lois provinciales régissant l'exploitation forestière, telle la *Forest Act*, qui sont à première vue censées s'appliquer aux terres visées par un titre ancestral. Aux termes de l'art. 35, une loi portera atteinte à un droit si la restriction est déraisonnable, si elle est indûment rigoureuse ou si elle refuse aux titulaires du droit le recours à leur moyen préféré de l'exercer. Une loi de nature réglementaire de portée générale, par

no infringement will result. However, the issuance of timber licences on Aboriginal title land is a direct transfer of Aboriginal property rights to a third party and will plainly be a meaningful diminution in the Aboriginal group's ownership right amounting to an infringement that must be justified in cases where it is done without Aboriginal consent.

Finally, for purposes of determining the validity of provincial legislative incursions on lands held under Aboriginal title, the framework under s. 35 displaces the doctrine of interjurisdictional immunity. There is no role left for the application of the doctrine of interjurisdictional immunity and the idea that Aboriginal rights are at the core of the federal power over "Indians" under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*. The doctrine of interjurisdictional immunity is directed to ensuring that the two levels of government are able to operate without interference in their core areas of exclusive jurisdiction. This goal is not implicated in cases such as this. Aboriginal rights are a limit on both federal and provincial jurisdiction. The problem in cases such as this is not competing provincial and federal power, but rather tension between the right of the Aboriginal title holders to use their land as they choose and the province which seeks to regulate it, like all other land in the province. Interjurisdictional immunity — premised on a notion that regulatory environments can be divided into watertight jurisdictional compartments — is often at odds with modern reality. Increasingly, as our society becomes more complex, effective regulation requires cooperation between interlocking federal and provincial schemes. Interjurisdictional immunity may thwart such productive cooperation.

In the result, provincial regulation of general application, including the *Forest Act*, will apply to exercises of Aboriginal rights such as Aboriginal title land, subject to the s. 35 infringement and justification framework. This carefully calibrated test attempts to reconcile general legislation with Aboriginal rights in a sensitive way as required by s. 35 of the *Constitution Act, 1982* and is fairer and more practical from a policy perspective than the blanket inapplicability imposed by the doctrine of interjurisdictional immunity. The result is a balance that

exemple une loi visant la gestion des forêts en prévenant les infestations de ravageurs ou les feux de forêt, satisfera souvent à ce critère et il n'en résultera aucune atteinte. Toutefois, la délivrance de permis de coupe de bois sur des terres grevées du titre ancestral constitue un transfert direct à des tiers de droits de propriété des Autochtones et entraîne manifestement une diminution significative du droit de propriété du groupe autochtone assimilable à une atteinte qui doit être justifiée dans les cas où les Autochtones n'y ont pas consenti.

Enfin, lorsqu'il s'agit de déterminer la validité d'une atteinte causée par l'application des lois provinciales à des terres visées par un titre ancestral, le cadre d'analyse relatif à l'art. 35 écarte la doctrine de l'exclusivité des compétences. L'application de la doctrine de l'exclusivité des compétences et la notion que les droits ancestraux font partie du contenu essentiel du pouvoir fédéral sur les « Indiens » prévu au par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne sont alors d'aucune utilité. La doctrine de l'exclusivité des compétences vise à faire en sorte que les deux niveaux de gouvernement soient en mesure de fonctionner sans que l'un empiète sur le contenu essentiel des domaines de compétence exclusive de l'autre. Cet objectif n'est pas en cause dans les affaires telles que celle qui nous occupe. Les droits ancestraux constituent une limite à l'exercice des compétences tant fédérales que provinciales. Le problème dans des cas comme celui-ci ne résulte pas d'une confrontation entre le pouvoir des provinces et celui du gouvernement fédéral mais plutôt d'une tension entre le droit des titulaires du titre ancestral d'utiliser leurs terres comme ils l'entendent et la volonté de la province de réglementer ces terres au même titre que toutes les autres terres dans la province. La doctrine de l'exclusivité des compétences — fondée sur l'idée que les contextes réglementaires peuvent être divisés en compartiments étanches — va souvent à l'encontre de la réalité moderne. Notre société devient plus complexe, et pour être efficace, la réglementation exige de plus en plus la coopération des régimes fédéral et provincial interreliés. La doctrine de l'exclusivité des compétences peut contrecarrer une telle coopération.

En conséquence, la réglementation provinciale d'application générale, notamment la *Forest Act*, s'appliquera à l'exercice des droits ancestraux tels que le titre ancestral sur des terres, sous réserve de l'application du cadre d'analyse relatif à l'art. 35 qui permet de justifier une atteinte. Ce critère soigneusement conçu vise à concilier la loi d'application générale et les droits ancestraux avec la délicatesse qu'exige l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et il est plus équitable et pratique du point de vue de la politique générale que l'inapplicabilité générale

preserves the Aboriginal right while permitting effective regulation of forests by the province. In this case, however, the Province's land use planning and forestry authorizations under the *Forest Act* were inconsistent with its duties owed to the Tsilhqot'in people.

Cases Cited

Applied: *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511; **distinguished:** *R. v. Morris*, 2006 SCC 59, [2006] 2 S.C.R. 915; **referred to:** *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *Western Australia v. Ward* (2002), 213 C.L.R. 1; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *R. v. Marshall*, 2003 NSCA 105, 218 N.S.R. (2d) 78; *R. v. Marshall*, 2005 SCC 43, [2005] 2 S.C.R. 220; *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650; *Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 533; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *Marine Services International Ltd. v. Ryan Estate*, 2013 SCC 44, [2013] 3 S.C.R. 53; *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11.
Constitution Act, 1867, ss. 91, 92, 109.
Constitution Act, 1982, Part I, Part II, s. 35.
Forest Act, R.S.B.C. 1996, c. 157, s. 1 "Crown land", "Crown timber", "private land".
Royal Proclamation (1763) (reprinted in R.S.C. 1985, App. II, No. 1).

Authors Cited

Black's Law Dictionary, 9th ed. St. Paul, Minn.: West, 2009, "vested".
 Hogg, Peter W. "The Constitutional Basis of Aboriginal Rights", in Maria Morellato, ed., *Aboriginal Law Since Delgamuukw*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2009, 3.
 McNeil, Kent. "Aboriginal Title and the Supreme Court: What's Happening?" (2006), 69 *Sask. L. Rev.* 281.

qu'impose la doctrine de l'exclusivité des compétences. Il en résulte un équilibre qui préserve le droit ancestral tout en permettant une réglementation efficace des forêts par la province. En l'espèce toutefois, le projet d'aménagement du territoire prévu par la province et les autorisations d'exploitation forestière qu'elle a accordées en vertu de la *Forest Act* étaient incompatibles avec les obligations qu'elle avait envers le peuple Tsilhqot'in.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; **distinction d'avec l'arrêt :** *R. c. Morris*, 2006 CSC 59, [2006] 2 R.C.S. 915; **arrêts mentionnés :** *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *Western Australia c. Ward* (2002), 213 C.L.R. 1; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. Marshall*, 2003 NSCA 105, 218 N.S.R. (2d) 78; *R. c. Marshall*, 2005 CSC 43, [2005] 2 R.C.S. 220; *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650; *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S. 536; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Marine Services International Ltd. c. Ryan (Succession)*, 2013 CSC 44, [2013] 3 R.C.S. 53; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11.
Forest Act, R.S.B.C. 1996, ch. 157, art. 1 « Crown land » (terres publiques), « Crown timber » (bois des terres publiques), « private land » (terres privées).
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91, 92, 109.
Loi constitutionnelle de 1982, partie I, partie II, art. 35.
Proclamation royale (1763) (reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 1).

Doctrine et autres documents cités

Black's Law Dictionary, 9th ed. St. Paul, Minn. : West, 2009, « vested » (dévolu).
 Hogg, Peter W. « The Constitutional Basis of Aboriginal Rights », in Maria Morellato, ed., *Aboriginal Law Since Delgamuukw*. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 2009, 3.
 McNeil, Kent. « Aboriginal Title and the Supreme Court : What's Happening? » (2006), 69 *Sask. L. Rev.* 281.

McNeil, Kent. *Common Law Aboriginal Title*. Oxford: Clarendon Press, 1989.

Slattery, Brian. "Understanding Aboriginal Rights" (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.

Ziff, Bruce. *Principles of Property Law*, 5th ed. Toronto: Carswell, 2010.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Levine, Tysoe and Groberman JJ.A.), 2012 BCCA 285, 33 B.C.L.R. (5th) 260, 324 B.C.A.C. 214, 551 W.A.C. 214, [2012] 3 C.N.L.R. 333, [2012] 10 W.W.R. 639, 26 R.P.R. (5th) 67, [2012] B.C.J. No. 1302 (QL), 2012 CarswellBC 1860, upholding the order of Vickers J., 2007 BCSC 1700, [2008] 1 C.N.L.R. 112, 65 R.P.R. (4th) 1, [2007] B.C.J. No. 2465 (QL), 2007 CarswellBC 2741. Appeal allowed.

David M. Rosenberg, Q.C., Jay Nelson, David M. Robbins and Dominique Nouvet, for the appellant.

Patrick G. Foy, Q.C., and Kenneth J. Tyler, for the respondents Her Majesty The Queen in Right of the Province of British Columbia and the Regional Manager of the Cariboo Forest Region.

Mark R. Kindrachuk, Q.C., Brian McLaughlin and Jan Brongers, for the respondent the Attorney General of Canada.

Alain Gingras and Hubert Noreau-Simpson, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Heather Leonoff, Q.C., for the intervener the Attorney General of Manitoba.

P. Mitch McAdam, Q.C., and Sonia Eggerman, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Sandra Folkins, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Robert J. M. Janes and Karey Brooks, for the intervener the Te'mexw Treaty Association.

McNeil, Kent. *Common Law Aboriginal Title*. Oxford : Clarendon Press, 1989.

Slattery, Brian. « Understanding Aboriginal Rights » (1987), 66 *R. du B. can.* 727.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.

Ziff, Bruce. *Principles of Property Law*, 5th ed. Toronto : Carswell, 2010.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Levine, Tysoe et Groberman), 2012 BCCA 285, 33 B.C.L.R. (5th) 260, 324 B.C.A.C. 214, 551 W.A.C. 214, [2012] 3 C.N.L.R. 333, [2012] 10 W.W.R. 639, 26 R.P.R. (5th) 67, [2012] B.C.J. No. 1302 (QL), 2012 CarswellBC 1860, qui a confirmé l'ordonnance du juge Vickers, 2007 BCSC 1700, [2008] 1 C.N.L.R. 112, 65 R.P.R. (4th) 1, [2007] B.C.J. No. 2465 (QL), 2007 CarswellBC 2741. Pourvoi accueilli.

David M. Rosenberg, c.r., Jay Nelson, David M. Robbins et Dominique Nouvet, pour l'appellant.

Patrick G. Foy, c.r., et Kenneth J. Tyler, pour les intimés Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique et le chef régional de la région de Cariboo Forest.

Mark R. Kindrachuk, c.r., Brian McLaughlin et Jan Brongers, pour l'intimé le procureur général du Canada.

Alain Gingras et Hubert Noreau-Simpson, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Heather Leonoff, c.r., pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

P. Mitch McAdam, c.r., et Sonia Eggerman, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Sandra Folkins, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Robert J. M. Janes et Karey Brooks, pour l'intervenante l'Association du traité des Te'mexw.

Charles F. Willms and Kevin O'Callaghan, for the interveners the Business Council of British Columbia, the Council of Forest Industries, the Coast Forest Products Association, the Mining Association of British Columbia and the Association for Mineral Exploration British Columbia.

Joseph J. Arvay, Q.C., Catherine J. Boies Parker and Patrick Macklem, for the intervener the Assembly of First Nations.

Diane Soroka, for the interveners the Gitanyow Hereditary Chiefs of Gwass Hlaam, Gamlaxyeltxw, Malii, Gwinuu, Haizimsque, Watakhayetsxw, Luuxhon and Wii'litswx, on their own behalf and on behalf of all Gitanyow, and the Office of the Wet'suwet'en Chiefs.

Robert B. Morales and Renée Racette, for the intervener the Hul'qumi'num Treaty Group.

Written submissions only by *Louise Mandell, Q.C., Stuart Rush, Q.C., Michael Jackson, Q.C., Terri-Lynn Williams-Davidson, David Paterson and Angela D'Elia*, for the intervener the Council of the Haida Nation.

David C. Nahwegahbow and Guy Régimbald, for the intervener the Indigenous Bar Association in Canada.

Maria Morellato, Q.C., Cheryl Sharvit and Stacey Edzerza Fox, for the intervener the First Nations Summit.

Written submissions only by *John W. Gailus and Christopher G. Devlin*, for the interveners the Tsawout First Nation, the Tsartlip First Nation, the Snuneymuxw First Nation and the Kwakiutl First Nation.

Louise Mandell, Q.C., Michael Jackson, Q.C., Ardith Walkem and Nicole Schabus, for the intervener the Coalition of the Union of British Columbia Indian Chiefs, the Okanagan Nation Alliance and the Shuswap Nation Tribal Council and their member communities, Okanagan, Adams Lake, Neskonlith and Splatshin Indian Bands.

Charles F. Willms et Kevin O'Callaghan, pour les intervenants Business Council of British Columbia, Council of Forest Industries, Coast Forest Products Association, Mining Association of British Columbia et Association for Mineral Exploration British Columbia.

Joseph J. Arvay, c.r., Catherine J. Boies Parker et Patrick Macklem, pour l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations.

Diane Soroka, pour les intervenants les chefs héréditaires Gitanyow de Gwass Hlaam, Gamlaxyeltxw, Malii, Gwinuu, Haizimsque, Watakhayetsxw, Luuxhon et Wii'litswx, en leur nom et au nom de tous les Gitanyow, et le Bureau des chefs Wet'suwet'en.

Robert B. Morales et Renée Racette, pour l'intervenant le Groupe du traité Hul'qumi'num.

Argumentation écrite seulement par *Louise Mandell, c.r., Stuart Rush, c.r., Michael Jackson, c.r., Terri-Lynn Williams-Davidson, David Paterson et Angela D'Elia*, pour l'intervenant le Conseil de la Nation haïda.

David C. Nahwegahbow et Guy Régimbald, pour l'intervenante l'Association du barreau autochtone au Canada.

Maria Morellato, c.r., Cheryl Sharvit et Stacey Edzerza Fox, pour l'intervenant le Sommet des Premières Nations.

Argumentation écrite seulement par *John W. Gailus et Christopher G. Devlin*, pour les intervenantes la Première Nation Tsawout, la Première Nation Tsartlip, la Première Nation Snuneymuxw et la Première Nation Kwakiutl.

Louise Mandell, c.r., Michael Jackson, c.r., Ardith Walkem et Nicole Schabus, pour l'intervenante la Coalition de l'Union des chefs indiens de la Colombie-Britannique, l'Alliance des Nations de l'Okanagan, le Conseil tribal de la Nation Shuswap et leurs communautés membres, les bandes indiennes d'Okanagan, d'Adams Lake, de Neskonlith et de Splatshin.

Justin Safayeni and Paul Joffe, for the interveners Amnesty International and the Canadian Friends Service Committee.

Tim A. Dickson, for the intervener the Gitxaala Nation.

Gregory J. McDade, Q.C., and *F. Matthew Kirchner*, for the interveners the Chilko Resorts and Community Association and the Council of Canadians.

Justin Safayeni et Paul Joffe, pour les intervenants Amnistie internationale et Secours Quaker canadien.

Tim A. Dickson, pour l'intervenante la Nation Gitxaala.

Gregory J. McDade, c.r., et *F. Matthew Kirchner*, pour les intervenants Chilko Resorts and Community Association et le Conseil des Canadiens.

TABLE OF CONTENTS

	Paragraph
I. <u>Introduction</u>	1
II. <u>The Historic Backdrop</u>	3
III. <u>The Jurisprudential Backdrop</u>	10
IV. <u>Pleadings in Aboriginal Land Claims Cases</u>	19
V. <u>Is Aboriginal Title Established?</u>	19
A. <i>The Test for Aboriginal Title</i>	24
(1) <u>Sufficiency of Occupation</u>	33
(2) <u>Continuity of Occupation</u>	45
(3) <u>Exclusivity of Occupation</u>	47
(4) <u>Summary</u>	50
B. <i>Was Aboriginal Title Established in This Case?</i>	51
VI. <u>What Rights Does Aboriginal Title Confer?</u>	67
A. <i>The Legal Characterization of Aboriginal Title</i>	69

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphe
I. <u>Introduction</u>	1
II. <u>Le contexte historique</u>	3
III. <u>Le contexte jurisprudentiel</u>	10
IV. <u>Les actes de procédure dans les instances relatives aux revendications territoriales des Autochtones</u>	19
V. <u>L'existence du titre ancestral est-elle établie?</u>	24
A. <i>Le critère applicable en matière de titre ancestral</i>	24
(1) <u>La suffisance de l'occupation</u>	33
(2) <u>La continuité de l'occupation</u>	45
(3) <u>L'exclusivité de l'occupation</u>	47
(4) <u>Résumé</u>	50
B. <i>L'existence du titre ancestral a-t-elle été établie en l'espèce?</i>	51
VI. <u>Quels droits confère le titre ancestral?</u>	67
A. <i>La qualification juridique du titre ancestral</i>	69

B. <i>The Incidents of Aboriginal Title</i>	73	B. <i>Les attributs du titre ancestral</i>	73
C. <i>Justification of Infringement</i>	77	C. <i>La justification de l'atteinte</i>	77
D. <i>Remedies and Transition</i>	89	D. <i>Mesures de réparation et période transitoire</i>	89
E. <i>What Duties Were Owed by the Crown at the Time of the Government Action?</i>	93	E. <i>Quelles étaient les obligations de la Couronne au moment de la prise de la mesure gouvernementale?</i>	93
VII. <u>Breach of the Duty to Consult</u>	95	VII. <u>Le manquement à l'obligation de consultation</u>	95
VIII. <u>Provincial Laws and Aboriginal Title</u>	98	VIII. <u>Les lois provinciales et le titre ancestral</u>	98
A. <i>Do Provincial Laws of General Application Apply to Land Held Under Aboriginal Title?</i>	101	A. <i>Les lois provinciales d'application générale s'appliquent-elles aux terres visées par un titre ancestral?</i>	101
B. <i>Does the Forest Act on its Face Apply to Aboriginal Title Land?</i>	107	B. <i>À première vue, la Forest Act s'applique-t-elle aux terres visées par un titre ancestral?</i>	107
C. <i>Is the Forest Act Ousted by the Constitution?</i>	117	C. <i>La Forest Act est-elle écartée par la Constitution?</i>	117
(1) <u>Section 35 of the Constitution Act, 1982</u>	118	(1) <u>L'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982</u>	118
(2) <u>The Division of Powers</u>	128	(2) <u>Le partage des compétences</u>	128
IX. <u>Conclusion</u>	153	IX. <u>Conclusion</u>	153

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu
par

THE CHIEF JUSTICE —

LA JUGE EN CHEF —

I. Introduction

I. Introduction

[1] What is the test for Aboriginal title to land? If title is established, what rights does it confer? Does the British Columbia *Forest Act*, R.S.B.C. 1996, c. 157, apply to land covered by Aboriginal title? What are the constitutional constraints on provincial regulation of land under Aboriginal

[1] Quel critère permet d'établir l'existence d'un titre ancestral sur un territoire? Si l'existence d'un titre est établie, quels droits confère-t-il? La *Forest Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 157, de la Colombie-Britannique s'applique-t-elle aux terres visées par un titre ancestral? Quelles contraintes

title? Finally, how are broader public interests to be reconciled with the rights conferred by Aboriginal title? These are among the important questions raised by this appeal.

[2] These reasons conclude:

- Aboriginal title flows from occupation in the sense of regular and exclusive use of land.
- In this case, Aboriginal title is established over the area designated by the trial judge.
- Aboriginal title confers the right to use and control the land and to reap the benefits flowing from it.
- Where title is asserted, but has not yet been established, s. 35 of the *Constitution Act, 1982* requires the Crown to consult with the group asserting title and, if appropriate, accommodate its interests.
- Once Aboriginal title is established, s. 35 of the *Constitution Act, 1982* permits incursions on it only with the consent of the Aboriginal group or if they are justified by a compelling and substantial public purpose and are not inconsistent with the Crown's fiduciary duty to the Aboriginal group; for purposes of determining the validity of provincial legislative incursions on lands held under Aboriginal title, this framework displaces the doctrine of interjurisdictional immunity.
- In this case, the Province's land use planning and forestry authorizations were inconsistent with its duties owed to the Tsilhqot'in people.

constitutionnelles sont imposées à la réglementation, par la province, des terres visées par un titre ancestral? Enfin, comment concilier l'intérêt public général et les droits conférés par un titre ancestral? Voilà quelques questions importantes soulevées dans le présent pourvoi.

[2] Voici les conclusions tirées dans les présents motifs :

- Le titre ancestral découle de l'occupation, c'est-à-dire d'une utilisation régulière et exclusive des terres.
- En l'espèce, l'existence d'un titre ancestral est établie à l'égard du territoire désigné par le juge de première instance.
- Le titre ancestral confère le droit d'utiliser et de contrôler le territoire et de tirer les avantages qui en découlent.
- Lorsque le titre est revendiqué, mais que son existence n'a pas encore été établie, l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* oblige la Couronne à consulter le groupe qui revendique ce titre et, s'il y a lieu, à trouver des accommodements à ses intérêts.
- Une fois établie l'existence du titre ancestral, l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* permet d'y porter atteinte seulement si le groupe autochtone y consent ou si l'atteinte est justifiée par un objectif public réel et impérieux et si elle est compatible avec l'obligation fiduciaire de la Couronne envers le groupe autochtone; lorsqu'il s'agit de déterminer la validité d'une atteinte causée par l'application des lois provinciales aux terres visées par un titre ancestral, ce cadre d'analyse écarte la doctrine de l'exclusivité des compétences.
- En l'espèce, le projet d'aménagement du territoire de la province et les autorisations d'exploitation forestière accordées par elle étaient incompatibles avec les obligations qu'elle avait envers le peuple Tsilhqot'in.

II. The Historic Backdrop

[3] For centuries, people of the Tsilhqot'in Nation — a grouping of six bands sharing common culture and history — have lived in a remote valley bounded by rivers and mountains in central British Columbia. They lived in villages, managed lands for the foraging of roots and herbs, hunted and trapped. They repelled invaders and set terms for the European traders who came onto their land. From the Tsilhqot'in perspective, the land has always been theirs.

[4] Throughout most of Canada, the Crown entered into treaties whereby the indigenous peoples gave up their claim to land in exchange for reservations and other promises, but, with minor exceptions, this did not happen in British Columbia. The Tsilhqot'in Nation is one of hundreds of indigenous groups in British Columbia with unresolved land claims.

[5] The issue of Tsilhqot'in title lay latent until 1983, when the Province granted Carrier Lumber Ltd. a forest licence to cut trees in part of the territory at issue. The Xeni Gwet'in First Nations government (one of the six bands that make up the Tsilhqot'in Nation) objected and sought a declaration prohibiting commercial logging on the land. The dispute led to the blockade of a bridge the forest company was upgrading. The blockade ceased when the Premier promised that there would be no further logging without the consent of the Xeni Gwet'in. Talks between the Ministry of Forests and the Xeni Gwet'in ensued, but reached an impasse over the Xeni Gwet'in claim to a right of first refusal to logging. In 1998, the original claim was amended to include a claim for Aboriginal title on behalf of all Tsilhqot'in people.

[6] The claim is confined to approximately five percent of what the Tsilhqot'in — a total of about

II. Le contexte historique

[3] Depuis des siècles, le peuple de la nation Tsilhqot'in — un regroupement de six bandes ayant une culture et une histoire communes — vit dans une vallée éloignée entourée de rivières et de montagnes dans le centre de la Colombie-Britannique. Les membres de cette nation ont vécu dans des villages, géré des terres pour y récolter des végétaux à racine et des herbes; ils ont chassé et piégé. Ils ont repoussé les envahisseurs et imposé des conditions aux marchands européens qui entraient sur leur territoire. De leur point de vue, le territoire leur a toujours appartenu.

[4] La Couronne a conclu presque partout au Canada des traités en vertu desquels les peuples autochtones ont renoncé à leurs revendications territoriales en échange de réserves et d'autres promesses, mais, à quelques exceptions près, ce n'est pas ce qui s'est produit en Colombie-Britannique. La nation Tsilhqot'in n'est qu'un groupe autochtone parmi des centaines en Colombie-Britannique dont les revendications territoriales ne sont pas réglées.

[5] La question du titre des Tsilhqot'in est demeurée latente jusqu'en 1983, quand la province a accordé à Carrier Lumber Ltd. un permis d'exploitation forestière l'autorisant à abattre des arbres dans une partie du territoire en question. Le gouvernement de la Première Nation Xeni Gwet'in (une des six bandes qui constituent la nation Tsilhqot'in) s'y est opposé et a sollicité un jugement déclaratoire interdisant l'exploitation forestière commerciale sur le territoire. Le litige a mené au barrage d'un pont que l'entreprise forestière voulait moderniser. Le barrage a été levé quand le premier ministre a promis qu'il n'y aurait aucune autre exploitation forestière sans le consentement des Xeni Gwet'in. Le ministère des Forêts et les Xeni Gwet'in ont négocié, mais ils n'ont pu s'entendre sur le droit de premier refus revendiqué par les Xeni Gwet'in à l'égard de l'exploitation forestière. En 1998, la revendication initiale a été modifiée de manière à inclure une revendication du titre ancestral au nom de tous les Tsilhqot'in.

[6] La revendication se limite à environ cinq pour cent de ce que les Tsilhqot'in — approximativement

3,000 people — regard as their traditional territory. The area in question is sparsely populated. About 200 Tsilhqot'in people live there, along with a handful of non-indigenous people who support the Tsilhqot'in claim to title. There are no adverse claims from other indigenous groups. The federal and provincial governments both oppose the title claim.

[7] In 2002, the trial commenced before Vickers J. of the British Columbia Supreme Court, and continued for 339 days over a span of five years. The trial judge spent time in the claim area and heard extensive evidence from elders, historians and other experts. He found that the Tsilhqot'in people were in principle entitled to a declaration of Aboriginal title to a portion of the claim area as well as to a small area outside the claim area. However, for procedural reasons which are no longer relied on by the Province, he refused to make a declaration of title (2007 BCSC 1700, [2008] 1 C.N.L.R. 112).

[8] In 2012, the British Columbia Court of Appeal held that the Tsilhqot'in claim to title had not been established, but left open the possibility that in the future, the Tsilhqot'in might be able to prove title to specific sites within the area claimed. For the rest of the claimed territory, the Tsilhqot'in were confined to Aboriginal rights to hunt, trap and harvest (2012 BCCA 285, 33 B.C.L.R. (5th) 260).

[9] The Tsilhqot'in now ask this Court for a declaration of Aboriginal title over the area designated by the trial judge, with one exception. A small portion of the area designated by the trial judge consists of either privately owned or underwater lands and no declaration of Aboriginal title over these lands is sought before this Court. With respect to those areas designated by the trial judge that are not privately owned or submerged lands, the Tsilhqot'in ask this Court to restore the trial judge's finding, affirm their title to the area he designated, and confirm that issuance of forestry licences on the

3 000 personnes — considèrent comme étant leur territoire traditionnel. Ce territoire est peu peuplé. Environ 200 membres des Tsilhqot'in y vivent, ainsi que quelques non-Autochtones qui appuient la revendication du titre des Tsilhqot'in. Aucun autre groupe autochtone n'a revendiqué un titre sur ce territoire. Les gouvernements fédéral et provincial s'opposent tous deux à la revendication du titre.

[7] Le procès a débuté en 2002 devant le juge Vickers de la Cour suprême de la Colombie-Britannique et a duré 339 jours sur une période de cinq ans. Le juge de première instance s'est rendu sur le territoire revendiqué et a entendu de nombreux témoignages des aînés, des historiens et d'autres experts. Il a conclu que les Tsilhqot'in avaient droit, en principe, à un jugement déclarant l'existence d'un titre ancestral sur une partie du territoire revendiqué ainsi que sur un petit secteur à l'extérieur de ce territoire. Cependant, pour des raisons d'ordre procédural que la province n'invoque plus, il a refusé dans son jugement de déclarer l'existence d'un titre ancestral (2007 BCSC 1700, [2008] 1 C.N.L.R. 112).

[8] En 2012, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que l'existence du titre revendiqué par les Tsilhqot'in n'avait pas été établie, mais n'a pas écarté la possibilité que les Tsilhqot'in puissent éventuellement établir l'existence d'un titre sur certains sites à l'intérieur du territoire revendiqué. En ce qui concerne le reste du territoire revendiqué, les Tsilhqot'in n'ont obtenu que les droits ancestraux de chasse, de piégeage et de récolte (2012 BCCA 285, 33 B.C.L.R. (5th) 260).

[9] Les Tsilhqot'in demandent maintenant à notre Cour de reconnaître l'existence du titre ancestral sur le territoire désigné par le juge de première instance, sous réserve d'une exception. Sur une petite partie du territoire désigné par le juge se trouvent des terrains privés ou des terres submergées à l'égard desquels la reconnaissance du titre ancestral n'est pas demandée devant notre Cour. Pour ce qui est des terres désignées par le juge qui ne sont pas des terrains privés ou des terres submergées, les Tsilhqot'in demandent à notre Cour de rétablir les conclusions du juge de première instance, de

land unjustifiably infringed their rights under that title.

III. The Jurisprudential Backdrop

[10] In 1973, the Supreme Court of Canada ushered in the modern era of Aboriginal land law by ruling that Aboriginal land rights survived European settlement and remain valid to the present unless extinguished by treaty or otherwise: *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313. Although the majority in *Calder* divided on whether title had been extinguished, its affirmation of Aboriginal rights to land led the Government of Canada to begin treaty negotiations with First Nations without treaties — mainly in British Columbia — resuming a policy that had been abandoned in the 1920s: P. W. Hogg, “The Constitutional Basis of Aboriginal Rights”, in M. Morellato, ed., *Aboriginal Law Since Delgamuukw* (2009), 3.

[11] Almost a decade after *Calder*, the enactment of s. 35 of the *Constitution Act, 1982* “recognized and affirmed” existing Aboriginal rights, although it took some time for the meaning of this section to be fully fleshed out.

[12] In *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, this Court confirmed the potential for Aboriginal title in ancestral lands. The actual dispute concerned government conduct with respect to reserve lands. The Court held that the government had breached a fiduciary duty to the Musqueam Indian Band. In a concurring opinion, Justice Dickson (later Chief Justice) addressed the theory underlying Aboriginal title. He held that the Crown acquired radical or underlying title to all the land in British Columbia at the time of sovereignty. However, this title was burdened by the “pre-existing legal right” of

confirmer qu’ils possèdent le titre ancestral sur le secteur qu’il a désigné et de confirmer que la délivrance de permis d’exploitation forestière sur les terres a indûment porté atteinte aux droits que leur confère ce titre.

III. Le contexte jurisprudentiel

[10] En 1973, la Cour suprême du Canada a marqué le début de l’ère moderne du droit inhérent aux terres ancestrales en statuant que les droits fonciers des Autochtones avaient subsisté à l’établissement des Européens et qu’ils étaient toujours valides s’ils n’avaient pas été éteints par traité ou autrement : *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313. Bien que les juges majoritaires dans *Calder* étaient divisés quant à savoir si le titre avait été éteint, leur confirmation des droits fonciers ancestraux a incité le gouvernement du Canada à entamer des négociations avec les Premières Nations non assujetties à des traités en vue de conclure des traités — principalement en Colombie-Britannique — reprenant ainsi une politique qui avait été abandonnée dans les années 1920 : P. W. Hogg, « The Constitutional Basis of Aboriginal Rights », dans M. Morellato, dir., *Aboriginal Law Since Delgamuukw* (2009), 3.

[11] Presque 10 ans après l’arrêt *Calder*, les droits existants des Autochtones ont été « reconnus et confirmés » avec l’adoption de l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, bien qu’il ait fallu un certain temps pour bien préciser le sens de cette disposition.

[12] Dans l’arrêt *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, notre Cour a confirmé qu’il était possible que les Autochtones détiennent un titre sur les terres ancestrales. Le litige se rapportait à la conduite du gouvernement à l’égard de terres situées sur une réserve. La Cour a conclu que le gouvernement avait manqué à une obligation fiduciaire envers la bande indienne Musqueam. Dans une opinion concourante, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a examiné la théorie sous-jacente au titre ancestral. Selon lui, la Couronne a acquis un titre absolu ou sous-jacent sur toutes les terres situées

Aboriginal people based on their use and occupation of the land prior to European arrival (pp. 379-82). Dickson J. characterized this Aboriginal interest in the land as “an independent legal interest” (at p. 385), which gives rise to a *sui generis* fiduciary duty on the part of the Crown.

[13] In 1990, this Court held that s. 35 of the *Constitution Act, 1982* constitutionally protected all Aboriginal rights that had not been extinguished prior to April 17, 1982, and imposed a fiduciary duty on the Crown with respect to those rights: *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075. The Court held that under s. 35, legislation can infringe rights protected by s. 35 only if it passes a two-step justification analysis: the legislation must further a “compelling and substantial” purpose and account for the “priority” of the infringed Aboriginal interest under the fiduciary obligation imposed on the Crown (pp. 1113-19).

[14] The principles developed in *Calder*, *Guerin* and *Sparrow* were consolidated and applied in the context of a claim for Aboriginal title in *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010. This Court confirmed the *sui generis* nature of the rights and obligations to which the Crown’s relationship with Aboriginal peoples gives rise, and stated that what makes Aboriginal title unique is that it arises from possession *before* the assertion of British sovereignty, as distinguished from other estates such as fee simple that arise *afterward*. The dual perspectives of the common law and of the Aboriginal group bear equal weight in evaluating a claim for Aboriginal title.

[15] The Court in *Delgamuukw* summarized the content of Aboriginal title by two propositions, one positive and one negative. Positively, “[A]boriginal

en Colombie-Britannique au moment de l’affirmation de la souveraineté. Cependant, ce titre était grevé du « droit, en *common law*, qui existait déjà » que détiennent les peuples autochtones du fait de leur utilisation et de leur occupation des terres avant l’arrivée des Européens (p. 379-382). Le juge Dickson a affirmé que le droit des Autochtones sur leurs terres avait « une existence juridique indépendante » (p. 385), lequel donne naissance à une obligation fiduciaire *sui generis* de la Couronne.

[13] En 1990, notre Cour a conclu que l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* accordait une protection constitutionnelle à tous les droits ancestraux qui n’avaient pas été éteints avant le 17 avril 1982 et imposait à la Couronne une obligation fiduciaire relativement à ces droits : *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075. La Cour a déclaré que, sous le régime de l’art. 35, un texte de loi ne peut porter atteinte aux droits protégés par cet article que si l’atteinte résiste à une analyse de la justification en deux étapes : le texte de loi doit poursuivre un objectif « impérieux et réel » et doit reconnaître la « priorité » du droit ancestral en cause qui découle de l’obligation fiduciaire imposée à la Couronne (p. 1113-1119).

[14] Les principes établis dans les arrêts *Calder*, *Guerin* et *Sparrow* ont été réunis et appliqués dans le contexte d’une revendication du titre ancestral dans l’arrêt *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010. Notre Cour a confirmé le caractère *sui generis* des droits et des obligations auxquels la relation entre la Couronne et les peuples autochtones donne naissance, et elle a déclaré que ce qui rend le titre ancestral unique est le fait qu’il découle d’une possession *antérieure* à l’affirmation de la souveraineté britannique, contrairement aux autres domaines, comme le fief simple, qui ont pris naissance *par la suite*. Il faut accorder une importance égale à la common law et au point de vue des Autochtones au moment d’évaluer une revendication du titre ancestral.

[15] Dans l’arrêt *Delgamuukw*, la Cour a résumé le contenu du titre ancestral au moyen de deux énoncés, l’un positif et l’autre négatif. De façon

title encompasses the right to exclusive use and occupation of the land held pursuant to that title for a variety of purposes, which need not be aspects of those [A]boriginal practices, customs and traditions which are integral to distinctive [A]boriginal cultures” (para. 117). Negatively, the “protected uses must not be irreconcilable with the nature of the group’s attachment to that land” (*ibid.*) — that is, it is group title and cannot be alienated in a way that deprives future generations of the control and benefit of the land.

[16] The Court in *Delgamuukw* confirmed that infringements of Aboriginal title can be justified under s. 35 of the *Constitution Act, 1982* pursuant to the *Sparrow* test and described this as a “necessary part of the reconciliation of [A]boriginal societies with the broader political community of which they are part” (at para. 161), quoting *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, at para. 73. While *Sparrow* had spoken of *priority* of Aboriginal rights infringed by regulations over non-aboriginal interests, *Delgamuukw* articulated the “different” (at para. 168) approach of involvement of Aboriginal peoples — varying depending on the severity of the infringement — in decisions taken with respect to their lands.

[17] In *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511, the Court applied the *Delgamuukw* idea of involvement of the affected Aboriginal group in decisions about its land to the situation where development is proposed on land over which Aboriginal title is asserted but has not yet been established. The Court affirmed a spectrum of consultation. The Crown’s duty to consult and accommodate the asserted Aboriginal interest “is proportionate to a preliminary assessment of the strength of the case supporting the existence of the right or title, and to the seriousness of the potentially adverse effect upon the right or title claimed” (para. 39). Thus, the idea of proportionate balancing implicit in *Delgamuukw* reappears in *Haida*. The Court in

positive, « le titre aborigène comprend le droit d’utiliser et d’occuper de façon exclusive les terres détenues en vertu de ce titre pour diverses fins qui ne doivent pas nécessairement être des aspects de coutumes, pratiques et traditions autochtones faisant partie intégrante d’une culture autochtone distinctive » (par. 117). De façon négative, ces « utilisations protégées ne doivent pas être incompatibles avec la nature de l’attachement qu’a le groupe concerné pour ces terres » (*ibid.*) — c’est-à-dire que le titre appartient au groupe et qu’il ne peut pas être aliéné d’une manière qui prive les générations futures du contrôle et du bénéfice des terres.

[16] Dans *Delgamuukw*, la Cour a confirmé que les atteintes au titre ancestral peuvent être justifiées au regard de l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* suivant le critère énoncé dans l’arrêt *Sparrow* et a décrit les droits ancestraux comme un « élément nécessaire de la conciliation de l’existence des sociétés autochtones avec la communauté politique plus large à laquelle ces dernières appartiennent » (par. 161), citant *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, par. 73. Alors que dans l’arrêt *Sparrow* il était question de la *priorité* des droits ancestraux violés par des dispositions réglementaires sur les intérêts non autochtones, l’arrêt *Delgamuukw* a exposé « autrement » (au par. 168) l’approche selon laquelle les peuples autochtones participent — participation qui varie en fonction de la gravité de l’atteinte — à la prise des décisions concernant leurs terres.

[17] Dans l’arrêt *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511, la Cour a appliqué l’idée exprimée dans l’arrêt *Delgamuukw*, soit que le groupe autochtone visé participe à la prise des décisions concernant ses terres, à un cas où il est proposé que des activités d’exploitation soient menées sur des terres sur lesquelles le titre ancestral est revendiqué mais n’est pas encore établi. La Cour a reconnu un continuum de consultation. L’obligation de la Couronne de consulter les Autochtones et de trouver des accommodements aux droits qu’ils revendiquent « dépend de l’évaluation préliminaire de la solidité de la preuve étayant l’existence du droit ou du titre revendiqué, et de la gravité des effets préjudiciables potentiels sur le droit ou le

Haida stated that the Crown had not only a moral duty, but a legal duty to negotiate in good faith to resolve land claims (para. 25). The governing ethos is not one of competing interests but of reconciliation.

[18] The jurisprudence just reviewed establishes a number of propositions that touch on the issues that arise in this case, including:

- Radical or underlying Crown title is subject to Aboriginal land interests where they are established.
- Aboriginal title gives the Aboriginal group the right to use and control the land and enjoy its benefits.
- Governments can infringe Aboriginal rights conferred by Aboriginal title but only where they can justify the infringements on the basis of a compelling and substantial purpose and establish that they are consistent with the Crown's fiduciary duty to the group.
- Resource development on claimed land to which title has not been established requires the government to consult with the claimant Aboriginal group.
- Governments are under a legal duty to negotiate in good faith to resolve claims to ancestral lands.

Against this background, I turn to the issues raised in this appeal.

IV. Pleadings in Aboriginal Land Claims Cases

[19] The Province, to its credit, no longer contends that the claim should be barred because of

titre » (par. 39). Ainsi, la notion de mise en balance proportionnée qui ressort implicitement de l'arrêt *Delgamuukw* est reprise dans *Nation haïda*. Dans ce dernier arrêt, la Cour a indiqué que la Couronne n'avait pas seulement une obligation morale, mais une obligation légale de négocier de bonne foi dans le but de régler les revendications territoriales (par. 25). Le principe directeur ne repose pas sur les intérêts opposés mais sur la conciliation.

[18] Les arrêts que nous venons d'examiner établissent un certain nombre de postulats qui touchent à des questions soulevées en l'espèce, notamment :

- Le titre absolu ou sous-jacent de la Couronne est assujéti aux droits qu'ont les Autochtones sur les terres où ils sont établis.
- Le titre ancestral confère au groupe autochtone le droit d'utiliser et de contrôler le territoire, et de bénéficier des avantages qu'il procure.
- Les gouvernements peuvent porter atteinte aux droits ancestraux que confère le titre ancestral, mais seulement dans la mesure où ils peuvent démontrer que les atteintes poursuivent un objectif impérieux et réel et qu'elles sont compatibles avec l'obligation fiduciaire qu'a la Couronne envers le groupe.
- L'exploitation des ressources sur des terres revendiquées dont le titre n'a pas été établi exige du gouvernement qu'il consulte la nation autochtone revendicatrice.
- Les gouvernements ont l'obligation légale de négocier de bonne foi dans le but de régler les revendications de terres ancestrales.

C'est dans ce contexte que j'aborde les questions soulevées dans le présent pourvoi.

IV. Les actes de procédure dans les instances relatives aux revendications territoriales des Autochtones

[19] À sa décharge, la province ne soutient plus que la revendication doive être rejetée en raison

defects in the pleadings. However, it may be useful to address how to approach pleadings in land claims, in view of their importance to future land claims.

[20] I agree with the Court of Appeal that a functional approach should be taken to pleadings in Aboriginal cases. The function of pleadings is to provide the parties and the court with an outline of the material allegations and relief sought. Where pleadings achieve this aim, minor defects should be overlooked, in the absence of clear prejudice. A number of considerations support this approach.

[21] First, in a case such as this, the legal principles may be unclear at the outset, making it difficult to frame the claim with exactitude.

[22] Second, in these cases, the evidence as to how the land was used may be uncertain at the outset. As the claim proceeds, elders will come forward and experts will be engaged. Through the course of the trial, the historic practices of the Aboriginal group in question will be expounded, tested and clarified. The Court of Appeal correctly recognized that determining whether Aboriginal title is made out over a pleaded area is not an “all or nothing” proposition (at para. 117):

The occupation of traditional territories by First Nations prior to the assertion of Crown sovereignty was not an occupation based on a Torrens system, or, indeed, on any precise boundaries. Except where impassable (or virtually impassable) natural boundaries existed, the limits of a traditional territory were typically ill-defined and fluid. . . . [Therefore] requir[ing] proof of Aboriginal title precisely mirroring the claim would be too exacting. [para. 118]

[23] Third, cases such as this require an approach that results in decisions based on the best

de vices qui entachent les actes de procédure. Cependant, il peut être utile de déterminer l’approche à adopter à l’égard des actes de procédure dans les revendications territoriales compte tenu de leur importance pour de futures revendications territoriales.

[20] Je suis d’accord avec la Cour d’appel pour dire qu’il convient d’adopter une approche fonctionnelle à l’égard des actes de procédure dans les affaires intéressant les Autochtones. Les actes de procédure visent à fournir aux parties et au tribunal un aperçu des allégations importantes et de la réparation sollicitée. Quand les actes de procédure permettent l’atteinte de cet objectif, en l’absence d’un préjudice évident, il ne faut pas tenir compte des vices mineurs. Un certain nombre de considérations étayent cette approche.

[21] Premièrement, dans un cas comme celui qui nous occupe, les principes juridiques sont parfois ambigus de prime abord, de sorte qu’il est difficile de formuler la demande avec exactitude.

[22] Deuxièmement, en de telles circonstances, la preuve quant à la façon dont le territoire était utilisé peut être incertaine au départ, mais à mesure que la demande progresse, des aînés se manifestent et les services d’experts sont retenus. Pendant le procès, les pratiques historiques du groupe autochtone en question sont exposées, vérifiées et précisées. La Cour d’appel a reconnu à juste titre que la question de savoir si le bien-fondé de la revendication d’un titre ancestral est établi sur un territoire n’est pas une affaire de [TRADUCTION] « tout ou rien » (par. 117) :

[TRADUCTION] L’occupation des territoires traditionnels par les Premières Nations avant l’affirmation de la souveraineté de la Couronne n’était pas une occupation fondée sur le régime Torrens, ni sur des limites précises. Sauf dans les cas où il existait des limites naturelles infranchissables (ou quasi infranchissables), les limites d’un territoire traditionnel étaient habituellement mal définies et variables. [. . .] [Par conséquent] il serait trop exigeant de demander une preuve du titre ancestral qui reflète précisément la revendication. [par. 118]

[23] Troisièmement, les cas comme celui-ci requièrent une approche qui permet de rendre des

evidence that emerges, not what a lawyer may have envisaged when drafting the initial claim. What is at stake is nothing less than justice for the Aboriginal group and its descendants, and the reconciliation between the group and broader society. A technical approach to pleadings would serve neither goal. It is in the broader public interest that land claims and rights issues be resolved in a way that reflects the substance of the matter. Only thus can the project of reconciliation this Court spoke of in *Delgamuukw* be achieved.

V. Is Aboriginal Title Established?

A. *The Test for Aboriginal Title*

[24] How should the courts determine whether a semi-nomadic indigenous group has title to lands? This Court has never directly answered this question. The courts below disagreed on the correct approach. We must now clarify the test.

[25] As we have seen, the *Delgamuukw* test for Aboriginal title to land is based on “occupation” prior to assertion of European sovereignty. To ground Aboriginal title this occupation must possess three characteristics. It must be *sufficient*; it must be *continuous* (where present occupation is relied on); and it must be *exclusive*.

[26] The test was set out in *Delgamuukw*, per Lamer C.J., at para. 143:

In order to make out a claim for [A]boriginal title, the [A]boriginal group asserting title must satisfy the following criteria: (i) the land must have been occupied prior to sovereignty, (ii) if present occupation is relied on as proof of occupation pre-sovereignty, there must be a continuity between present and pre-sovereignty occupation, and (iii) at sovereignty, that occupation must have been exclusive.

décisions fondées sur la meilleure preuve disponible, et non sur ce qu’un avocat a pu envisager quand il a rédigé la demande initiale. L’enjeu n’est rien de moins que la possibilité pour le groupe autochtone et ses descendants d’obtenir justice et la conciliation des intérêts du groupe et de la société en général. Le formalisme à l’égard des actes de procédure ne servirait aucun de ces objectifs. L’intérêt public général commande que les questions relatives aux revendications territoriales et aux droits soient tranchées dans le respect du fond du litige. Ce n’est qu’ainsi que peut se réaliser la conciliation dont notre Cour a fait état dans *Delgamuukw*.

V. L’existence du titre ancestral est-elle établie?

A. *Le critère applicable en matière de titre ancestral*

[24] Comment les tribunaux devraient-ils déterminer si un groupe autochtone semi-nomade détient un titre sur des terres? Notre Cour n’a jamais répondu directement à cette question. Les tribunaux d’instance inférieure ne se sont pas entendus sur l’approche qu’il convient d’adopter. Nous devons donc maintenant préciser le critère.

[25] Je le répète, le critère relatif au titre ancestral énoncé dans l’arrêt *Delgamuukw* est fondé sur l’« occupation » antérieure à l’affirmation de la souveraineté européenne. Pour fonder le titre ancestral, l’occupation doit posséder trois caractéristiques : elle doit être *suffisante*, elle doit être *continue* (si l’occupation actuelle est invoquée) et elle doit être *exclusive*.

[26] Le critère a été énoncé par le juge en chef Lamer dans l’arrêt *Delgamuukw*, par. 143 :

Pour établir le bien-fondé de la revendication d’un titre autochtone, le groupe autochtone qui revendique ce titre doit satisfaire aux exigences suivantes : (i) il doit avoir occupé le territoire avant l’affirmation de la souveraineté; (ii) si l’occupation actuelle est invoquée comme preuve de l’occupation avant l’affirmation de la souveraineté, il doit exister une continuité entre l’occupation actuelle et l’occupation antérieure à l’affirmation de la souveraineté; (iii) au moment de l’affirmation de la souveraineté, cette occupation doit avoir été exclusive.

[27] The trial judge in this case held that “occupation” was established for the purpose of proving title by showing regular and exclusive use of sites or territory. On this basis, he concluded that the Tsilhqot’in had established title not only to village sites and areas maintained for the harvesting of roots and berries, but to larger territories which their ancestors used regularly and exclusively for hunting, fishing and other activities.

[28] The Court of Appeal disagreed and applied a narrower test for Aboriginal title — site-specific occupation. It held that to prove sufficient occupation for title to land, an Aboriginal group must prove that its ancestors *intensively* used a definite tract of land with reasonably defined boundaries at the time of European sovereignty.

[29] For semi-nomadic Aboriginal groups like the Tsilhqot’in, the Court of Appeal’s approach results in small islands of title surrounded by larger territories where the group possesses only Aboriginal rights to engage in activities like hunting and trapping. By contrast, on the trial judge’s approach, the group would enjoy title to all the territory that their ancestors regularly and exclusively used at the time of assertion of European sovereignty.

[30] Against this backdrop, I return to the requirements for Aboriginal title: sufficient pre-sovereignty occupation; continuous occupation (where present occupation is relied on); and exclusive historic occupation.

[31] Should the three elements of the *Delgamuukw* test be considered independently, or as related aspects of a single concept? The High Court of Australia has expressed the view that there is little merit in considering aspects of occupancy separately. In *Western Australia v. Ward* (2002), 213 C.L.R. 1, the court stated as follows, at para 89:

[27] En l’espèce, le juge de première instance a conclu que l’« occupation » était établie dans le but de fonder le titre par la démonstration d’une utilisation régulière et exclusive de certains sites ou du territoire. De ce fait, il a estimé que les Tsilhqot’in avaient établi l’existence d’un titre non seulement sur des villages et des sites utilisés pour la récolte de végétaux à racine et de fruits, mais sur des territoires plus vastes que leurs ancêtres utilisaient régulièrement et exclusivement pour la chasse, la pêche et d’autres activités.

[28] La Cour d’appel a rejeté cette conclusion et a appliqué un critère plus restreint à l’égard du titre ancestral — celui de l’occupation d’un site spécifique. Elle a conclu que, pour faire la preuve d’une occupation suffisante établissant l’existence d’un titre, un groupe autochtone doit démontrer qu’au moment de l’affirmation de la souveraineté européenne, ses ancêtres utilisaient *intensément* une parcelle de terrain spécifique dont les limites sont raisonnablement définies.

[29] Pour des groupes autochtones semi-nomades comme les Tsilhqot’in, la démarche de la Cour d’appel lui permet de reconnaître un titre sur de petites parcelles entourées de territoires plus vastes où le groupe possède seulement le droit ancestral d’exercer certaines activités comme la chasse et le piégeage. Par contre, suivant la démarche retenue par le juge de première instance, le groupe détiendrait un titre sur l’ensemble du territoire régulièrement et exclusivement utilisé par ses ancêtres au moment de l’affirmation de la souveraineté européenne.

[30] Dans ce contexte, je reviens sur les exigences de la preuve du titre ancestral : une occupation suffisante avant l’affirmation de la souveraineté, une occupation continue (si l’occupation actuelle est invoquée) et une occupation historique exclusive.

[31] Les trois éléments du critère énoncé dans l’arrêt *Delgamuukw* devraient-ils être examinés séparément ou comme les aspects interreliés d’un concept unique? La Haute Cour d’Australie s’est dite d’avis qu’il y a peu d’intérêt à examiner séparément les aspects de l’occupation. Dans l’affaire *Western Australia c. Ward* (2002), 213 C.L.R. 1, cette cour a indiqué ce qui suit au para. 89 :

The expression “possession, occupation, use and enjoyment . . . to the exclusion of all others” is a composite expression directed to describing a particular measure of control over access to land. To break the expression into its constituent elements is apt to mislead. In particular, to speak of “possession” of the land, as distinct from possession to the exclusion of all others, invites attention to the common law content of the concept of possession and whatever notions of control over access might be thought to be attached to it, rather than to the relevant task, which is to identify how rights and interests possessed under traditional law and custom can properly find expression in common law terms.

[32] In my view, the concepts of sufficiency, continuity and exclusivity provide useful lenses through which to view the question of Aboriginal title. This said, the court must be careful not to lose or distort the Aboriginal perspective by forcing ancestral practices into the square boxes of common law concepts, thus frustrating the goal of faithfully translating pre-sovereignty Aboriginal interests into equivalent modern legal rights. Sufficiency, continuity and exclusivity are not ends in themselves, but inquiries that shed light on whether Aboriginal title is established.

1. Sufficiency of Occupation

[33] The first requirement — and the one that lies at the heart of this appeal — is that the occupation be *sufficient* to ground Aboriginal title. It is clear from *Delgamuukw* that not every passing traverse or use grounds title. What then constitutes *sufficient* occupation to ground title?

[34] The question of sufficient occupation must be approached from both the common law perspective and the Aboriginal perspective (*Delgamuukw*, at para. 147); see also *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507.

[TRADUCTION] L'expression « possession, occupation, utilisation et jouissance [. . .] à l'exclusion de toute autre personne » est une expression composite qui vise à décrire une mesure particulière de contrôle de l'accès aux terres. Décomposer l'expression en ses éléments constitutifs risque d'induire en erreur. Plus particulièrement, parler de « possession » des terres, une possession distincte de la possession à l'exclusion de toute autre personne, attire l'attention sur le contenu de la notion de possession en common law et sur toute notion de contrôle de l'accès que l'on pourrait considérer comme y étant liée, plutôt que sur ce qu'il nous incombe de faire, à savoir déterminer comment les droits et intérêts que les Autochtones possédaient en vertu des lois ou coutumes traditionnelles peuvent trouver leur juste expression en common law.

[32] À mon avis, les concepts de suffisance, de continuité et d'exclusivité offrent un angle intéressant pour apprécier la question du titre ancestral. Cela étant dit, le tribunal doit veiller à ne pas perdre de vue la perspective autochtone, ou à ne pas la dénaturer, en assimilant les pratiques ancestrales aux concepts rigides de la common law, ce qui irait à l'encontre de l'objectif qui consiste à traduire fidèlement les droits que possédaient les Autochtones avant l'affirmation de la souveraineté en droits juridiques contemporains équivalents. La suffisance, la continuité et l'exclusivité ne sont pas des fins en soi, mais plutôt des façons de savoir si l'existence du titre ancestral est établie.

1. La suffisance de l'occupation

[33] La première exigence — et celle qui se trouve au cœur du présent pourvoi — est celle selon laquelle l'occupation doit être *suffisante* pour fonder un titre ancestral. Il ressort clairement de l'arrêt *Delgamuukw* que le titre ne peut se fonder sur la présence passagère sur un territoire ou sur son utilisation passagère. Alors, en quoi consiste une occupation *suffisante* pour fonder un titre?

[34] Il faut aborder la question de l'occupation suffisante en tenant compte à la fois de la common law et du point de vue des Autochtones (*Delgamuukw*, par. 147); voir aussi *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507.

[35] The Aboriginal perspective focuses on laws, practices, customs and traditions of the group (*Delgamuukw*, at para. 148). In considering this perspective for the purpose of Aboriginal title, “one must take into account the group’s size, manner of life, material resources, and technological abilities, and the character of the lands claimed”: B. Slattery, “Understanding Aboriginal Rights” (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727, at p. 758, quoted with approval in *Delgamuukw*, at para. 149.

[36] The common law perspective imports the idea of possession and control of the lands. At common law, possession extends beyond sites that are physically occupied, like a house, to surrounding lands that are used and over which effective control is exercised.

[37] Sufficiency of occupation is a context-specific inquiry. “[O]ccupation may be established in a variety of ways, ranging from the construction of dwellings through cultivation and enclosure of fields to regular use of definite tracts of land for hunting, fishing or otherwise exploiting its resources” (*Delgamuukw*, at para. 149). The intensity and frequency of the use may vary with the characteristics of the Aboriginal group asserting title and the character of the land over which title is asserted. Here, for example, the land, while extensive, was harsh and was capable of supporting only 100 to 1,000 people. The fact that the Aboriginal group was only about 400 people must be considered in the context of the carrying capacity of the land in determining whether regular use of definite tracts of land is made out.

[38] To sufficiently occupy the land for purposes of title, the Aboriginal group in question must show that it has historically acted in a way that would communicate to third parties that it held the land for its own purposes. This standard does not demand notorious or visible use akin to proving a claim for adverse possession, but neither can the occupation be purely subjective or internal. There

[35] Le point de vue des Autochtones est axé sur les règles de droit, les pratiques, les coutumes et les traditions du groupe (*Delgamuukw*, par. 148). Dans l’examen de ce point de vue, [TRADUCTION] « il faut tenir compte de la taille, du mode de vie, des ressources matérielles et des habiletés technologiques du groupe concerné, ainsi que de la nature des terres revendiquées » : B. Slattery, « Understanding Aboriginal Rights » (1987), 66 *R. du B. can.* 727, p. 758, cité avec approbation dans *Delgamuukw*, par. 149.

[36] La common law comporte la notion de possession et de contrôle des terres. En common law, la notion de possession ne se limite pas aux sites physiquement occupés, comme une maison, mais s’étend aux terres environnantes qui sont utilisées et sur lesquelles un contrôle effectif est exercé.

[37] La suffisance de l’occupation est une question qui tient au contexte. « L’occupation [...] peut être prouvée par différents faits, allant de la construction de bâtiments à l’utilisation régulière de secteurs bien définis du territoire pour y pratiquer la chasse, la pêche ou d’autres types d’exploitation de ses ressources, en passant par la délimitation et la culture de champs » (*Delgamuukw*, par. 149). L’intensité et la fréquence de l’utilisation peuvent varier en fonction des caractéristiques du groupe autochtone qui revendique le titre et en fonction de la nature du territoire sur lequel le titre est revendiqué. En l’espèce, par exemple, le territoire, bien que vaste, était ingrat et ne pouvait assurer la subsistance que de 100 à 1 000 personnes. Le fait que le groupe autochtone ne comptait qu’environ 400 personnes doit être pris en compte dans le contexte de la capacité d’utilisation du territoire pour déterminer si l’utilisation régulière de secteurs bien définis est établie.

[38] Pour établir une occupation suffisante des terres dans le but de fonder l’existence d’un titre, le groupe autochtone en question doit démontrer qu’il a toujours agi de façon à informer les tiers qu’il détenait la terre pour ses propres besoins. Cette norme n’exige pas une preuve de l’utilisation notoire ou visible qui s’apparente à la preuve d’une revendication de possession adversative, mais

must be evidence of a strong presence on or over the land claimed, manifesting itself in acts of occupation that could reasonably be interpreted as demonstrating that the land in question belonged to, was controlled by, or was under the exclusive stewardship of the claimant group. As just discussed, the kinds of acts necessary to indicate a permanent presence and intention to hold and use the land for the group's purposes are dependent on the manner of life of the people and the nature of the land. Cultivated fields, constructed dwelling houses, invested labour, and a consistent presence on parts of the land may be sufficient, but are not essential to establish occupation. The notion of occupation must also reflect the way of life of the Aboriginal people, including those who were nomadic or semi-nomadic.

[39] In *R. v. Marshall*, 2003 NSCA 105, 218 N.S.R. (2d) 78, at paras. 135-38, Cromwell J.A. (as he then was), in reasoning I adopt, likens the sufficiency of occupation required to establish Aboriginal title to the requirements for general occupancy at common law. A general occupant at common law is a person asserting possession of land over which no one else has a present interest or with respect to which title is uncertain. Cromwell J.A. cites (at para. 136) the following extract from K. McNeil, *Common Law Aboriginal Title* (1989), at pp. 198-200:

What, then, did one have to do to acquire a title by occupancy? . . . [I]t appears . . . that . . . a casual entry, such as riding over land to hunt or hawk, or travelling across it, did not make an occupant, such acts "being only transitory and to a particular purpose, which leaves no marks of an appropriation, or of an intention to possess for the separate use of the rider". There must, therefore, have been an actual entry, and some act or acts from which an intention to occupy the land could be inferred. Significantly, the acts and intention had to relate only to the occupation — it was quite unnecessary for a potential occupant to claim, or even wish to acquire, the

l'occupation ne peut pas non plus être purement subjective ou interne. Il faut une preuve d'une forte présence des Autochtones sur les terres revendiquées, qui se manifeste par des actes d'occupation qui pourraient raisonnablement être interprétés comme une preuve que les terres en question ont appartenu au groupe revendicateur ou que ce groupe y exerçait son contrôle ou une gestion exclusive. Je le répète, les actes nécessaires pour indiquer la présence permanente d'un groupe sur des terres et son intention de conserver et d'utiliser les terres pour ses besoins dépendent de son mode de vie et de la nature des terres. Pour établir l'occupation, il suffira peut-être de montrer que des champs ont été cultivés, que des habitations ont été érigées, que des travaux ont été effectués et qu'il y a eu une présence constante sur certaines parties du territoire, mais ce n'est pas essentiel. La notion d'occupation doit aussi refléter le mode de vie des peuples autochtones, y compris ceux qui étaient nomades ou semi-nomades.

[39] Dans l'arrêt *R. c. Marshall*, 2003 NSCA 105, 218 N.S.R. (2d) 78, par. 135-138, le juge Cromwell (maintenant juge de notre Cour), pour des motifs que j'approuve, établit un parallèle entre la suffisance de l'occupation nécessaire pour établir l'existence d'un titre ancestral et les exigences de l'occupation ordinaire en common law. En common law, un occupant ordinaire est une personne qui revendique la possession d'une terre sur laquelle personne n'a un intérêt actuel ou pour laquelle l'existence du titre est incertaine. Le juge Cromwell cite (au par. 136) le passage suivant tiré de l'ouvrage de K. McNeil, *Common Law Aboriginal Title* (1989), p. 198-200 :

[TRADUCTION] Alors, que fallait-il faire pour acquérir un titre fondé sur l'occupation? [. . .] [I]l semble [. . .] [qu']une entrée occasionnelle, par exemple le fait pour une personne de sillonner un territoire pour y chasser ou y faire du commerce, ou de le parcourir d'un bout à l'autre, ne faisait pas d'elle un occupant, puisque ces actes n'« étaient que passagers et qu'ils visaient une fin particulière, qu'ils ne laissaient aucune marque d'une appropriation ou d'une intention de posséder à son usage distinct ». Il doit donc y avoir eu une entrée réelle et un ou des actes permettant de conclure à l'existence de l'intention d'occuper le territoire. Fait important, les actes et

vacant estate, for the law cast it upon him by virtue of his occupation alone. . . .

Further guidance on what constitutes occupation can be gained from cases involving land to which title is uncertain. Generally, any acts on or in relation to land that indicate an intention to hold or use it for one's own purposes are evidence of occupation. Apart from the obvious, such as enclosing, cultivating, mining, building upon, maintaining, and warning trespassers off land, any number of other acts, including cutting trees or grass, fishing in tracts of water, and even perambulation, may be relied upon. The weight given to such acts depends partly on the nature of the land, and the purposes for which it can reasonably be used. [Emphasis added.]

[40] Cromwell J.A. in *Marshall* went on to state that this standard is different from the doctrine of constructive possession. The goal is not to *attribute* possession in the absence of physical acts of occupation, but to define the quality of the physical acts of occupation that demonstrate possession at law (para. 137). He concluded:

I would adopt, in general terms, Professor McNeil's analysis that the appropriate standard of occupation, from the common law perspective, is the middle ground between the minimal occupation which would permit a person to sue a wrong-doer in trespass and the most onerous standard required to ground title by adverse possession as against a true owner. . . . Where, as here, we are dealing with a large expanse of territory which was not cultivated, acts such as continual, though changing, settlement and wide-ranging use for fishing, hunting and gathering should be given more weight than they would be if dealing with enclosed, cultivated land. Perhaps most significantly, . . . it is impossible to confine the evidence to the very precise spot on which the cutting was done: Pollock and Wright at p. 32. Instead, the question must be whether the acts of occupation in particular areas show that the whole area was occupied by the claimant. [para. 138]

[41] In summary, what is required is a culturally sensitive approach to sufficiency of occupation

l'intention devaient se rapporter seulement à l'occupation — il était pour ainsi dire inutile pour un occupant éventuel de revendiquer, ou même de souhaiter acquérir, le domaine vacant, puisque le titre lui est conféré par la loi du seul fait de son occupation. . .

D'autres indices de ce qui constitue une occupation peuvent être dégagés de certaines affaires portant sur des terres sur lesquelles le titre est incertain. En général, toute activité sur une terre ou en lien avec une terre qui laisse voir une intention de la détenir ou de l'utiliser pour ses propres fins constitue une preuve d'occupation. Outre les actes évidents, comme délimiter la terre, la cultiver, s'y livrer à des activités minières, de construction ou d'entretien, et empêcher les intrus d'y entrer, bien d'autres actes peuvent être invoqués, comme couper des arbres ou de l'herbe, pêcher dans des cours d'eau, ou même parcourir la région. L'importance accordée à ces actes dépend en partie de la nature des terres et des fins auxquelles elles peuvent raisonnablement être utilisées. [Je souligne.]

[40] Dans *Marshall*, le juge Cromwell a ensuite déclaré que cette norme est différente de la doctrine de la possession de droit. Le but n'est pas d'*attribuer* la possession en l'absence d'actes d'occupation, mais de définir la qualité des actes d'occupation qui démontrent la possession en droit (par. 137). Il a conclu comme suit :

[TRADUCTION] J'adopterais, de façon générale, l'analyse faite par le professeur McNeil selon laquelle la norme d'occupation appropriée, en common law, se trouve à mi-chemin entre la norme minimale d'occupation qui permettrait à une personne de poursuivre un intrus et la norme la plus stricte à laquelle il faut satisfaire pour établir un titre obtenu par possession adversative opposable au véritable propriétaire. [. . .] Lorsque, comme en l'espèce, il est question d'un vaste territoire qui n'a pas été cultivé, des actes tels que l'établissement constant, bien que changeant, et l'utilisation générale pour la pêche, la chasse et la cueillette devraient se voir accorder plus de poids que s'il était question d'un territoire délimité et cultivé. L'aspect sans doute le plus éloquent, [. . .] il est impossible de limiter la preuve à l'endroit bien précis où la coupe a eu lieu : Pollock et Wright, p. 32. La question est plutôt de savoir si les actes d'occupation dans certains lieux démontrent que le revendicateur occupait tout le secteur. [par. 138]

[41] En résumé, la preuve de l'occupation doit procéder d'une approche visant à déterminer le

based on the dual perspectives of the Aboriginal group in question — its laws, practices, size, technological ability and the character of the land claimed — and the common law notion of possession as a basis for title. It is not possible to list every indicia of occupation that might apply in a particular case. The common law test for possession — which requires an intention to occupy or hold land for the purposes of the occupant — must be considered alongside the perspective of the Aboriginal group which, depending on its size and manner of living, might conceive of possession of land in a somewhat different manner than did the common law.

[42] There is no suggestion in the jurisprudence or scholarship that Aboriginal title is confined to specific village sites or farms, as the Court of Appeal held. Rather, a culturally sensitive approach suggests that regular use of territories for hunting, fishing, trapping and foraging is “sufficient” use to ground Aboriginal title, provided that such use, on the facts of a particular case, evinces an intention on the part of the Aboriginal group to hold or possess the land in a manner comparable to what would be required to establish title at common law.

[43] The Province argues that this Court in *R. v. Marshall*; *R. v. Bernard*, 2005 SCC 43, [2005] 2 S.C.R. 220, rejected a territorial approach to title, relying on a comment by Professor K. McNeil that the Court there “appears to have rejected the territorial approach of the Court of Appeal” (“Aboriginal Title and the Supreme Court: What’s Happening?” (2006), 69 *Sask. L. Rev.* 281, cited in *British Columbia factum*, para. 100). In fact, this Court in *Marshall*; *Bernard* did not reject a territorial approach, but held only (at para. 72) that there must be “proof of sufficiently regular and exclusive use” of the land in question, a requirement established in *Delgamuukw*.

caractère suffisant de l’occupation qui soit adaptée aux particularités culturelles et qui repose sur les points de vue du groupe autochtone en question — ses règles de droit, ses pratiques, sa taille, son savoir-faire technologique et la nature de la terre — ainsi que sur la notion de possession qui établit l’existence d’un titre en common law. Il est impossible d’énumérer chaque indice d’occupation qui pourrait s’appliquer dans un cas déterminé. Le critère de la common law en matière de possession — lequel exige une intention d’occuper ou de conserver la terre pour les besoins de l’occupant — doit être pris en compte tout comme le point de vue du groupe autochtone qui, selon sa taille et son mode de vie, pourrait concevoir la possession de la terre d’une façon quelque peu différente de la possession en common law.

[42] La jurisprudence et la doctrine ne donnent pas à penser que le titre ancestral se limite à certains villages ou à des fermes, comme l’a conclu la Cour d’appel. Au contraire, suivant une approche qui tient compte des particularités culturelles, l’utilisation régulière des terres pour la chasse, la pêche, le piégeage et la cueillette constitue une utilisation « suffisante » pour fonder un titre ancestral dans la mesure où cette utilisation, eu égard aux faits de l’espèce, révèle une intention de la part du groupe autochtone de détenir ou de posséder les terres d’une manière comparable à celle exigée pour établir l’existence d’un titre en common law.

[43] La province plaide que dans *R. c. Marshall*; *R. c. Bernard*, 2005 CSC 43, [2005] 2 R.C.S. 220, notre Cour a rejeté une approche territoriale à l’égard du titre; elle s’appuie sur une remarque du professeur K. McNeil selon laquelle la Cour [TRADUCTION] « semble avoir rejeté l’approche territoriale de la Cour d’appel » (« Aboriginal Title and the Supreme Court : What’s Happening? » (2006), 69 *Sask. L. Rev.* 281, cité dans le mémoire de la Colombie-Britannique, par. 100). En fait, dans *Marshall*; *Bernard*, notre Cour n’a pas rejeté l’approche fondée sur le territoire, mais a seulement estimé (au par. 72) qu’il fallait « la preuve d’une utilisation suffisamment régulière et exclusive » du territoire en question, une exigence établie dans l’arrêt *Delgamuukw*.

[44] The Court in *Marshall; Bernard* confirmed that nomadic and semi-nomadic groups could establish title to land, provided they establish sufficient physical possession, which is a question of fact. While “[n]ot every nomadic passage or use will ground title to land”, the Court confirmed that *Delgamuukw* contemplates that “regular use of definite tracts of land for hunting, fishing or otherwise exploiting its resources” could suffice (para. 66). While the issue was framed in terms of whether the common law test for possession was met, the Court did not resile from the need to consider the perspective of the Aboriginal group in question; sufficient occupation is a “question of fact, depending on all the circumstances, in particular the nature of the land and the manner in which it is commonly used” (*ibid.*).

2. Continuity of Occupation

[45] Where present occupation is relied on as proof of occupation pre-sovereignty, a second requirement arises — continuity between present and pre-sovereignty occupation.

[46] The concept of continuity does not require Aboriginal groups to provide evidence of an unbroken chain of continuity between their current practices, customs and traditions, and those which existed prior to contact (*Van der Peet*, at para. 65). The same applies to Aboriginal title. Continuity simply means that for evidence of present occupation to establish an inference of pre-sovereignty occupation, the present occupation must be rooted in pre-sovereignty times. This is a question for the trier of fact in each case.

3. Exclusivity of Occupation

[47] The third requirement is *exclusive* occupation of the land at the time of sovereignty. The

[44] Dans *Marshall; Bernard*, notre Cour a confirmé que les groupes nomades et semi-nomades peuvent établir l’existence d’un titre s’ils établissent une possession physique suffisante d’un territoire, ce qui constitue une question de fait. « Le passage dans un territoire ou son utilisation dans le cadre d’un mode de vie nomade ne fondera pas nécessairement un titre sur celui-ci », mais la Cour a confirmé que, selon l’arrêt *Delgamuukw*, « l’utilisation régulière de secteurs bien définis du territoire pour y pratiquer la chasse, la pêche ou d’autres types d’exploitation de ses ressources » peut être suffisante (par. 66). Bien que la question consistait à savoir si le critère de la common law relatif à la possession avait été respecté, la Cour n’a pas nié la nécessité de tenir compte du point de vue du groupe autochtone en question; la possession suffisante est une « question de fait qui dépend de l’ensemble des circonstances, en particulier de la nature du territoire et de la façon dont il a été utilisé collectivement » (*ibid.*).

2. La continuité de l’occupation

[45] Le fait que l’occupation actuelle soit invoquée comme preuve de l’occupation antérieure à l’affirmation de la souveraineté donne lieu à une deuxième condition — la continuité entre l’occupation actuelle et l’occupation antérieure à l’affirmation de la souveraineté.

[46] Le concept de la continuité n’exige pas que les groupes autochtones fassent la preuve d’une continuité parfaite entre leurs pratiques, coutumes et traditions actuelles et celles qui existaient avant le contact avec les Européens (*Van der Peet*, par. 65). Il en va de même pour le titre ancestral. La continuité signifie simplement que, pour qu’une preuve de l’occupation actuelle permette de conclure à l’occupation antérieure à l’affirmation de la souveraineté, l’occupation actuelle doit tirer son origine de l’époque antérieure à l’affirmation de la souveraineté. Il appartient au juge des faits d’examiner cette question.

3. L’exclusivité de l’occupation

[47] La troisième exigence est l’occupation *exclusive* des terres au moment de l’affirmation de la

Aboriginal group must have had “the intention and capacity to retain exclusive control” over the lands (*Delgamuukw*, at para. 156, quoting McNeil, *Common Law Aboriginal Title*, at p. 204 (emphasis added)). Regular use without exclusivity may give rise to usufructory Aboriginal rights; for Aboriginal title, the use must have been exclusive.

[48] Exclusivity should be understood in the sense of intention and capacity to control the land. The fact that other groups or individuals were on the land does not necessarily negate exclusivity of occupation. Whether a claimant group had the intention and capacity to control the land at the time of sovereignty is a question of fact for the trial judge and depends on various factors such as the characteristics of the claimant group, the nature of other groups in the area, and the characteristics of the land in question. Exclusivity can be established by proof that others were excluded from the land, or by proof that others were only allowed access to the land with the permission of the claimant group. The fact that permission was requested and granted or refused, or that treaties were made with other groups, may show intention and capacity to control the land. Even the lack of challenges to occupancy may support an inference of an established group's intention and capacity to control.

[49] As with sufficiency of occupation, the exclusivity requirement must be approached from both the common law and Aboriginal perspectives, and must take into account the context and characteristics of the Aboriginal society. The Court in *Delgamuukw* explained as follows, at para. 157:

A consideration of the [A]boriginal perspective may also lead to the conclusion that trespass by other [A]boriginal groups does not undermine, and that presence of those groups by permission may reinforce, the exclusive occupation of the [A]boriginal group asserting title. For example, the [A]boriginal group asserting the claim to

souveraineté. Le groupe autochtone doit avoir eu « l'intention et [. . .] la capacité de garder le contrôle exclusif » des terres (*Delgamuukw*, par. 156, citant McNeil, *Common Law Aboriginal Title*, p. 204 (je souligne)). L'utilisation régulière, mais non exclusive, peut donner naissance à des droits ancestraux usufructuaires; en ce qui concerne le titre ancestral, l'utilisation doit avoir été exclusive.

[48] L'exclusivité doit s'entendre au sens de l'intention et de la capacité de contrôler le territoire. Le fait que d'autres groupes ou des particuliers se soient trouvés sur le territoire ne nie pas nécessairement l'exclusivité de l'occupation. La question de savoir si le groupe revendicateur avait l'intention et la capacité de contrôler le territoire au moment de l'affirmation de la souveraineté est une question de fait qui relève du juge de première instance et qui dépend de divers facteurs tels que les caractéristiques du groupe, la nature des autres groupes de la région et les caractéristiques du territoire en question. L'exclusivité peut être établie au moyen d'une preuve démontrant que les autres groupes ont été exclus du territoire, ou d'une preuve démontrant que certains groupes n'avaient accès au territoire qu'avec la permission du groupe revendicateur. Le fait qu'une permission était demandée, et qu'elle était accordée ou refusée, ou que des traités ont été conclus avec d'autres groupes, peut démontrer l'intention et la capacité de contrôler le territoire. Même le fait que l'occupation n'ait jamais été contestée peut permettre de conclure que le groupe avait l'intention et la capacité de contrôler le territoire.

[49] Tout comme c'était le cas de la suffisance de l'occupation, il faut aborder l'exigence de l'exclusivité en tenant compte de la common law et du point de vue des Autochtones, ainsi que du contexte et des caractéristiques de la société autochtone. Dans l'arrêt *Delgamuukw*, la Cour a expliqué ce qui suit au par. 157 :

La prise en considération du point de vue des [A]utochtones peut également amener à conclure qu'une intrusion par d'autres groupes autochtones ne fait pas obstacle à l'occupation exclusive du territoire visé par le groupe autochtone qui en revendique le titre, et que la présence autorisée de ces autres groupes peut renforcer cette

[A]boriginal title may have trespass laws which are proof of exclusive occupation, such that the presence of trespassers does not count as evidence against exclusivity. As well, [A]boriginal laws under which permission may be granted to other [A]boriginal groups to use or reside even temporarily on land would reinforce the finding of exclusive occupation. Indeed, if that permission were the subject of treaties between the [A]boriginal nations in question, those treaties would also form part of the [A]boriginal perspective.

4. Summary

[50] The claimant group bears the onus of establishing Aboriginal title. The task is to identify how pre-sovereignty rights and interests can properly find expression in modern common law terms. In asking whether Aboriginal title is established, the general requirements are: (1) “sufficient occupation” of the land claimed to establish title at the time of assertion of European sovereignty; (2) continuity of occupation where present occupation is relied on; and (3) exclusive historic occupation. In determining what constitutes sufficient occupation, one looks to the Aboriginal culture and practices, and compares them in a culturally sensitive way with what was required at common law to establish title on the basis of occupation. Occupation sufficient to ground Aboriginal title is not confined to specific sites of settlement but extends to tracts of land that were regularly used for hunting, fishing or otherwise exploiting resources and over which the group exercised effective control at the time of assertion of European sovereignty.

B. *Was Aboriginal Title Established in This Case?*

[51] The trial judge applied a test of regular and exclusive use of the land. This is consistent with

occupation exclusive. À titre d'exemple, le groupe autochtone qui revendique le titre aborigène peut avoir, en matière d'intrusion, des règles de droit qui sont des preuves de l'occupation exclusive, de sorte que la présence d'intrus n'est pas considérée comme une preuve à l'encontre de l'exclusivité. De plus, l'existence de règles de droit autochtones en vertu desquelles d'autres groupes autochtones peuvent être autorisés à utiliser les terres ou même à y résider temporairement étayerait la conclusion d'occupation exclusive. De fait, si cette permission a fait l'objet de traités entre les nations autochtones concernées, ces traités feraient également partie du point de vue des [A]utochtones.

4. Résumé

[50] Il incombe au groupe revendicateur d'établir l'existence du titre ancestral. Il faut déterminer la façon dont les droits et intérêts qui existaient avant l'affirmation de la souveraineté peuvent trouver leur juste expression en common law moderne. Dans l'examen de la question de savoir si l'existence d'un titre ancestral est établie, les conditions générales sont les suivantes : (1) une « occupation suffisante » du territoire revendiqué afin d'établir l'existence d'un titre au moment de l'affirmation de la souveraineté européenne; (2) la continuité de l'occupation lorsque l'occupation actuelle est invoquée; et (3) l'exclusivité de l'occupation historique. Pour déterminer ce qui constitue une occupation suffisante, il faut examiner la culture et les pratiques des Autochtones et les comparer, tout en tenant compte de leurs particularités culturelles, à ce qui était requis en common law pour établir l'existence d'un titre fondé sur l'occupation. L'occupation suffisante pour fonder l'existence d'un titre ancestral ne se limite pas aux lieux spécifiques d'établissement, mais s'étend aux parcelles de terre régulièrement utilisées pour y pratiquer la chasse, la pêche ou d'autres types d'exploitation des ressources et sur lesquelles le groupe exerçait un contrôle effectif au moment de l'affirmation de la souveraineté européenne.

B. *L'existence du titre ancestral a-t-elle été établie en l'espèce?*

[51] Le juge de première instance a appliqué un critère fondé sur l'utilisation régulière et exclusive

the correct legal test. This leaves the question of whether he applied it appropriately to the evidence in this case.

[52] Whether the evidence in a particular case supports Aboriginal title is a question of fact for the trial judge: *Marshall; Bernard*. The question therefore is whether the Province has shown that the trial judge made a palpable and overriding error in his factual conclusions.

[53] I approach the question through the lenses of sufficiency, continuity and exclusivity discussed above.

[54] I will not repeat my earlier comments on what is required to establish sufficiency of occupation. Regular use of the territory suffices to establish sufficiency; the concept is not confined to continuously occupied village sites. The question must be approached from the perspective of the Aboriginal group as well as the common law, bearing in mind the customs of the people and the nature of the land.

[55] The evidence in this case supports the trial judge's conclusion of sufficient occupation. While the population was small, the trial judge found evidence that the parts of the land to which he found title were regularly used by the Tsilhqot'in. The Court of Appeal did not take serious issue with these findings.

[56] Rather, the Court of Appeal based its rejection of Aboriginal title on the legal proposition that regular use of territory could not ground Aboriginal title — only the regular presence on or intensive occupation of particular tracts would suffice. That view, as discussed earlier, is not supported by the jurisprudence; on the contrary, *Delgamuukw* affirms a territorial use-based approach to Aboriginal title.

du territoire. Son critère est conforme au bon critère juridique. Reste à savoir s'il l'a correctement appliqué à la preuve dont il disposait.

[52] La question de savoir si la preuve présentée dans une affaire donnée permet de conclure à l'existence d'un titre ancestral est une question de fait que doit trancher le juge de première instance : *Marshall; Bernard*. Il s'agit donc de savoir si la province a démontré que le juge de première avait commis une erreur manifeste et dominante dans ses conclusions de fait.

[53] J'aborde la question sous les angles susmentionnés de la suffisance, de la continuité et de l'exclusivité.

[54] Je ne répéterai pas les commentaires que j'ai formulés précédemment sur ce qui est requis pour établir la suffisance de l'occupation. L'utilisation régulière du territoire suffit pour établir la suffisance; le concept ne se limite pas aux villages qui ont été occupés de façon continue. Il faut aborder la question en tenant compte du point de vue du groupe autochtone et de la common law, sans oublier les coutumes du peuple et la nature du territoire.

[55] La preuve en l'espèce appuie la conclusion du juge de première instance quant à l'occupation suffisante. Le territoire était peu peuplé, mais le juge de première instance a relevé des éléments de preuve indiquant que les parties du territoire sur lesquelles il a conclu à l'existence du titre étaient régulièrement utilisées par les Tsilhqot'in. La Cour d'appel n'a pas vraiment contesté ces conclusions.

[56] La Cour d'appel a plutôt fondé son rejet de l'existence du titre ancestral sur la proposition de droit selon laquelle l'utilisation régulière du territoire ne pouvait pas fonder le titre ancestral — seules la présence régulière sur des parcelles spécifiques ou leur occupation intensive étaient suffisantes. Cette interprétation, comme je l'ai déjà mentionné, ne trouve pas d'appui dans la jurisprudence; l'arrêt *Delgamuukw* confirme plutôt à l'égard du titre ancestral une approche fondée sur l'utilisation du territoire.

[57] This brings me to continuity. There is some reliance on present occupation for the title claim in this case, raising the question of continuity. The evidence adduced and later relied on in parts 5 to 7 of the trial judge's reasons speak of events that took place as late as 1999. The trial judge considered this direct evidence of more recent occupation alongside archeological evidence, historical evidence, and oral evidence from Aboriginal elders, all of which indicated a continuous Tsilhqot'in presence in the claim area. The geographic proximity between sites for which evidence of recent occupation was tendered, and those for which direct evidence of historic occupation existed, further supported an inference of continuous occupation. Paragraph 945 states, under the heading of "Continuity", that the "Tsilhqot'in people have continuously occupied the Claim Area before and after sovereignty assertion". I see no reason to disturb this finding.

[58] Finally, I come to exclusivity. The trial judge found that the Tsilhqot'in, prior to the assertion of sovereignty, repelled other people from their land and demanded permission from outsiders who wished to pass over it. He concluded from this that the Tsilhqot'in treated the land as exclusively theirs. There is no basis upon which to disturb that finding.

[59] The Province goes on to argue that the trial judge's conclusions on how particular parts of the land were used cannot be sustained. The Province says:

- The boundaries drawn by the trial judge are arbitrary and contradicted by some of the evidence (factum, at paras. 141-42).
- The trial judge relied on a map the validity of which the Province disputes (para. 143).

[57] Cela m'amène à la continuité. La revendication du titre présentée en l'espèce est fondée dans une certaine mesure sur l'occupation actuelle, ce qui soulève la question de la continuité. La preuve produite et acceptée ensuite dans les parties 5 à 7 des motifs du juge de première instance se rapporte aux événements qui remontent jusqu'en 1999. Le juge de première instance a pris en considération cette preuve directe d'une occupation plus récente conjointement avec la preuve archéologique, la preuve historique et les témoignages d'aînés, qui indiquaient tous une présence continue des Tsilhqot'in dans la région visée par la revendication. La proximité géographique entre les sites à l'égard desquels une preuve d'occupation récente a été produite et ceux à l'égard desquels il existait une preuve directe d'occupation passée renforçait l'inférence d'une occupation continue. Au paragraphe 945, il est indiqué, sous la rubrique [TRADUCTION] « Continuité », que « le peuple Tsilhqot'in a occupé le secteur revendiqué de façon continue avant et après l'affirmation de la souveraineté ». Je ne vois aucune raison de modifier cette conclusion.

[58] Enfin, j'en viens à l'exclusivité. Le juge de première instance a conclu que les Tsilhqot'in, avant l'affirmation de la souveraineté, ont repoussé d'autres peuples de leurs terres et ont exigé que les étrangers qui désiraient passer sur leurs terres leur demandent la permission. Il en a conclu que les Tsilhqot'in considéraient qu'ils possédaient leurs terres en exclusivité. Il n'y a aucune raison de modifier cette conclusion.

[59] La province plaide en outre que les conclusions du juge de première instance quant à la manière dont certaines parties du territoire étaient utilisées ne peuvent être retenues. La province affirme ce qui suit :

- Les limites du territoire établies par le juge de première instance sont arbitraires et contredites par certains éléments de preuve (mémoire, par. 141-142).
- Le juge de première instance s'est fondé sur une carte dont la province conteste la validité (par. 143).

- The Tsilhqot'in population, that the trial judge found to be 400 at the time of sovereignty assertion, could not have physically occupied the 1,900 sq. km of land over which title was found (para. 144).
- The trial judge failed to identify specific areas with adequate precision, instead relying on vague descriptions (para. 145).
- A close examination of the details of the inconsistent and arbitrary manner in which the trial judge defined the areas subject to Aboriginal title demonstrates the unreliability of his approach (para. 147).
- Le peuple Tsilhqot'in qui, selon le juge de première instance, comptait 400 personnes au moment de l'affirmation de la souveraineté, ne pouvait pas occuper les 1 900 km² de terres sur lesquelles l'existence d'un titre a été établie (par. 144).
- Le juge de première instance n'a pas identifié des secteurs de manière suffisamment précise; il s'est plutôt appuyé sur de vagues descriptions (par. 145).
- Un examen attentif de la façon incohérente et arbitraire dont le juge de première instance a défini les secteurs grevés d'un titre ancestral démontre le manque de fiabilité de son approche (par. 147).

[60] Most of the Province's criticisms of the trial judge's findings on the facts are rooted in its erroneous thesis that only specific, intensively occupied areas can support Aboriginal title. The concern with the small size of the Tsilhqot'in population in 1846 makes sense only if one assumes a narrow test of intensive occupation and if one ignores the character of the land in question which was mountainous and could not have sustained a much larger population. The alleged failure to identify particular areas with precision likewise only makes sense if one assumes a narrow test of intensive occupation. The other criticisms amount to pointing out conflicting evidence. It was the trial judge's task to sort out conflicting evidence and make findings of fact. The presence of conflicting evidence does not demonstrate palpable and overriding error.

[61] The Province has not established that the conclusions of the trial judge are unsupported by the evidence or otherwise in error. Nor has it established his conclusions were arbitrary or insufficiently precise. The trial judge was faced with the herculean task of drawing conclusions from a huge

[60] La plupart des critiques de la province à l'égard des conclusions de fait du juge de première instance reposent sur la thèse erronée voulant que le titre ancestral s'attache uniquement à des secteurs spécifiques occupés intensivement. La préoccupation que suscite la petite taille de la population des Tsilhqot'in en 1846 n'a de sens que si l'on adopte le critère étroit de l'occupation intensive et que l'on ne tient pas compte de la nature du territoire en question, un territoire montagneux qui n'aurait pas pu assurer la subsistance d'une population beaucoup plus importante. De même, l'allégation selon laquelle le juge de première instance aurait omis d'identifier certains secteurs avec précision n'a de sens que si l'on adopte le critère étroit de l'occupation intensive. Les autres critiques ne servent qu'à souligner le caractère contradictoire de la preuve. Il appartenait au juge de première instance de faire la part des éléments de preuve contradictoires et de tirer des conclusions de fait. La présence d'éléments de preuve contradictoires ne démontre pas l'existence d'une erreur manifeste et dominante.

[61] La province n'a pas démontré que les conclusions du juge de première instance ne sont pas étayées par la preuve ou qu'elles sont autrement erronées. Elle n'a pas non plus démontré que ses conclusions étaient arbitraires ou manquaient de précision. Le juge de première instance avait la

body of evidence produced over 339 trial days spanning a five-year period. Much of the evidence was historic evidence and therefore by its nature sometimes imprecise. The trial judge spent long periods in the claim area with witnesses, hearing evidence about how particular parts of the area were used. Absent demonstrated error, his findings should not be disturbed.

[62] This said, I have accepted the Province's invitation to review the maps and the evidence and evaluate the trial judge's conclusions as to which areas support a declaration of Aboriginal title. For ease of reference, I attach a map showing the various territories and how the trial judge treated them (Appendix; see Appellant's factum, "Appendix A"). The territorial boundaries drawn by the trial judge and his conclusions as to Aboriginal title appear to be logical and fully supported by the evidence.

[63] The trial judge divided the claim area into six regions and then considered a host of individual sites within each region. He examined expert archeological evidence, historical evidence and oral evidence from Aboriginal elders referring to these specific sites. At some of these sites, although the evidence did suggest a Tsilhqot'in presence, he found it insufficient to establish regular and exclusive occupancy. At other sites, he held that the evidence did establish regular and exclusive occupancy. By examining a large number of individual sites, the trial judge was able to infer the boundaries within which the Tsilhqot'in regularly and exclusively occupied the land. The trial judge, in proceeding this way, made no legal error.

[64] The Province also criticises the trial judge for offering his opinion on areas outside the claim area. This, the Province says, went beyond the

tâche colossale de tirer des conclusions à partir d'une quantité énorme d'éléments de preuve produits au cours d'un procès de 339 jours étalé sur une période de cinq ans. Une grande partie de la preuve était historique et donc, de par sa nature, parfois imprécise. Le juge de première instance a passé de longues périodes de temps dans le territoire revendiqué en compagnie de témoins et a entendu des témoignages sur la façon dont différents secteurs étaient utilisés. En l'absence d'une erreur manifeste, ses conclusions ne devraient pas être modifiées.

[62] Cela étant dit, j'ai accepté la proposition de la province d'examiner les cartes et les éléments de preuve et d'apprécier les conclusions du juge de première instance au sujet des secteurs auxquels devrait s'appliquer un jugement déclarant l'existence d'un titre ancestral. Par souci de clarté, je joins en annexe une carte qui montre les divers territoires et la façon dont le juge de première instance les a considérés (Annexe; voir l'annexe « A » du mémoire de l'appelant). Les limites territoriales définies par le juge de première instance et ses conclusions quant au titre ancestral semblent logiques et entièrement étayées par la preuve.

[63] Le juge de première instance a divisé le territoire revendiqué en six régions et a ensuite examiné de nombreux sites à l'intérieur de chaque région. Il a examiné des éléments de preuve archéologique et historique ainsi que les récits oraux des aînés autochtones faisant état de ces sites. À certains de ces sites, bien que la preuve donnait à penser que les Tsilhqot'in y avaient été présents, il a conclu que la preuve ne permettait pas d'établir une occupation régulière et exclusive. À d'autres sites, il a estimé que la preuve établissait une telle occupation. Après avoir examiné un grand nombre de sites, le juge de première instance a pu inférer les limites à l'intérieur desquelles les Tsilhqot'in occupaient régulièrement et exclusivement le territoire. En procédant de cette façon, le juge de première instance n'a commis aucune erreur.

[64] La province critique également le juge de première instance parce qu'il a donné son avis sur des terres qui se trouvent à l'extérieur du territoire

mandate of a trial judge who, should pronounce only on pleaded matters.

[65] In my view, this criticism is misplaced. It is clear that no declaration of title could be made over areas outside those pleaded. The trial judge offered his comments on areas outside the claim area, not as binding rulings in the case, but to provide assistance in future land claims negotiations. Having canvassed the evidence and arrived at conclusions on it, it made economic and practical sense for the trial judge to give the parties the benefit of his views. Moreover, as I noted earlier in discussing the proper approach to pleadings in cases where Aboriginal title is at issue, these cases raise special considerations. Often, the ambit of a claim cannot be drawn with precision at the commencement of proceedings. The true state of affairs unfolds only gradually as the evidence emerges over what may be a lengthy period of time. If at the end of the process the boundaries of the initial claim and the boundaries suggested by the evidence are different, the trial judge should not be faulted for pointing that out.

[66] I conclude that the trial judge was correct in his assessment that the Tsilhqot'in occupation was both sufficient and exclusive at the time of sovereignty. There was ample direct evidence of occupation at sovereignty, which was additionally buttressed by evidence of more recent continuous occupation.

VI. What Rights Does Aboriginal Title Confer?

[67] As we have seen, *Delgamuukw* establishes that Aboriginal title “encompasses the right to exclusive use and occupation of the land held pursuant to that title for a variety of purposes” (para. 117), including non-traditional purposes, provided these

revendiqué. Selon la province, cela outrepassait le mandat d'un juge de première instance, qui doit se prononcer seulement sur les questions soulevées.

[65] À mon avis, cette critique est inappropriée. Il est évident qu'aucun jugement déclarant l'existence d'un titre n'aurait pu être rendu à l'égard de terres se trouvant à l'extérieur du territoire revendiqué. Les commentaires du juge de première instance à propos de secteurs non revendiqués n'étaient pas de la nature d'une décision, mais visaient simplement à fournir des pistes pour de futures négociations relatives aux revendications territoriales. Après avoir examiné la preuve et en avoir tiré des conclusions, il était logique, sur les plans économique et pratique, que le juge de première instance donne son opinion aux parties. De plus, ainsi que je l'ai fait remarquer lorsque je me suis penchée sur l'approche qu'il convient d'adopter à l'égard des actes de procédure dans les cas où un titre ancestral est en cause, ces affaires soulèvent des considérations particulières. Souvent, la portée d'une revendication ne peut être établie avec précision au début des procédures. La situation s'éclaircit au fur et à mesure que les éléments de preuve se dégagent sur une période qui peut être longue. Si, à la fin du processus, les limites de la revendication initiale et les limites établies suivant la preuve sont différentes, il ne faudrait pas reprocher au juge de première instance de le souligner.

[66] J'estime que le juge de première instance a eu raison de conclure que l'occupation des Tsilhqot'in était suffisante et exclusive au moment de l'affirmation de la souveraineté. Il y avait amplement d'éléments de preuve démontrant une occupation antérieure à l'affirmation de la souveraineté, et cette preuve était renforcée par des éléments de preuve démontrant une occupation continue plus récente.

VI. Quels droits confère le titre ancestral?

[67] Je le rappelle, l'arrêt *Delgamuukw* établit que le titre ancestral « comprend le droit d'utiliser et d'occuper de façon exclusive les terres détenues en vertu de ce titre pour diverses fins » (par. 117), y compris des fins non traditionnelles, dans la mesure

uses can be reconciled with the communal and on-going nature of the group's attachment to the land. Subject to this inherent limit, the title-holding group has the right to choose the uses to which the land is put and to enjoy its economic fruits (para. 166).

[68] I will first discuss the legal characterization of the Aboriginal title. I will then offer observations on what Aboriginal title provides to its holders and what limits it is subject to.

A. *The Legal Characterization of Aboriginal Title*

[69] The starting point in characterizing the legal nature of Aboriginal title is Dickson J.'s concurring judgment in *Guerin*, discussed earlier. At the time of assertion of European sovereignty, the Crown acquired radical or underlying title to all the land in the province. This Crown title, however, was burdened by the pre-existing legal rights of Aboriginal people who occupied and used the land prior to European arrival. The doctrine of *terra nullius* (that no one owned the land prior to European assertion of sovereignty) never applied in Canada, as confirmed by the *Royal Proclamation* of 1763. The Aboriginal interest in land that burdens the Crown's underlying title is an independent legal interest, which gives rise to a fiduciary duty on the part of the Crown.

[70] The content of the Crown's underlying title is what is left when Aboriginal title is subtracted from it: s. 109 of the *Constitution Act, 1867*; *Delgamuukw*. As we have seen, *Delgamuukw* establishes that Aboriginal title gives "the right to exclusive use and occupation of the land . . . for a variety of purposes", not confined to traditional or "distinctive" uses (para. 117). In other words, Aboriginal title is a beneficial interest in the land: *Guerin*, at p. 382. In simple terms, the title holders have the right to the benefits associated with the land — to use it, enjoy it and profit from its economic development. As such, the Crown does

où ces utilisations peuvent se concilier avec la nature collective et continue de l'attachement qu'a le groupe pour le territoire visé. Sous réserve de cette limite intrinsèque, le groupe qui détient le titre a le droit de choisir les utilisations qui sont faites de ces terres et de bénéficier des avantages économiques qu'elles procurent (par. 166).

[68] Je vais d'abord examiner la qualification juridique du titre ancestral. J'exposerai ensuite mes observations sur ce que le titre ancestral confère à ses titulaires et sur les limites auxquelles il est assujéti.

A. *La qualification juridique du titre ancestral*

[69] Le point de départ de la qualification de la nature juridique du titre ancestral est le jugement concordant du juge Dickson dans l'arrêt *Guerin*, dont il est question précédemment. Au moment de l'affirmation de la souveraineté européenne, la Couronne a acquis un titre absolu ou sous-jacent sur toutes les terres de la province. Ce titre était toutefois grevé des droits préexistants des peuples autochtones qui occupaient et utilisaient les terres avant l'arrivée des Européens. La doctrine de la *terra nullius* (selon laquelle nul ne possédait la terre avant l'affirmation de la souveraineté européenne) ne s'est jamais appliquée au Canada, comme l'a confirmé la *Proclamation royale* de 1763. Le droit des Autochtones sur les terres qui grève le titre sous-jacent de la Couronne a une existence juridique indépendante qui donne naissance à une obligation fiduciaire de la part de la Couronne.

[70] Le contenu du titre sous-jacent de la Couronne est ce qui reste après la soustraction du titre ancestral : art. 109 de la *Loi constitutionnelle de 1867*; *Delgamuukw*. Comme nous l'avons déjà vu, l'arrêt *Delgamuukw* établit que le titre ancestral accorde « le droit d'utiliser et d'occuper de façon exclusive les terres détenues en vertu de ce titre pour diverses fins », lesquelles ne se limitent pas aux utilisations traditionnelles ou « distinctives » (par. 117). Autrement dit, le titre ancestral est un intérêt bénéficiaire sur les terres : *Guerin*, p. 382. En termes simples, les titulaires du titre ont droit aux avantages associés aux terres — de les utiliser,

not retain a beneficial interest in Aboriginal title land.

[71] What remains, then, of the Crown's radical or underlying title to lands held under Aboriginal title? The authorities suggest two related elements — a fiduciary duty owed by the Crown to Aboriginal people when dealing with Aboriginal lands, and the right to encroach on Aboriginal title if the government can justify this in the broader public interest under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. The Court in *Delgamuukw* referred to this as a process of reconciling Aboriginal interests with the broader public interests under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

[72] The characteristics of Aboriginal title flow from the special relationship between the Crown and the Aboriginal group in question. It is this relationship that makes Aboriginal title *sui generis* or unique. Aboriginal title is what it is — the unique product of the historic relationship between the Crown and the Aboriginal group in question. Analogies to other forms of property ownership — for example, fee simple — may help us to understand aspects of Aboriginal title. But they cannot dictate precisely what it is or is not. As La Forest J. put it in *Delgamuukw*, at para. 190, Aboriginal title “is not equated with fee simple ownership; nor can it be described with reference to traditional property law concepts”.

B. *The Incidents of Aboriginal Title*

[73] Aboriginal title confers ownership rights similar to those associated with fee simple, including: the right to decide how the land will be used; the right of enjoyment and occupancy of the land; the right to possess the land; the right to the economic benefits of the land; and the right to proactively use and manage the land.

d'en jouir et de profiter de leur développement économique. Par conséquent, la Couronne ne conserve pas un intérêt bénéficiaire sur les terres visées par un titre ancestral.

[71] Alors, que reste-t-il du titre absolu ou sous-jacent de la Couronne sur les terres détenues en vertu d'un titre ancestral? Il ressort de la doctrine et de la jurisprudence deux éléments connexes — une obligation fiduciaire de la Couronne envers les Autochtones à l'égard des terres ancestrales et le droit de porter atteinte au titre ancestral si le gouvernement peut démontrer que l'atteinte est justifiée dans l'intérêt général du public en vertu de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Dans l'arrêt *Delgamuukw*, la Cour a dit qu'il s'agissait d'un processus de conciliation des intérêts autochtones et de l'intérêt général du public en vertu de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[72] Les caractéristiques du titre ancestral découlent de la relation particulière entre la Couronne et le groupe autochtone en question. C'est cette relation qui rend le titre ancestral *sui generis*, ou unique. Le titre ancestral est ce qu'il est — le résultat unique de la relation historique entre la Couronne et le groupe autochtone en question. Des analogies avec d'autres formes de propriété — par exemple, la propriété en fief simple — peuvent être utiles pour mieux comprendre certains aspects du titre ancestral. Cependant, elles ne peuvent pas dicter précisément en quoi il consiste ou ne consiste pas. Comme le juge La Forest l'a indiqué dans *Delgamuukw*, par. 190, le titre ancestral « n'équivaut pas à la propriété en fief simple et il ne peut pas non plus être décrit au moyen des concepts traditionnels du droit des biens ».

B. *Les attributs du titre ancestral*

[73] Le titre ancestral confère des droits de propriété semblables à ceux associés à la propriété en fief simple, y compris le droit de déterminer l'utilisation des terres, le droit de jouissance et d'occupation des terres, le droit de posséder les terres, le droit aux avantages économiques que procurent les terres et le droit d'utiliser et de gérer les terres de manière proactive.

[74] Aboriginal title, however, comes with an important restriction — it is collective title held not only for the present generation but for all succeeding generations. This means it cannot be alienated except to the Crown or encumbered in ways that would prevent future generations of the group from using and enjoying it. Nor can the land be developed or misused in a way that would substantially deprive future generations of the benefit of the land. Some changes — even permanent changes — to the land may be possible. Whether a particular use is irreconcilable with the ability of succeeding generations to benefit from the land will be a matter to be determined when the issue arises.

[75] The rights and restrictions on Aboriginal title flow from the legal interest Aboriginal title confers, which in turn flows from the fact of Aboriginal occupancy at the time of European sovereignty which attached as a burden on the underlying title asserted by the Crown at sovereignty. Aboriginal title post-sovereignty reflects the fact of Aboriginal occupancy pre-sovereignty, with all the pre-sovereignty incidents of use and enjoyment that were part of the collective title enjoyed by the ancestors of the claimant group — most notably the right to control how the land is used. However, these uses are not confined to the uses and customs of pre-sovereignty times; like other landowners, Aboriginal title holders of modern times can use their land in modern ways, if that is their choice.

[76] The right to control the land conferred by Aboriginal title means that governments and others seeking to use the land must obtain the consent of the Aboriginal title holders. If the Aboriginal group does not consent to the use, the government's only recourse is to establish that the proposed incursion on the land is justified under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

[74] Cependant, le titre ancestral comporte une restriction importante — il s'agit d'un titre collectif détenu non seulement pour la génération actuelle, mais pour toutes les générations futures. Cela signifie qu'il ne peut pas être cédé, sauf à la Couronne, ni être grevé d'une façon qui empêcherait les générations futures du groupe d'utiliser les terres et d'en jouir. Les terres ne peuvent pas non plus être aménagées ou utilisées d'une façon qui priverait de façon substantielle les générations futures de leur utilisation. Il peut être possible d'apporter certaines modifications — même permanentes — aux terres. La question de savoir si une utilisation particulière est irréconciliable avec la possibilité pour les générations futures de bénéficier des terres constituera une question qu'il faudra trancher lorsqu'elle se posera.

[75] Les droits et restrictions afférents au titre ancestral découlent de l'intérêt que ce titre confère, intérêt qui découle à son tour de l'occupation autochtone à l'époque de la souveraineté européenne et qui grève le titre sous-jacent revendiqué par la Couronne au moment de l'affirmation de la souveraineté. Le titre ancestral postérieur à l'affirmation de la souveraineté reflète le fait que les Autochtones occupaient le territoire avant l'affirmation de la souveraineté, avec tous les attributs que constituent les droits d'utilisation et de jouissance qui existaient avant l'affirmation de la souveraineté et qui composaient le titre collectif détenu par les ancêtres du groupe revendicateur — notamment le droit de contrôler l'utilisation des terres. Cependant, les utilisations ne se limitent pas aux utilisations et aux coutumes antérieures à l'affirmation de la souveraineté; tout comme les autres propriétaires fonciers, les titulaires du titre ancestral des temps modernes peuvent utiliser leurs terres de façon moderne, s'ils le veulent.

[76] Le droit de contrôler la terre que confère le titre ancestral signifie que les gouvernements et les autres personnes qui veulent utiliser les terres doivent obtenir le consentement des titulaires du titre ancestral. Si le groupe autochtone ne consent pas à l'utilisation, le seul recours du gouvernement consiste à établir que l'utilisation proposée est justifiée en vertu de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

C. Justification of Infringement

[77] To justify overriding the Aboriginal title-holding group's wishes on the basis of the broader public good, the government must show: (1) that it discharged its procedural duty to consult and accommodate; (2) that its actions were backed by a compelling and substantial objective; and (3) that the governmental action is consistent with the Crown's fiduciary obligation to the group: *Sparrow*.

[78] The duty to consult is a procedural duty that arises from the honour of the Crown prior to confirmation of title. Where the Crown has real or constructive knowledge of the potential or actual existence of Aboriginal title, and contemplates conduct that might adversely affect it, the Crown is obliged to consult with the group asserting Aboriginal title and, if appropriate, accommodate the Aboriginal right. The duty to consult must be discharged prior to carrying out the action that could adversely affect the right.

[79] The degree of consultation and accommodation required lies on a spectrum as discussed in *Haida*. In general, the level of consultation and accommodation required is proportionate to the strength of the claim and to the seriousness of the adverse impact the contemplated governmental action would have on the claimed right. "A dubious or peripheral claim may attract a mere duty of notice, while a stronger claim may attract more stringent duties" (para. 37). The required level of consultation and accommodation is greatest where title has been established. Where consultation or accommodation is found to be inadequate, the government decision can be suspended or quashed.

[80] Where Aboriginal title is unproven, the Crown owes a procedural duty imposed by the honour of the Crown to consult and, if appropriate, accommodate the unproven Aboriginal interest. By contrast,

C. La justification de l'atteinte

[77] Pour justifier qu'il puisse passer outre aux volontés du groupe qui détient le titre ancestral au motif que l'atteinte sert l'intérêt général du public, le gouvernement doit établir : (1) qu'il s'est acquitté de son obligation procédurale de consultation et d'accommodement; (2) que ses actes poursuivaient un objectif impérieux et réel; et (3) que la mesure gouvernementale est compatible avec l'obligation fiduciaire qu'a la Couronne envers le groupe : *Sparrow*.

[78] L'obligation de consultation est une obligation procédurale que fait naître l'honneur de la Couronne avant que l'existence du titre soit confirmée. Lorsque la Couronne a connaissance, concrètement ou par imputation, de l'existence potentielle ou réelle du titre ancestral et qu'elle envisage une mesure susceptible d'avoir un effet préjudiciable sur ce titre, elle est tenue de consulter le groupe qui revendique le titre ancestral et, s'il y a lieu, de trouver des accommodements au droit ancestral. L'obligation de consultation doit être respectée avant la prise de mesures pouvant avoir un effet préjudiciable sur le droit.

[79] L'obligation de consultation et d'accommodement se situe à l'intérieur d'un continuum, comme il en a été question dans l'arrêt *Nation haïda*. En général, le niveau de consultation et d'accommodement nécessaire est proportionnel à la solidité de la revendication et à la gravité de l'incidence négative que la mesure gouvernementale proposée aurait sur le droit revendiqué. « Une revendication douteuse ou marginale peut ne requérir qu'une simple obligation d'informer, alors qu'une revendication plus solide peut faire naître des obligations plus contraignantes » (par. 37). Le niveau de consultation et d'accommodement nécessaire est le plus élevé lorsque l'existence du titre a été établie. Lorsque la consultation ou l'accommodement est jugé insuffisant, la décision du gouvernement peut être suspendue ou annulée.

[80] Lorsque l'existence du titre ancestral n'est pas établie, l'honneur de la Couronne lui impose une obligation procédurale de consultation et, s'il y a lieu, d'accommodement de l'intérêt autochtone

where title has been established, the Crown must not only comply with its procedural duties, but must also ensure that the proposed government action is substantively consistent with the requirements of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. This requires both a compelling and substantial governmental objective and that the government action is consistent with the fiduciary duty owed by the Crown to the Aboriginal group.

[81] I agree with the Court of Appeal that the compelling and substantial objective of the government must be considered from the Aboriginal perspective as well as from the perspective of the broader public. As stated in *Gladstone*, at para. 72:

... the objectives which can be said to be compelling and substantial will be those directed at either the recognition of the prior occupation of North America by [A]boriginal peoples or — and at the level of justification it is this purpose which may well be most relevant — at the reconciliation of [A]boriginal prior occupation with the assertion of the sovereignty of the Crown. [Emphasis added.]

[82] As *Delgamuukw* explains, the process of reconciling Aboriginal interests with the broader interests of society as a whole is the *raison d'être* of the principle of justification. Aboriginals and non-Aboriginals are “all here to stay” and must of necessity move forward in a process of reconciliation (para. 186). To constitute a compelling and substantial objective, the broader public goal asserted by the government must further the goal of reconciliation, having regard to both the Aboriginal interest and the broader public objective.

[83] What interests are potentially capable of justifying an incursion on Aboriginal title? In *Delgamuukw*, this Court, per Lamer C.J., offered this:

In the wake of *Gladstone*, the range of legislative objectives that can justify the infringement of [A]boriginal title is fairly broad. Most of these objectives can

non encore établi. Par contre, lorsque l'existence du titre a été établie, la Couronne doit non seulement se conformer à ses obligations procédurales, mais doit aussi s'assurer que la mesure gouvernementale proposée est fondamentalement conforme aux exigences de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Pour cela, le gouvernement doit poursuivre un objectif impérieux et réel et il doit démontrer que la mesure proposée est compatible avec l'obligation fiduciaire de la Couronne envers le groupe autochtone.

[81] Je conviens avec la Cour d'appel que l'objectif impérieux et réel du gouvernement doit être examiné du point de vue des Autochtones ainsi que du point de vue de l'intérêt général du public. Comme il est indiqué au par. 72 de l'arrêt *Gladstone* :

... sont considérés comme des objectifs impérieux et réels les objectifs visant soit la reconnaissance de l'occupation antérieure de l'Amérique du Nord par les peuples autochtones soit — et, à l'étape de la justification, ce genre d'objectifs pourrait bien être le plus pertinent — la conciliation de cette occupation avec l'affirmation par Sa Majesté de sa souveraineté sur ce territoire. [Je souligne.]

[82] Comme l'explique la Cour dans l'arrêt *Delgamuukw*, le processus de conciliation des intérêts autochtones avec l'intérêt général de la société dans son ensemble constitue la *raison d'être* du principe de la justification. Les Autochtones et les non-Autochtones sont « tous ici pour y rester » et doivent forcément favoriser un processus de conciliation (par. 186). Pour constituer un objectif impérieux et réel, l'objectif général du public invoqué par le gouvernement doit poursuivre l'objectif de conciliation, compte tenu des intérêts autochtones et de l'objectif général du public.

[83] Quels objectifs peuvent justifier une atteinte au titre ancestral? Dans *Delgamuukw*, le juge en chef Lamer a fait les remarques suivantes au nom de la Cour :

Depuis *Gladstone*, l'éventail d'objectifs législatifs qui peuvent justifier une atteinte au titre aborigène est assez large. La plupart de ces objectifs peuvent être rattachés

be traced to the reconciliation of the prior occupation of North America by [A]boriginal peoples with the assertion of Crown sovereignty, which entails the recognition that “distinctive [A]boriginal societies exist within, and are a part of, a broader social, political and economic community” (at para. 73). In my opinion, the development of agriculture, forestry, mining, and hydro-electric power, the general economic development of the interior of British Columbia, protection of the environment or endangered species, the building of infrastructure and the settlement of foreign populations to support those aims, are the kinds of objectives that are consistent with this purpose and, in principle, can justify the infringement of [A]boriginal title. Whether a particular measure or government act can be explained by reference to one of those objectives, however, is ultimately a question of fact that will have to be examined on a case-by-case basis. [Emphasis added; emphasis in original deleted; para. 165.]

[84] If a compelling and substantial public purpose is established, the government must go on to show that the proposed incursion on the Aboriginal right is consistent with the Crown’s fiduciary duty towards Aboriginal people.

[85] The Crown’s fiduciary duty in the context of justification merits further discussion. The Crown’s underlying title in the land is held for the benefit of the Aboriginal group and constrained by the Crown’s fiduciary or trust obligation to the group. This impacts the justification process in two ways.

[86] First, the Crown’s fiduciary duty means that the government must act in a way that respects the fact that Aboriginal title is a group interest that inheres in present and future generations. The beneficial interest in the land held by the Aboriginal group vests communally in the title-holding group. This means that incursions on Aboriginal title cannot be justified if they would substantially deprive future generations of the benefit of the land.

[87] Second, the Crown’s fiduciary duty infuses an obligation of proportionality into the justification process. Implicit in the Crown’s fiduciary duty

à la conciliation de l’occupation antérieure de l’Amérique du Nord par les peuples autochtones avec l’affirmation de la souveraineté de la Couronne, ce qui nécessite la reconnaissance du fait que les « sociétés autochtones distinctives existent au sein d’une communauté sociale, politique et économique plus large, communauté dont elles font partie » (au par. 73). À mon avis, l’extension de l’agriculture, de la foresterie, de l’exploitation minière et de l’énergie hydroélectrique, le développement économique général de l’intérieur de la Colombie-Britannique, la protection de l’environnement et des espèces menacées d’extinction, ainsi que la construction des infrastructures et l’implantation des populations requises par ces fins, sont des types d’objectifs compatibles avec cet objet et qui, en principe, peuvent justifier une atteinte à un titre aborigène. Toutefois, la question de savoir si une mesure ou un acte donné du gouvernement peut être expliqué par référence à l’un de ces objectifs est, en dernière analyse, une question de fait qui devra être examinée au cas par cas. [Je souligne; soulignement dans l’original omis; par. 165.]

[84] Si le gouvernement démontre qu’il poursuit un objectif impérieux et réel, il doit ensuite prouver que l’atteinte proposée au droit ancestral est compatible avec l’obligation fiduciaire de la Couronne envers les peuples autochtones.

[85] Dans le contexte de la justification, l’obligation fiduciaire de la Couronne mérite une analyse plus approfondie. Le titre sous-jacent de la Couronne sur les terres est détenu au profit du groupe autochtone et encadré par l’obligation fiduciaire de la Couronne envers le groupe. Cela influence le processus de justification de deux façons.

[86] Premièrement, l’obligation fiduciaire de la Couronne signifie que le gouvernement doit agir d’une manière qui respecte le fait que le titre ancestral est un droit collectif inhérent aux générations actuelles et futures. L’intérêt bénéficiaire sur les terres que détient le groupe autochtone est dévolu à l’ensemble des membres du groupe titulaire du titre. Les atteintes au titre ancestral ne peuvent donc pas être justifiées si elles priveront de façon substantielle les générations futures des avantages que procurent les terres.

[87] Deuxièmement, l’obligation fiduciaire de la Couronne insufflé une obligation de proportionnalité dans le processus de justification. Il ressort

to the Aboriginal group is the requirement that the incursion is necessary to achieve the government's goal (rational connection); that the government go no further than necessary to achieve it (minimal impairment); and that the benefits that may be expected to flow from that goal are not outweighed by adverse effects on the Aboriginal interest (proportionality of impact). The requirement of proportionality is inherent in the *Delgamuukw* process of reconciliation and was echoed in *Haida's* insistence that the Crown's duty to consult and accommodate at the claims stage "is proportionate to a preliminary assessment of the strength of the case supporting the existence of the right or title, and to the seriousness of the potentially adverse effect upon the right or title claimed" (para. 39).

[88] In summary, Aboriginal title confers on the group that holds it the exclusive right to decide how the land is used and the right to benefit from those uses, subject to one carve-out — that the uses must be consistent with the group nature of the interest and the enjoyment of the land by future generations. Government incursions not consented to by the title-holding group must be undertaken in accordance with the Crown's procedural duty to consult and must also be justified on the basis of a compelling and substantial public interest, and must be consistent with the Crown's fiduciary duty to the Aboriginal group.

D. Remedies and Transition

[89] Prior to establishment of title by court declaration or agreement, the Crown is required to consult in good faith with any Aboriginal groups asserting title to the land about proposed uses of the land and, if appropriate, accommodate the interests of such claimant groups. The level of consultation and accommodation required varies with the strength of the Aboriginal group's claim to the land and the seriousness of the potentially adverse effect upon the interest claimed. If the Crown fails

implicitement de l'obligation fiduciaire qu'a la Couronne envers le groupe autochtone que l'atteinte doit être nécessaire pour atteindre l'objectif gouvernemental (lien rationnel), que le gouvernement ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif (atteinte minimale) et que les effets préjudiciables sur l'intérêt autochtone ne l'emportent pas sur les avantages qui devraient découler de cet objectif (proportionnalité de l'incidence). L'exigence de proportionnalité est inhérente au processus de conciliation énoncé dans l'arrêt *Delgamuukw* et elle a été reprise dans l'arrêt *Nation haïda*, où la Cour insiste sur le fait que l'obligation de la Couronne de consulter et d'accommoder à l'étape des revendications « dépend de l'évaluation préliminaire de la solidité de la preuve étayant l'existence du droit ou du titre revendiqué, et de la gravité des effets préjudiciables potentiels sur le droit ou le titre » (par. 39).

[88] En résumé, le titre ancestral confère au groupe qui le détient le droit exclusif de déterminer l'utilisation qu'il est fait des terres et le droit de bénéficier des avantages que procure cette utilisation, sous réserve d'une seule exception, soit que les utilisations respectent sa nature collective et préservent la jouissance des terres pour les générations futures. Lorsque le gouvernement porte atteinte au titre ancestral sans le consentement du groupe titulaire du titre, il doit le faire en respectant l'obligation procédurale de la Couronne de consulter le groupe. L'atteinte doit également être justifiée par la poursuite d'un objectif public impérieux et réel et elle doit être compatible avec l'obligation fiduciaire qu'a la Couronne envers le groupe autochtone.

D. Mesures de réparation et période transitoire

[89] Avant que l'existence du titre soit établie par un jugement déclaratoire ou une entente, la Couronne est tenue de consulter de bonne foi les groupes autochtones qui revendiquent le titre sur des terres au sujet de ses projets d'utilisation des terres et, s'il y a lieu, de trouver des accommodements aux intérêts de ces groupes. Le niveau de consultation et d'accommodement requis varie en fonction de la solidité de la revendication du groupe autochtone et de la gravité de l'effet

to discharge its duty to consult, various remedies are available including injunctive relief, damages, or an order that consultation or accommodation be carried out: *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650, at para. 37.

[90] After Aboriginal title to land has been established by court declaration or agreement, the Crown must seek the consent of the title-holding Aboriginal group to developments on the land. Absent consent, development of title land cannot proceed unless the Crown has discharged its duty to consult and can justify the intrusion on title under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. The usual remedies that lie for breach of interests in land are available, adapted as may be necessary to reflect the special nature of Aboriginal title and the fiduciary obligation owed by the Crown to the holders of Aboriginal title.

[91] The practical result may be a spectrum of duties applicable over time in a particular case. At the claims stage, prior to establishment of Aboriginal title, the Crown owes a good faith duty to consult with the group concerned and, if appropriate, accommodate its interests. As the claim strength increases, the required level of consultation and accommodation correspondingly increases. Where a claim is particularly strong — for example, shortly before a court declaration of title — appropriate care must be taken to preserve the Aboriginal interest pending final resolution of the claim. Finally, once title is established, the Crown cannot proceed with development of title land not consented to by the title-holding group unless it has discharged its duty to consult and the development is justified pursuant to s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

préjudiciable éventuel sur l'intérêt revendiqué. Le manquement par la Couronne à son obligation de consultation peut donner lieu à diverses mesures de réparation, notamment une injonction, des dommages-intérêts ou une ordonnance enjoignant la tenue de consultations ou la prise de mesures d'accommodement : *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650, par. 37.

[90] Une fois l'existence du titre ancestral sur des terres établie par un jugement déclaratoire ou une entente, le gouvernement doit demander le consentement du groupe autochtone titulaire du titre pour ses projets d'aménagement du territoire. En l'absence de consentement, les projets d'aménagement sur les terres assujetties au titre ne peuvent aller de l'avant si le gouvernement ne s'est pas acquitté de son obligation de consultation et ne peut justifier une atteinte à ce titre aux termes de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Les mesures de réparation habituelles en cas d'atteinte à des intérêts sur des terres sont disponibles, en les adaptant au besoin en fonction de la nature particulière du titre ancestral et de l'obligation fiduciaire de la Couronne envers les titulaires du titre ancestral.

[91] Il s'ensuit d'un point de vue pratique que des obligations différentes puissent être applicables au fil du temps dans un cas donné. À l'étape de la revendication, avant que soit établie l'existence du titre ancestral, le gouvernement a une obligation de consulter de bonne foi le groupe en cause et, s'il y a lieu, d'accommoder ses intérêts. Alors que la validité de la revendication devient plus apparente, le niveau requis de consultation et d'accommodement augmente proportionnellement. Lorsqu'une revendication est particulièrement solide — par exemple, peu avant qu'un tribunal confirme l'existence du titre — il faut bien prendre soin de préserver l'intérêt autochtone en attendant le règlement définitif de la revendication. Enfin, une fois l'existence du titre établie, le gouvernement ne peut réaliser, sur les terres grevées d'un titre ancestral, un projet d'aménagement auquel le groupe titulaire du titre n'a pas consenti à moins qu'il se soit acquitté de son obligation de consultation et que le projet d'aménagement soit justifié au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[92] Once title is established, it may be necessary for the Crown to reassess prior conduct in light of the new reality in order to faithfully discharge its fiduciary duty to the title-holding group going forward. For example, if the Crown begins a project without consent prior to Aboriginal title being established, it may be required to cancel the project upon establishment of the title if continuation of the project would be unjustifiably infringing. Similarly, if legislation was validly enacted before title was established, such legislation may be rendered inapplicable going forward to the extent that it unjustifiably infringes Aboriginal title.

E. *What Duties Were Owed by the Crown at the Time of the Government Action?*

[93] Prior to the declaration of Aboriginal title, the Province had a duty to consult and accommodate the claimed Tsilhqot'in interest in the land. As the Tsilhqot'in had a strong *prima facie* claim to the land at the time of the impugned government action and the intrusion was significant, the duty to consult owed by the Crown fell at the high end of the spectrum described in *Haida* and required significant consultation and accommodation in order to preserve the Tsilhqot'in interest.

[94] With the declaration of title, the Tsilhqot'in have now established Aboriginal title to the portion of the lands designated by the trial judge with the exception as set out in para. 9 of these reasons. This gives them the right to determine, subject to the inherent limits of group title held for future generations, the uses to which the land is put and to enjoy its economic fruits. As we have seen, this is not merely a right of first refusal with respect to Crown land management or usage plans. Rather, it is the right to proactively use and manage the land.

[92] Une fois l'existence du titre établie, il peut être nécessaire pour le gouvernement de réévaluer sa conduite passée compte tenu de cette nouvelle réalité afin de s'acquitter fidèlement par la suite de son obligation fiduciaire envers le groupe titulaire du titre. Par exemple, si, avant que le titre ancestral soit établi, le gouvernement a entrepris un projet sans le consentement du groupe autochtone, il peut être tenu de l'annuler une fois l'existence du titre établie si la poursuite du projet porte indûment atteinte aux droits des Autochtones. De même, si une loi a été valablement adoptée avant que l'existence du titre soit établie, elle pourra être déclarée inapplicable pour l'avenir dans la mesure où elle porte injustement atteinte au titre ancestral.

E. *Quelles étaient les obligations de la Couronne au moment de la prise de la mesure gouvernementale?*

[93] Avant le jugement déclarant l'existence du titre ancestral, la province était tenue de consulter les Tsilhqot'in et de trouver des accommodements aux intérêts qu'ils revendiquaient. Au moment de la prise de la mesure gouvernementale contestée, la revendication du titre sur les terres par les Tsilhqot'in était à première vue solide et l'obligation de consultation de la Couronne se situait au haut du continuum décrit dans *Nation haïda* et exigeait un niveau élevé de consultation et d'accommodement afin de préserver les intérêts des Tsilhqot'in.

[94] Maintenant qu'un jugement a reconnu l'existence du titre, le peuple Tsilhqot'in détient un titre ancestral sur la partie du territoire désignée par le juge de première instance, sous réserve de l'exception indiquée au par. 9 des présents motifs. Cela donne au peuple Tsilhqot'in, sous réserve des limites inhérentes au titre collectif détenu au bénéfice des générations futures, le droit de déterminer les utilisations des terres et de bénéficier des avantages économiques qu'elles procurent. Comme nous l'avons déjà vu, il ne s'agit pas simplement d'un droit de premier refus sur la gestion des terres de la Couronne ou sur les plans de leur utilisation. Il s'agit plutôt du droit d'utiliser et de gérer les terres de façon proactive.

VII. Breach of the Duty to Consult

[95] The alleged breach in this case arises from the issuance by the Province of licences permitting third parties to conduct forestry activity and construct related infrastructure on the land in 1983 and onwards, before title was declared. During this time, the Tsilhqot'in held an interest in the land that was not yet legally recognized. The honour of the Crown required that the Province consult them on uses of the lands and accommodate their interests. The Province did neither and breached its duty owed to the Tsilhqot'in.

[96] The Crown's duty to consult was breached when Crown officials engaged in the planning process for the removal of timber. The inclusion of timber on Aboriginal title land in a timber supply area, the approval of cut blocks on Aboriginal title land in a forest development plan, and the allocation of cutting permits all occurred without any meaningful consultation with the Tsilhqot'in.

[97] I add this. Governments and individuals proposing to use or exploit land, whether before or after a declaration of Aboriginal title, can avoid a charge of infringement or failure to adequately consult by obtaining the consent of the interested Aboriginal group.

VIII. Provincial Laws and Aboriginal Title

[98] As discussed, I have concluded that the Province breached its duty to consult and accommodate the Tsilhqot'in interest in the land. This is sufficient to dispose of the appeal.

[99] However, the parties made extensive submissions on the application of the *Forest Act* to Aboriginal title land. This issue was dealt with by the courts below and is of pressing importance to the Tsilhqot'in people and other Aboriginal groups in British Columbia and elsewhere. It is therefore appropriate that we deal with it.

VII. Le manquement à l'obligation de consultation

[95] En l'espèce, le manquement allégué découle de la délivrance, par la province, de permis permettant à des tiers de mener des activités forestières et de construire des infrastructures connexes sur les terres à compter de 1983, avant que l'existence du titre soit reconnue. Au cours de cette période, les Tsilhqot'in détenaient sur les terres un intérêt qui n'était pas encore légalement reconnu. Le principe de l'honneur de la Couronne obligeait la province à les consulter à propos des utilisations des terres et à trouver des accommodements à leurs intérêts. La province n'a fait ni l'un ni l'autre et a manqué à son obligation envers les Tsilhqot'in.

[96] La Couronne a manqué à son obligation de consultation quand ses représentants ont planifié l'enlèvement du bois. L'inclusion des terres visées par un titre ancestral dans une région d'approvisionnement en bois, l'autorisation de blocs de coupe sur les terres visées par un titre ancestral dans le cadre d'un plan d'aménagement forestier et la délivrance de permis de coupe ont eu lieu sans aucune consultation significative avec les Tsilhqot'in.

[97] J'ajoute ceci. Les gouvernements et particuliers qui proposent d'utiliser ou d'exploiter la terre, que ce soit avant ou après une déclaration de titre ancestral, peuvent éviter d'être accusés de porter atteinte aux droits ou de manquer à l'obligation de consulter adéquatement le groupe en obtenant le consentement du groupe autochtone en question.

VIII. Les lois provinciales et le titre ancestral

[98] Je le rappelle, j'ai conclu que la province a manqué à son obligation de consulter les Tsilhqot'in et de trouver des accommodements à leur intérêt sur les terres. Cela suffit à trancher le pourvoi.

[99] Cependant, les parties ont présenté des observations détaillées sur l'application de la *Forest Act* aux terres visées par un titre ancestral. Les tribunaux d'instance inférieure ont traité de cette question, laquelle prend une grande importance pour le peuple des Tsilhqot'in et pour les autres groupes autochtones de la Colombie-Britannique et d'ailleurs. Il convient donc que nous l'examinions.

[100] The following questions arise: (1) Do provincial laws of general application apply to land held under Aboriginal title and, if so, how? (2) Does the British Columbia *Forest Act* on its face apply to land held under Aboriginal title? and (3) If the *Forest Act* on its face applies, is its application ousted by the operation of the Constitution of Canada? I will discuss each of these questions in turn.

A. *Do Provincial Laws of General Application Apply to Land Held Under Aboriginal Title?*

[101] Broadly put, provincial laws of general application apply to lands held under Aboriginal title. However, as we shall see, there are important constitutional limits on this proposition.

[102] As a general proposition, provincial governments have the power to regulate land use within the province. This applies to all lands, whether held by the Crown, by private owners, or by the holders of Aboriginal title. The foundation for this power lies in s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*, which gives the provinces the power to legislate with respect to property and civil rights in the province.

[103] Provincial power to regulate land held under Aboriginal title is constitutionally limited in two ways. First, it is limited by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. Section 35 requires any abridgment of the rights flowing from Aboriginal title to be backed by a compelling and substantial governmental objective and to be consistent with the Crown's fiduciary relationship with title holders. Second, a province's power to regulate lands under Aboriginal title may in some situations also be limited by the federal power over "Indians, and Lands reserved for the Indians" under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*.

[100] Les questions qui se posent sont les suivantes : (1) Les lois provinciales d'application générale s'appliquent-elles aux terres visées par un titre ancestral et, dans l'affirmative, comment s'appliquent-elles? (2) À première vue, la *Forest Act* de la Colombie-Britannique s'applique-t-elle aux terres visées par un titre ancestral? Et (3) si, à première vue, la *Forest Act* s'applique, son application est-elle écartée par l'application de la Constitution du Canada? Je vais examiner successivement chacune de ces questions.

A. *Les lois provinciales d'application générale s'appliquent-elles aux terres visées par un titre ancestral?*

[101] De façon générale, les lois provinciales d'application générale s'appliquent aux terres visées par un titre ancestral. Cependant, comme nous le verrons, cet énoncé est assorti de limites constitutionnelles importantes.

[102] En règle générale, les gouvernements provinciaux ont le pouvoir de réglementer l'utilisation des terres situées à l'intérieur de la province. Cette règle s'applique à toutes les terres, qu'elles soient détenues par le gouvernement, par des propriétaires privés ou par les titulaires d'un titre ancestral. Le fondement de ce pouvoir réside dans le par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, lequel accorde à la province le pouvoir de légiférer en matière de propriété et de droits civils dans la province.

[103] Le pouvoir provincial de réglementer les terres détenues en vertu d'un titre ancestral est constitutionnellement limité de deux façons. Premièrement, il est limité par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Aux termes de cet article, toute atteinte aux droits découlant du titre ancestral doit poursuivre un objectif gouvernemental impérieux et réel et doit être compatible avec la relation fiduciaire entre la Couronne et les titulaires du titre. Deuxièmement, le pouvoir d'une province de réglementer les terres visées par un titre ancestral peut aussi, dans certains cas, être limité par le pouvoir fédéral sur les « Indiens et les terres réservées pour les Indiens » prévu au par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[104] This Court suggested in *Sparrow* that the following factors will be relevant in determining whether a law of general application results in a meaningful diminution of an Aboriginal right, giving rise to breach: (1) whether the limitation imposed by the legislation is unreasonable; (2) whether the legislation imposes undue hardship; and (3) whether the legislation denies the holders of the right their preferred means of exercising the right (p. 1112). All three factors must be considered; for example, even if laws of general application are found to be reasonable or not to cause undue hardship, this does not mean that there can be no infringement of Aboriginal title. As stated in *Gladstone*:

Simply because one of [the *Sparrow*] questions is answered in the negative will not prohibit a finding by a court that a *prima facie* infringement has taken place; it will just be one factor for a court to consider in its determination of whether there has been a *prima facie* infringement. [para. 43]

[105] It may be predicted that laws and regulations of general application aimed at protecting the environment or assuring the continued health of the forests of British Columbia will usually be reasonable, not impose an undue hardship either directly or indirectly, and not interfere with the Aboriginal group's preferred method of exercising their right. And it is to be hoped that Aboriginal groups and the provincial government will work cooperatively to sustain the natural environment so important to them both. This said, when conflicts arise, the foregoing template serves to resolve them.

[106] Subject to these constitutional constraints, provincial laws of general application apply to land held under Aboriginal title.

B. *Does the Forest Act on its Face Apply to Aboriginal Title Land?*

[107] Whether a statute of general application such as the *Forest Act* was *intended* to apply to lands subject to Aboriginal title — the question

[104] Dans l'arrêt *Sparrow*, notre Cour a laissé entendre que les facteurs suivants seront pertinents au moment de déterminer si une loi d'application générale entraîne une diminution appréciable d'un droit ancestral, ce qui donne lieu à une atteinte : (1) si la restriction imposée par la loi est déraisonnable; (2) si la loi est indûment rigoureuse; et (3) si la loi refuse aux titulaires du droit le recours à leur moyen préféré d'exercer ce droit (p. 1112). Les trois facteurs doivent être pris en compte; par exemple, même s'il est jugé que les lois d'application générale ne sont pas déraisonnables ou indûment rigoureuses, cela ne signifie pas qu'il ne peut pas y avoir d'atteinte au titre ancestral. Comme la Cour l'a affirmé dans l'arrêt *Gladstone* :

Le simple fait qu'on réponde par la négative à l'une de ces questions [formulées dans l'arrêt *Sparrow*] n'empêche pas le tribunal de conclure à l'existence d'une atteinte à première vue. Cette réponse négative n'est qu'un des facteurs que le tribunal doit prendre en considération pour déterminer s'il y a eu atteinte à première vue. [par. 43]

[105] On peut prévoir que les lois et règlements d'application générale visant à protéger l'environnement ou à assurer, à long terme, la santé des forêts de la Colombie-Britannique seront habituellement raisonnables, qu'ils ne seront pas, directement ou indirectement, indûment rigoureux et qu'ils ne refuseront pas au groupe autochtone leur moyen préféré d'exercer leur droit. Et il faut espérer que les groupes autochtones et le gouvernement provincial collaboreront pour assurer la pérennité de l'environnement naturel qui leur est si important. Cela dit, lorsque survient un conflit, l'analyse qui précède sert à le régler.

[106] Sous réserve de ces contraintes constitutionnelles, les lois provinciales d'application générale s'appliquent aux terres détenues en vertu d'un titre ancestral.

B. *À première vue, la Forest Act s'applique-t-elle aux terres visées par un titre ancestral?*

[107] À ce stade-ci, la question de savoir si une loi d'application générale telle la *Forest Act* était *censée* s'appliquer aux terres visées par un titre

at this point — is always a matter of statutory interpretation.

[108] The basic rule of statutory interpretation is that “the words of an Act are to be read in their entire context, in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament”: R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at p. 1.

[109] Under the *Forest Act*, the Crown can only issue timber licences with respect to “Crown timber”. “Crown timber” is defined as timber that is on “Crown land”, and “Crown land” is defined as “land, whether or not it is covered by water, or an interest in land, vested in the Crown” (s. 1). The Crown is not empowered to issue timber licences on “private land”, which is defined as anything that is not Crown land. The Act is silent on Aboriginal title land, meaning that there are three possibilities: (1) Aboriginal title land is “Crown land”; (2) Aboriginal title land is “private land”; or (3) the *Forest Act* does not apply to Aboriginal title land at all. For the purposes of this appeal, there is no practical difference between the latter two.

[110] If Aboriginal title land is “vested in the Crown”, then it falls within the definition of “Crown land” and the timber on it is “Crown timber”.

[111] What does it mean for a person or entity to be “vested” with property? In property law, an interest is vested when no condition or limitation stands in the way of enjoyment. Property can be vested in possession or in interest. Property is vested in possession where there is a present entitlement to enjoyment of the property. An example of this is a life estate. Property is vested in interest where there is a fixed right to taking possession in the future. A remainder interest is vested in interest but not

ancestral est toujours une question d’interprétation législative.

[108] Selon la règle fondamentale en matière d’interprétation législative, [TRADUCTION] « il faut interpréter les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’économie de la loi, son objet et l’intention du législateur » : R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5^e éd. 2008), p. 1.

[109] Aux termes de la *Forest Act*, le gouvernement ne peut délivrer des permis de coupe que pour le [TRADUCTION] « bois des terres publiques », défini comme étant le bois qui se trouve sur les « terres publiques », lesquelles sont définies comme étant les « terres dévolues à la Couronne, qu’elles soient ou non recouvertes d’eau, ou un droit sur ces terres » (art. 1). Le gouvernement n’a pas le pouvoir de délivrer des permis de coupe de bois sur les « terres privées », elles-mêmes définies comme étant toutes les terres qui ne sont pas des terres publiques. La *Forest Act* ne fait pas mention des terres visées par un titre ancestral et nous laisse devant trois possibilités : (1) les terres visées par un titre ancestral sont des « terres publiques »; (2) les terres visées par un titre ancestral sont des « terres privées »; ou (3) la *Forest Act* ne s’applique nullement aux terres visées par un titre ancestral. Pour les besoins du présent pourvoi, il n’y a pas de différence en pratique entre les deux dernières possibilités.

[110] Si les terres visées par un titre ancestral sont « dévolues à la Couronne », la définition des « terres publiques » s’y applique et le bois qui s’y trouve est du « bois des terres publiques ».

[111] Que signifie pour une personne ou une entité le fait qu’un bien lui soit « dévolu »? En droit des biens, un intérêt est dévolu lorsqu’aucune condition ou restriction n’en restreint la jouissance. Un bien peut être dévolu en possession ou en intérêt. Un bien est dévolu en possession lorsque la personne a le droit actuel de jouir du bien. Le domaine viager en est un exemple. Un bien est dévolu en intérêt lorsque le droit d’en prendre possession ultérieurement est figé. Un intérêt

in possession: B. Ziff, *Principles of Property Law* (5th ed. 2010), at p. 245; *Black's Law Dictionary* (9th ed. 2009), *sub verbo* “vested”.

[112] Aboriginal title confers a right to the land itself and the Crown is obligated to justify any incursions on title. As explained above, the content of the Crown's underlying title is limited to the fiduciary duty owed and the right to encroach subject to justification. It would be hard to say that the Crown is presently entitled to enjoyment of the lands in the way property that is vested in possession would be. Similarly, although Aboriginal title can be alienated to the Crown, this does not confer a fixed right to future enjoyment in the way property that is vested in interest would. Rather, it would seem that Aboriginal title vests the lands in question in the Aboriginal group.

[113] The second consideration in statutory construction is more equivocal. Can the legislature have intended that the vast areas of the province that are potentially subject to Aboriginal title be immune from forestry regulation? And what about the long period of time during which land claims progress and ultimate Aboriginal title remains uncertain? During this period, Aboriginal groups have no legal right to manage the forest; their only right is to be consulted, and if appropriate, accommodated with respect to the land's use: *Haida*. At this stage, the Crown may continue to manage the resource in question, but the honour of the Crown requires it to respect the potential, but yet unproven claims.

[114] It seems clear from the historical record and the record in this case that in this evolving context, the British Columbia legislature proceeded on the basis that lands under claim remain “Crown land” under the *Forest Act*, at least until Aboriginal title is recognized by a court or an agreement. To proceed otherwise would have left no one in charge of the forests that cover hundreds of thousands

résiduel est dévolu en intérêt mais non en possession : B. Ziff, *Principles of Property Law* (5^e éd. 2010), p. 245; *Black's Law Dictionary* (9^e éd. 2009), à l'article « *vested* » (dévolu).

[112] Le titre ancestral confère un droit sur les terres-mêmes, et la Couronne est tenue de justifier toute atteinte au titre. J'ai déjà expliqué que le contenu du titre sous-jacent de la Couronne se limite à l'obligation fiduciaire envers les Autochtones et au droit de porter atteinte au titre ancestral dans la mesure où l'atteinte est justifiée. On pourrait difficilement affirmer que la Couronne a le droit actuel de jouir des terres comme elle pourrait le faire dans le cas d'un bien dévolu en possession. De même, bien que le titre ancestral puisse être aliéné en faveur de la Couronne, cela ne confère pas un droit figé de jouir ultérieurement du titre comme elle pourrait le faire dans le cas d'un bien dévolu en intérêt. Il semblerait plutôt que par l'effet du titre ancestral, les terres en question sont dévolues au groupe autochtone.

[113] La deuxième considération en matière d'interprétation législative est plus équivoque. Le législateur peut-il avoir voulu que les vastes territoires de la province susceptibles d'être visés par un titre ancestral soient soustraits à la réglementation de l'exploitation forestière? Et que dire de la longue période pendant laquelle les revendications territoriales font l'objet de négociation et le titre ancestral demeure incertain? Pendant cette période, les groupes autochtones n'ont pas le droit de gérer les forêts; ils ont seulement droit qu'on les consulte et, s'il y a lieu, qu'on les accommode relativement à l'utilisation des terres : *Nation haïda*. À cette étape, le gouvernement peut continuer à gérer la ressource en question, mais l'honneur de la Couronne l'oblige à respecter la revendication non encore prouvée.

[114] Il semble ressortir clairement du dossier historique et du dossier en l'espèce que dans ce contexte évolutif, le législateur de la Colombie-Britannique s'est fondé sur le fait que les terres revendiquées demeurent des [TRADUCTION] « terres publiques » au sens de la *Forest Act*, du moins jusqu'à ce que le titre ancestral soit reconnu par un tribunal ou une entente. Autrement, personne

of hectares and represent a resource of enormous value. Looked at in this very particular historical context, it seems clear that the legislature must have intended the words “vested in the Crown” to cover at least lands to which Aboriginal title had not yet been confirmed.

[115] I conclude that the legislature intended the *Forest Act* to apply to lands under claims for Aboriginal title, *up to the time title is confirmed by agreement or court order*. To hold otherwise would be to accept that the legislature intended the forests on such lands to be wholly unregulated, and would undercut the premise on which the duty to consult affirmed in *Haida* was based. Once Aboriginal title is confirmed, however, the lands are “vested” in the Aboriginal group and the lands are no longer Crown lands.

[116] Applied to this case, this means that as a matter of statutory construction, the lands in question were “Crown land” under the *Forest Act* at the time the forestry licences were issued. Now that title has been established, however, the beneficial interest in the land vests in the Aboriginal group, not the Crown. The timber on it no longer falls within the definition of “Crown timber” and the *Forest Act* no longer applies. I add the obvious — it remains open to the legislature to amend the Act to cover lands held under Aboriginal title, provided it observes applicable constitutional restraints.

C. *Is the Forest Act Ousted by the Constitution?*

[117] The next question is whether the provincial legislature lacks the constitutional power to legislate with respect to forests on Aboriginal title land. Currently, the *Forest Act* applies to lands under claim, but not to lands over which Aboriginal title has been confirmed. However, the provincial

ne se serait occupé des forêts qui couvrent des centaines de milliers d’hectares et qui représentent une ressource d’une valeur inestimable. Compte tenu de ce contexte historique très particulier, il semble clair que le législateur doit avoir voulu que les mots « dévolues à la Couronne » s’appliquent au moins aux terres sur lesquelles l’existence du titre ancestral n’était pas encore confirmée.

[115] Je conclus que le législateur voulait que la *Forest Act* s’applique aux terres visées par une revendication de titre ancestral, *jusqu’à ce que l’existence du titre soit confirmée par une entente ou une ordonnance judiciaire*. Conclure autrement reviendrait à accepter que le législateur voulait que les forêts se trouvant sur ces terres ne soient pas du tout réglementées et minerait la prémisse sur laquelle était fondée l’obligation de consulter confirmée dans l’arrêt *Nation haïda*. Cependant, une fois que l’existence du titre ancestral est confirmée, les terres sont « dévolues » au groupe autochtone et ne sont plus des terres publiques.

[116] L’application de cette conclusion en l’espèce signifie que, selon les règles d’interprétation législative, les terres en question étaient des [TRADUCTION] « terres publiques » aux termes de la *Forest Act* au moment où les permis d’exploitation forestière ont été délivrés. Cependant, maintenant que l’existence du titre a été établie, l’intérêt bénéficiaire sur les terres est dévolu au groupe autochtone et non à la Couronne. La définition de « bois des terres publiques » ne s’applique plus au bois qui se trouve sur ces terres et la *Forest Act* ne s’y applique plus. J’aimerais préciser un point évident — le législateur peut toujours modifier la *Forest Act* afin qu’elle s’applique sur les terres visées par un titre ancestral, à la condition de respecter les contraintes constitutionnelles applicables.

C. *La Forest Act est-elle écartée par la Constitution?*

[117] La question suivante consiste à savoir si la Constitution permet au législateur provincial de légiférer sur les forêts qui se trouvent sur des terres visées par un titre ancestral. Actuellement, la *Forest Act* s’applique aux terres visées par une revendication du titre ancestral, mais pas aux terres

legislature could amend the Act so as to explicitly apply to lands over which title has been confirmed. This raises the question of whether provincial forestry legislation that on its face purports to apply to Aboriginal title lands is ousted by the Constitution.

1. Section 35 of the *Constitution Act, 1982*

[118] Section 35 of the *Constitution Act, 1982* represents “the culmination of a long and difficult struggle in both the political forum and the courts for the constitutional recognition of [A]boriginal rights” (*Sparrow*, at p. 1105). It protects Aboriginal rights against provincial and federal legislative power and provides a framework to facilitate negotiations and reconciliation of Aboriginal interests with those of the broader public.

[119] Section 35(1) states that existing Aboriginal rights are hereby “recognized and affirmed”. In *Sparrow*, this Court held that these words must be construed in a liberal and purposive manner. Recognition and affirmation of Aboriginal rights constitutionally entrenches the Crown’s fiduciary obligations towards Aboriginal peoples. While rights that are recognized and affirmed are not absolute, s. 35 requires the Crown to reconcile its power with its duty. “[T]he best way to achieve that reconciliation is to demand the justification of any government regulation that infringes upon or denies [A]boriginal rights” (*Sparrow*, at p. 1109). Dickson C.J. and La Forest J. elaborated on this purpose as follows, at p. 1110:

The constitutional recognition afforded by the provision therefore gives a measure of control over government conduct and a strong check on legislative power. While it does not promise immunity from government regulation in a society that, in the twentieth century, is increasingly more complex, interdependent and sophisticated, and where exhaustible resources need protection and management, it does hold the Crown to a substantive

sur lesquelles l’existence de ce titre a été confirmée. Cependant, le législateur provincial pourrait modifier la *Forest Act* de manière à ce qu’elle s’applique explicitement aux terres sur lesquelles l’existence du titre ancestral a été confirmée. Cela soulève la question de savoir si la Constitution écarte les lois provinciales régissant l’exploitation forestière qui, à première vue, sont censées s’appliquer aux terres visées par un titre ancestral.

1. L’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*

[118] L’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* représente « l’aboutissement d’une bataille longue et difficile à la fois dans l’arène politique et devant les tribunaux pour la reconnaissance de droits ancestraux » (*Sparrow*, p. 1105). Il protège les droits ancestraux contre l’exercice, par les provinces et le fédéral, de leur compétence législative et prévoit un cadre qui facilite les négociations et la conciliation des intérêts autochtones avec ceux du public en général.

[119] Selon le par. 35(1), les droits ancestraux existants sont « reconnus et confirmés ». Dans *Sparrow*, notre Cour a conclu que ces mots devaient être interprétés de façon libérale en fonction de l’objet qu’ils visent. La reconnaissance et la confirmation des droits ancestraux consacrent dans la Constitution les obligations fiduciaires de la Couronne envers les peuples autochtones. Bien que les droits reconnus et confirmés ne soient pas absolus, l’art. 35 oblige la Couronne à concilier son pouvoir avec son obligation. « [L]a meilleure façon d’y parvenir est d’exiger la justification de tout règlement gouvernemental qui porte atteinte à des droits ancestraux » (*Sparrow*, p. 1109). Le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont précisé cet objectif comme suit à la p. 1110 :

La reconnaissance constitutionnelle exprimée dans la disposition en cause permet donc, dans une certaine mesure, de contrôler la conduite du gouvernement et de limiter fortement le pouvoir du législateur. Bien qu’elle ne constitue pas une promesse d’immunité contre la réglementation gouvernementale dans une société qui, au XX^e siècle, devient de plus en plus complexe et interdépendante et où il est nécessaire

promise. The government is required to bear the burden of justifying any legislation that has some negative effect on any [A]boriginal right protected under s. 35(1).

[120] Where legislation affects an Aboriginal right protected by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, two inquiries are required. First, does the legislation interfere with or infringe the Aboriginal right (this was referred to as *prima facie* infringement in *Sparrow*)? Second, if so, can the infringement be justified?

[121] A court must first examine the characteristics or incidents of the right at stake. In the case of Aboriginal title, three relevant incidents are: (1) the right to exclusive use and occupation of the land; (2) the right to determine the uses to which the land is put, subject to the ultimate limit that those uses cannot destroy the ability of the land to sustain future generations of Aboriginal peoples; and (3) the right to enjoy the economic fruits of the land (*Delgamuukw*, at para. 166).

[122] Next, in order to determine whether the right is infringed by legislation, a court must ask whether the legislation results in a meaningful diminution of the right: *Gladstone*. As discussed, in *Sparrow*, the Court suggested that the following three factors will aid in determining whether such an infringement has occurred: (1) whether the limitation imposed by the legislation is unreasonable; (2) whether the legislation imposes undue hardship; and (3) whether the legislation denies the holders of the right their preferred means of exercising the right (p. 1112).

[123] General regulatory legislation, such as legislation aimed at managing the forests in a way that deals with pest invasions or prevents forest fires, will often pass the *Sparrow* test as it will be reasonable, not impose undue hardship, and not deny the holders of the right their preferred means of exercising it. In such cases, no infringement will result.

de protéger et de gérer les ressources épuisables, cette reconnaissance représente un engagement important de la part de la Couronne. Le gouvernement se voit imposer l'obligation de justifier toute mesure législative qui a un effet préjudiciable sur un droit ancestral protégé par le par. 35(1).

[120] Lorsqu'une mesure législative porte atteinte à un droit ancestral protégé par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, il faut se poser deux questions. Premièrement, la mesure porte-t-elle atteinte au droit ancestral (une atteinte à première vue, dans l'arrêt *Sparrow*)? Deuxièmement, dans l'affirmative, l'atteinte peut-elle être justifiée?

[121] Le tribunal doit d'abord examiner les caractéristiques ou les attributs du droit en question. Dans le cas du titre ancestral, trois attributs sont pertinents : (1) le droit d'utiliser et d'occuper les terres de façon exclusive; (2) le droit de choisir les utilisations qui peuvent être faites des terres, sous réserve de la restriction ultime que ces usages ne sauraient détruire la capacité de ces terres d'assurer la subsistance des générations futures des peuples autochtones; (3) le droit de bénéficier des avantages économiques que procurent les terres (*Delgamuukw*, par. 166).

[122] Ensuite, pour déterminer si la mesure législative porte atteinte au droit, le tribunal doit se demander si la mesure entraîne une diminution appréciable du droit : *Gladstone*. Comme je l'ai déjà expliqué, dans *Sparrow*, la Cour a laissé entendre que les trois facteurs suivants peuvent permettre de déterminer s'il y a eu atteinte : (1) si la restriction imposée par la loi est déraisonnable; (2) si la loi est indûment rigoureuse; et (3) si la loi refuse aux titulaires du droit le recours à leur moyen préféré de l'exercer (p. 112).

[123] Une loi de nature réglementaire de portée générale, par exemple une loi visant la gestion des forêts en prévenant les infestations de ravageurs ou les feux de forêt, satisfera souvent au critère énoncé dans *Sparrow* car elle sera raisonnable, ne sera pas indûment rigoureuse et ne refusera pas aux titulaires du droit le recours à leur moyen préféré de l'exercer. Dans un tel cas, il n'y a aucune atteinte.

[124] General regulatory legislation, which may affect the manner in which the Aboriginal right can be exercised, differs from legislation that assigns Aboriginal property rights to third parties. The issuance of timber licences on Aboriginal title land for example — a direct transfer of Aboriginal property rights to a third party — will plainly be a meaningful diminution in the Aboriginal group's ownership right and will amount to an infringement that must be justified in cases where it is done without Aboriginal consent.

[125] As discussed earlier, to justify an infringement, the Crown must demonstrate that: (1) it complied with its procedural duty to consult with the right holders and accommodate the right to an appropriate extent at the stage when infringement was contemplated; (2) the infringement is backed by a compelling and substantial legislative objective in the public interest; and (3) the benefit to the public is proportionate to any adverse effect on the Aboriginal interest. This framework permits a principled reconciliation of Aboriginal rights with the interests of all Canadians.

[126] While unnecessary for the disposition of this appeal, the issue of whether British Columbia possessed a compelling and substantial legislative objective in issuing the cutting permits in this case was addressed by the courts below, and I offer the following comments for the benefit of all parties going forward. I agree with the courts below that no compelling and substantial objective existed in this case. The trial judge found the two objectives put forward by the Province — the economic benefits that would be realized as a result of logging in the claim area and the need to prevent the spread of a mountain pine beetle infestation — were not supported by the evidence. After considering the expert evidence before him, he concluded that the proposed cutting sites were not economically viable and that they were not directed at preventing the spread of the mountain pine beetle.

[124] Une loi de nature réglementaire de portée générale susceptible de modifier le mode d'exercice du droit ancestral diffère d'une loi qui a pour effet de céder à des tiers des droits de propriété des Autochtones. La délivrance de permis de coupe de bois sur des terres grevées du titre ancestral par exemple — un transfert direct à des tiers de droits de propriété des Autochtones — constituera manifestement une diminution significative du droit de propriété du groupe autochtone assimilable à une atteinte qui doit être justifiée dans les cas où les Autochtones n'y ont pas consenti.

[125] J'ai déjà expliqué que, pour justifier une atteinte, la Couronne doit démontrer : (1) qu'elle s'est acquittée de son obligation procédurale de consulter les titulaires d'un droit et de trouver des accommodements au droit, dans la mesure appropriée, à l'étape où l'atteinte était envisagée; (2) que l'atteinte poursuit un objectif législatif impérieux et réel dans l'intérêt du public; (3) que l'intérêt du public est proportionnel à tout effet négatif sur l'intérêt autochtone. Ce cadre permet une conciliation rationnelle des droits ancestraux et des intérêts de tous les Canadiens.

[126] Bien qu'il ne soit pas nécessaire de trancher cette question pour les besoins du présent pourvoi, les tribunaux d'instance inférieure ont abordé la question de savoir si la Colombie-Britannique poursuivait un objectif impérieux et réel en délivrant dans ce cas des permis de coupe, et je vais formuler les observations suivantes au bénéfice de toutes les parties éventuelles. Je conviens avec les tribunaux d'instance inférieure qu'il n'existait aucun objectif impérieux et réel en l'espèce. Le juge de première instance a conclu que les deux objectifs invoqués par la province — les avantages économiques liés à l'exploitation forestière sur les terres visées par une revendication du titre et la nécessité d'empêcher la propagation d'une infestation du dendroctone du pin ponderosa — n'étaient pas étayés par la preuve. Après avoir examiné les témoignages d'experts dont il disposait, il a conclu que les sites de coupe proposés n'étaient pas rentables et qu'ils ne visaient pas à empêcher la propagation du dendroctone du pin ponderosa.

[127] Before the Court of Appeal, the Province no longer argued that the forestry activities were undertaken to combat the mountain pine beetle, but maintained the position that the trial judge's findings on economic viability were unreasonable, because unless logging was economically viable, it would not have taken place. The Court of Appeal rejected this argument on two grounds: (1) levels of logging must sometimes be maintained for a tenure holder to keep logging rights, even if logging is not economically viable; and (2) the focus is the economic value of logging compared to the detrimental effects it would have on Tsilhqot'in Aboriginal rights, not the economic viability of logging from the sole perspective of the tenure holder. In short, the Court of Appeal found no error in the trial judge's reasoning on this point. I would agree. Granting rights to third parties to harvest timber on Tsilhqot'in land is a serious infringement that will not lightly be justified. Should the government wish to grant such harvesting rights in the future, it will be required to establish that a compelling and substantial objective is furthered by such harvesting, something that was not present in this case.

2. The Division of Powers

[128] The starting point, as noted, is that, as a general matter, the regulation of forestry within the Province falls under its power over property and civil rights under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*. To put it in constitutional terms, regulation of forestry is in "pith and substance" a provincial matter. Thus, the *Forest Act* is consistent with the division of powers unless it is ousted by a competing federal power, even though it may incidentally affect matters under federal jurisdiction.

[129] "Indians, and Lands reserved for the Indians" falls under federal jurisdiction pursuant to s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*. As such, forestry on Aboriginal title land falls under both

[127] Devant la Cour d'appel, la province ne prétendait plus que les activités forestières visaient à combattre l'infestation du dendroctone du pin ponderosa, mais elle a continué de soutenir que les conclusions du juge de première instance sur la rentabilité étaient déraisonnables parce que, si les travaux d'exploitation forestière n'avaient pas été rentables, ils n'auraient pas été effectués. La Cour d'appel a rejeté cet argument pour deux raisons : (1) les titulaires d'une tenure forestière doivent parfois maintenir l'exploitation forestière pour conserver leurs droits, même si ce n'est pas rentable; (2) l'accent porte sur la valeur économique de l'exploitation forestière par rapport aux effets préjudiciables qu'elle aurait sur les droits ancestraux des Tsilhqot'in, et non sur la rentabilité de l'exploitation forestière uniquement du point de vue du titulaire de la tenure forestière. En bref, la Cour d'appel n'a relevé aucune erreur dans le raisonnement du juge de première instance sur ce point. Je suis d'accord. Accorder à des tiers le droit de récolter du bois sur les terres des Tsilhqot'in constitue une atteinte grave qui ne sera pas justifiée à la légère. Si le gouvernement souhaite à l'avenir accorder de tels droits de récolte, il devra établir qu'il poursuit par la récolte un objectif impérieux et réel, ce qui n'a pas été fait en l'espèce.

2. Le partage des compétences

[128] Comme je l'ai déjà indiqué, le point de départ est que, de façon générale, la réglementation de l'exploitation forestière dans la province relève du pouvoir que le par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867* accorde à la province en matière de propriété et de droits civils. Sur le plan constitutionnel, la réglementation de l'exploitation forestière est, « de par son caractère véritable », une compétence provinciale. Ainsi, la *Forest Act* respecte le partage des compétences à moins qu'elle soit écartée par une compétence fédérale, même si elle peut, de manière incidente, toucher les matières relevant de la compétence fédérale.

[129] « Les Indiens et les terres réservées pour les Indiens » relèvent de la compétence fédérale en vertu du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Par conséquent, les ressources forestières

the provincial power over forestry in the province and the federal power over “Indians”. Thus, for constitutional purposes, forestry on Aboriginal title land possesses a double aspect, with both levels of government enjoying concurrent jurisdiction. Normally, such concurrent legislative power creates no conflicts — federal and provincial governments cooperate productively in many areas of double aspect such as, for example, insolvency and child custody. However, in cases where jurisdictional disputes arise, two doctrines exist to resolve them.

[130] First, the doctrine of paramourcy applies where there is conflict or inconsistency between provincial and federal law, in the sense of impossibility of dual compliance or frustration of federal purpose. In the case of such conflict or inconsistency, the federal law prevails. Therefore, if the application of valid provincial legislation, such as the *Forest Act*, conflicts with valid federal legislation enacted pursuant to Parliament’s power over “Indians”, the latter would trump the former. No such inconsistency is alleged in this case.

[131] Second, the doctrine of interjurisdictional immunity applies where laws enacted by one level of government impair the protected core of jurisdiction possessed by the other level of government. Interjurisdictional immunity is premised on the idea that since federal and provincial legislative powers under ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867* are exclusive, each level of government enjoys a basic unassailable core of power on which the other level may not intrude. In considering whether provincial legislation such as the *Forest Act* is ousted pursuant to interjurisdictional immunity, the court must ask two questions. First, does the provincial legislation touch on a protected core of federal power? And second, would application of the provincial law significantly trammel or impair the federal power? (*Quebec (Attorney General) v.*

qui se trouvent sur des terres visées par un titre ancestral relèvent à la fois de la compétence provinciale en matière de ressources forestières dans la province et de la compétence fédérale sur les « Indiens ». Ainsi, sur le plan constitutionnel, les ressources forestières qui se trouvent sur les terres visées par un titre ancestral comportent un double aspect puisque les deux paliers de gouvernement exercent sur elles une compétence concurrente. Habituellement, une telle compétence concurrente ne crée pas de conflit — les gouvernements fédéral et provinciaux collaborent de manière productive dans plusieurs domaines qui comportent un double aspect, par exemple l’insolvabilité et la garde des enfants. Cependant, lorsque se présente un conflit de compétence, deux doctrines permettent de le résoudre.

[130] Premièrement, la doctrine de la prépondérance s’applique en cas de conflit ou d’incompatibilité entre une loi provinciale et une loi fédérale, en ce sens qu’il est impossible de se conformer aux deux textes de loi ou que la réalisation de l’objet d’une loi fédérale est entravée. Dans un tel cas, la loi fédérale l’emporte. Par conséquent, si l’application d’une loi provinciale valide, comme la *Forest Act*, entre en conflit avec une loi fédérale valide adoptée en vertu du pouvoir du Parlement sur les « Indiens », la seconde aurait priorité sur la première. On n’a allégué l’existence d’aucune incompatibilité de la sorte en l’espèce.

[131] Deuxièmement, la doctrine de l’exclusivité des compétences s’applique lorsque des lois adoptées par un palier de gouvernement entravent le contenu essentiel protégé d’une compétence de l’autre palier de gouvernement. Cette doctrine repose sur la prémisse que, puisque les compétences fédérales et provinciales prévues aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* sont exclusives, chaque palier de gouvernement exerce sa compétence sur un contenu minimum essentiel et irréductible auquel l’autre palier de gouvernement ne peut toucher. Pour déterminer si une loi provinciale comme la *Forest Act* est écartée par l’application de la doctrine de l’exclusivité des compétences, le tribunal doit se poser deux questions. Premièrement, la loi provinciale touche-t-elle un aspect du contenu essentiel protégé de la compétence fédérale? Et

Canadian Owners and Pilots Association, 2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536).

[132] The trial judge held that interjurisdictional immunity rendered the provisions of the *Forest Act* inapplicable to land held under Aboriginal title because provisions authorizing management, acquisition, removal and sale of timber on such lands affect the core of the federal power over “Indians”. He placed considerable reliance on *R. v. Morris*, 2006 SCC 59, [2006] 2 S.C.R. 915, in which this Court held that only Parliament has the power to derogate from rights conferred by a treaty because treaty rights are within the core of the federal power over “Indians”. It follows, the trial judge reasoned, that, since Aboriginal rights are akin to treaty rights, the Province has no power to legislate with respect to forests on Aboriginal title land.

[133] The reasoning accepted by the trial judge is essentially as follows. Aboriginal rights fall at the core of federal jurisdiction under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*. Interjurisdictional immunity applies to matters at the core of s. 91(24). Therefore, provincial governments are constitutionally prohibited from legislating in a way that limits Aboriginal rights. This reasoning leads to a number of difficulties.

[134] The critical aspect of this reasoning is the proposition that Aboriginal rights fall at the core of federal regulatory jurisdiction under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*.

[135] The jurisprudence on whether s. 35 rights fall at the core of the federal power to legislate with respect to “Indians” under s. 91(24) is somewhat mixed. While no case has held that Aboriginal

deuxièmement, l’application de la loi provinciale pourrait-elle entraver de façon importante la compétence fédérale? (*Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S. 536).

[132] Le juge de première instance a conclu que l’exclusivité des compétences rendait les dispositions de la *Forest Act* inapplicables aux terres détenues en vertu d’un titre ancestral parce que les dispositions autorisant la gestion, l’acquisition, l’enlèvement et la vente du bois sur ces terres touchent au contenu essentiel de la compétence fédérale sur les « Indiens ». Il a accordé une grande importance à l’arrêt *R. c. Morris*, 2006 CSC 59, [2006] 2 R.C.S. 915, dans lequel la Cour a conclu que seul le Parlement a le pouvoir de déroger aux droits reconnus dans un traité parce que les droits issus de traités se rattachent au contenu essentiel de la compétence fédérale sur les « Indiens ». Le juge de première instance a donc estimé que, comme les droits ancestraux s’apparentent aux droits issus de traités, la province n’a pas le pouvoir de légiférer relativement aux forêts qui se trouvent sur les terres visées par un titre ancestral.

[133] Le raisonnement adopté par le juge de première instance est essentiellement le suivant. Les droits ancestraux font partie du contenu essentiel de la compétence fédérale prévue au par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La doctrine de l’exclusivité des compétences s’applique aux matières qui font partie du contenu essentiel du par. 91(24). Par conséquent, la Constitution empêche les gouvernements provinciaux de légiférer d’une manière qui limite les droits ancestraux. Ce raisonnement suscite un certain nombre de difficultés.

[134] La proposition suivant laquelle les droits ancestraux font partie du contenu essentiel de la compétence fédérale en matière de réglementation prévue au par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* constitue l’aspect crucial de ce raisonnement.

[135] La jurisprudence est quelque peu ambiguë quant à savoir si les droits visés à l’art. 35 font partie du contenu essentiel du pouvoir fédéral de faire des lois relatives aux « Indiens » prévu au

rights, such as Aboriginal title to land, fall at the core of the federal power under s. 91(24), this has been stated in *obiter dicta*. However, this Court has also stated in *obiter dicta* that provincial governments are constitutionally permitted to infringe Aboriginal rights where such infringement is justified pursuant to s. 35 of the *Constitution Act, 1982* — this latter proposition being inconsistent with the reasoning accepted by the trial judge.

[136] In *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 533, this Court suggested that interjurisdictional immunity did not apply where provincial legislation conflicted with treaty rights. Rather, the s. 35 *Sparrow* framework was the appropriate tool with which to resolve the conflict:

... the federal and provincial governments [have the authority] within their respective legislative fields to regulate the exercise of the treaty right subject to the constitutional requirement that restraints on the exercise of the treaty right have to be justified on the basis of conservation or other compelling and substantial public objectives ... [para. 24]

[137] More recently however, in *Morris*, this Court distinguished *Marshall* on the basis that the treaty right at issue in *Marshall* was a commercial right. The Court in *Morris* went on to hold that interjurisdictional immunity prohibited any provincial infringement of the non-commercial treaty right in that case, whether or not such an infringement could be justified under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

[138] Beyond this, the jurisprudence does not directly address the relationship between interjurisdictional immunity and s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. The ambiguous state of the jurisprudence has created unpredictability. It is clear that where valid *federal* law interferes with an Aboriginal or treaty right, the s. 35 *Sparrow* framework governs the law's applicability. It is less clear, however, that

par. 91(24). Aucune décision n'a conclu que les droits ancestraux, par exemple le titre ancestral sur des terres, font partie du contenu essentiel de la compétence fédérale prévue au par. 91(24), mais on l'indique dans des remarques incidentes. Toutefois, notre Cour a également indiqué dans des remarques incidentes que la Constitution permet aux gouvernements provinciaux de porter atteinte aux droits ancestraux lorsque ces atteintes sont justifiées au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* — et cette proposition va à l'encontre du raisonnement que le juge de première instance a accepté.

[136] Dans l'arrêt *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533, notre Cour a supposé que l'exclusivité des compétences ne s'appliquait pas en cas de conflit entre une loi provinciale et des droits issus d'un traité. Le cadre d'analyse relatif à l'art. 35 énoncé dans *Sparrow* a plutôt été retenu comme le moyen permettant de résoudre le conflit :

... les gouvernements fédéral et provinciaux [ont le pouvoir] de réglementer, dans les limites de leurs champs respectifs de compétences législatives, l'exercice du droit issu du traité, sous réserve du fait que la Constitution exige que les restrictions imposées à l'exercice de ce droit soient justifiées pour des raisons de conservation ou pour d'autres objectifs d'intérêt public réels et impérieux ... [par. 24]

[137] Plus récemment cependant, dans l'arrêt *Morris*, notre Cour a fait une distinction avec l'arrêt *Marshall* puisque le droit issu du traité en question dans *Marshall* était un droit de nature commerciale. Dans *Morris*, la Cour a conclu que l'exclusivité des compétences interdisait à la province de porter atteinte au droit issu du traité — un droit de nature non commerciale dans cette affaire — indépendamment du fait que l'atteinte puisse ou non être justifiée en vertu de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[138] Cela mis à part, la jurisprudence ne traite pas directement du lien entre l'exclusivité des compétences et l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. L'ambiguïté de la jurisprudence a engendré l'imprévisibilité. Il est clair que lorsqu'une loi *fédérale* valide porte atteinte à un droit ancestral ou issu d'un traité, le cadre d'analyse relatif à l'art. 35 énoncé dans *Sparrow* régit l'applicabilité de la loi. Il est

it is so where valid *provincial* law interferes with an Aboriginal or treaty right. The jurisprudence leaves the following questions unanswered. Does interjurisdictional immunity prevent provincial governments from ever limiting Aboriginal rights even if a particular infringement would be justified under the *Sparrow* framework? Is provincial interference with Aboriginal rights treated differently than treaty rights? And, are commercial Aboriginal rights treated differently than non-commercial Aboriginal rights? No case has addressed these questions explicitly, as I propose to do now.

[139] As discussed, s. 35 of the *Constitution Act, 1982* imposes limits on how both the federal and provincial governments can deal with land under Aboriginal title. Neither level of government is permitted to legislate in a way that results in a meaningful diminution of an Aboriginal or treaty right, unless such an infringement is justified in the broader public interest and is consistent with the Crown's fiduciary duty owed to the Aboriginal group. The result is to protect Aboriginal and treaty rights while also allowing the reconciliation of Aboriginal interests with those of the broader society.

[140] What role then is left for the application of the doctrine of interjurisdictional immunity and the idea that Aboriginal rights are at the core of the federal power over "Indians" under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*? The answer is none.

[141] The doctrine of interjurisdictional immunity is directed to ensuring that the two levels of government are able to operate without interference in their core areas of exclusive jurisdiction. This goal is not implicated in cases such as this. Aboriginal rights are a limit on both federal and provincial jurisdiction.

toutefois moins évident que ce soit le cas lorsqu'une loi *provinciale* valide porte atteinte à un droit ancestral ou issu d'un traité. La jurisprudence laisse sans réponse les questions suivantes : L'exclusivité des compétences empêche-t-elle absolument les gouvernements provinciaux de limiter les droits ancestraux même si le cadre d'analyse énoncé dans *Sparrow* permettrait de justifier l'atteinte en question? Une atteinte à un droit ancestral de la part de la province est-elle traitée différemment d'une atteinte à un droit issu d'un traité? Et les droits ancestraux de nature commerciale sont-ils traités différemment des droits ancestraux de nature non commerciale? Comme aucune décision n'a examiné explicitement ces questions, je propose de le faire maintenant.

[139] J'ai déjà indiqué que l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* impose des limites quant à la façon dont les gouvernements, tant fédéral que provinciaux, peuvent traiter les terres visées par un titre ancestral. Ces gouvernements ne peuvent faire des lois qui entraînent une diminution appréciable d'un droit ancestral ou issu d'un traité à moins que l'atteinte soit justifiée dans l'intérêt public général et qu'elle soit compatible avec l'obligation fiduciaire qu'a la Couronne envers le groupe autochtone. L'objectif consiste à protéger les droits ancestraux et issus d'un traité tout en permettant la conciliation des intérêts autochtones avec ceux de la société en général.

[140] Alors, à quoi peuvent encore servir l'application de la doctrine de l'exclusivité des compétences et la notion que les droits ancestraux font partie du contenu essentiel du pouvoir fédéral sur les « Indiens » prévu au par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*? Il faut répondre comme suit : elles ne servent à rien.

[141] La doctrine de l'exclusivité des compétences vise à faire en sorte que les deux niveaux de gouvernement soient en mesure de fonctionner sans que l'un empiète sur le contenu essentiel des domaines de compétence exclusive de l'autre. Cet objectif n'est pas en cause dans les affaires telles que celle qui nous occupe. Les droits ancestraux constituent une limite à l'exercice des compétences tant fédérales que provinciales.

[142] The guarantee of Aboriginal rights in s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, like the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, operates as a limit on federal and provincial legislative powers. The *Charter* forms Part I of the *Constitution Act, 1982*, and the guarantee of Aboriginal rights forms Part II. Parts I and II are sister provisions, both operating to limit governmental powers, whether federal or provincial. Part II Aboriginal rights, like Part I *Charter* rights, are held *against* government — they operate to *prohibit* certain types of regulation which governments could otherwise impose. These limits have nothing to do with whether something lies at the core of the federal government's powers.

[143] An analogy with *Charter* jurisprudence may illustrate the point. Parliament enjoys exclusive jurisdiction over criminal law. However, its criminal law power is circumscribed by s. 11 of the *Charter* which guarantees the right to a fair criminal process. Just as Aboriginal rights are fundamental to Aboriginal law, the right to a fair criminal process is fundamental to criminal law. But we do not say that the right to a fair criminal process under s. 11 falls at the core of Parliament's criminal law jurisdiction. Rather, it is a *limit* on Parliament's criminal law jurisdiction. If s. 11 rights were held to be at the core of Parliament's criminal law jurisdiction such that interjurisdictional immunity applied, the result would be absurd: provincial breaches of s. 11 rights would be judged on a different standard than federal breaches, with only the latter capable of being saved under s. 1 of the *Charter*. This same absurdity would result if interjurisdictional immunity were applied to Aboriginal rights.

[142] Tout comme le fait la *Charte canadienne des droits et libertés*, la protection des droits ancestraux garantie à l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* vient limiter l'exercice des pouvoirs législatifs fédéraux et provinciaux. La *Charte* constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et la protection des droits ancestraux constitue la partie II. Les parties I et II sont apparentées et limitent toutes deux l'exercice des pouvoirs gouvernementaux, qu'ils soient fédéraux ou provinciaux. Les droits garantis à la partie II, tout comme les droits garantis par la *Charte* à la partie I, sont *opposables* au gouvernement — ils ont pour effet d'*interdire* certains types de réglementation que les gouvernements pourraient autrement imposer. Ces limites n'ont rien à voir avec la question de savoir si une activité fait partie du contenu essentiel des pouvoirs du gouvernement fédéral.

[143] Une analogie avec la jurisprudence relative à la *Charte* peut illustrer ce point. Le Parlement a une compétence exclusive en matière de droit criminel. Cependant, l'exercice de son pouvoir en droit criminel est circonscrit par l'art. 11 de la *Charte* qui garantit le droit à l'équité du processus criminel. Tout comme les droits ancestraux sont un aspect fondamental du droit autochtone, le droit à l'équité du processus criminel est un aspect fondamental du droit criminel. Mais nous ne disons pas que le droit à l'équité du processus criminel prévu à l'art. 11 fait partie du contenu essentiel de la compétence du Parlement en matière de droit criminel. Il s'agit plutôt d'une *limite* à la compétence du Parlement en matière de droit criminel. Si l'on considérait que les droits garantis à l'art. 11 font partie du contenu essentiel de la compétence du Parlement en matière de droit criminel de sorte que l'exclusivité des compétences s'applique, on aboutirait à un résultat absurde : les violations, par les provinces, des droits garantis à l'art. 11 seraient jugées suivant une norme différente de celle applicable aux violations par le gouvernement fédéral, et seules ces dernières seraient susceptibles d'être sauvegardées en vertu de l'article premier de la *Charte*. L'application de l'exclusivité des compétences aux droits ancestraux aboutirait au même résultat absurde.

[144] The doctrine of interjurisdictional immunity is designed to deal with conflicts between provincial powers and federal powers; it does so by carving out areas of exclusive jurisdiction for each level of government. But the problem in cases such as this is not competing provincial and federal powers, but rather tension between the right of the Aboriginal title holders to use their land as they choose and the province which seeks to regulate it, like all other land in the province.

[145] Moreover, application of interjurisdictional immunity in this area would create serious practical difficulties.

[146] First, application of interjurisdictional immunity would result in two different tests for assessing the constitutionality of provincial legislation affecting Aboriginal rights. Pursuant to *Sparrow*, provincial regulation is unconstitutional if it results in a meaningful diminution of an Aboriginal right that cannot be justified pursuant to s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. Pursuant to interjurisdictional immunity, provincial regulation would be unconstitutional if it impaired an Aboriginal right, whether or not such limitation was reasonable or justifiable. The result would be dueling tests directed at answering the same question: How far can provincial governments go in regulating the exercise of s. 35 Aboriginal rights?

[147] Second, in this case, applying the doctrine of interjurisdictional immunity to exclude provincial regulation of forests on Aboriginal title lands would produce uneven, undesirable results and may lead to legislative vacuums. The result would be patchwork regulation of forests — some areas of the province regulated under provincial legislation, and other areas under federal legislation or no legislation at all. This might make it difficult, if not impossible, to deal effectively with problems such as

[144] La doctrine de l'exclusivité des compétences vise à régler les conflits entre les compétences provinciales et les compétences fédérales; elle y parvient en créant des domaines de compétence exclusive pour chaque palier de gouvernement. Cependant, le problème dans des cas comme celui-ci ne résulte pas d'une confrontation entre le pouvoir des provinces et ceux du gouvernement fédéral mais plutôt d'une tension entre le droit des titulaires du titre ancestral d'utiliser leurs terres comme ils l'entendent et la volonté de la province de réglementer ces terres au même titre que toutes les autres terres dans la province.

[145] En outre, l'application de la doctrine de l'exclusivité des compétences dans ce domaine créerait de sérieuses difficultés d'ordre pratique.

[146] Premièrement, l'application de l'exclusivité des compétences aurait pour effet d'établir deux critères différents pour l'appréciation de la constitutionnalité d'une loi provinciale touchant aux droits ancestraux. Suivant l'arrêt *Sparrow*, la réglementation provinciale est inconstitutionnelle si elle entraîne une diminution appréciable d'un droit ancestral qui ne saurait être justifiée au regard de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Suivant la doctrine de l'exclusivité des compétences, la réglementation provinciale serait inconstitutionnelle si elle portait atteinte à un droit ancestral, peu importe que l'atteinte soit raisonnable ou justifiable. Il y aurait donc deux critères contradictoires censés répondre à la même question : Jusqu'où les gouvernements provinciaux peuvent-ils aller dans la réglementation de l'exercice des droits ancestraux protégés par l'art. 35?

[147] Deuxièmement, en l'espèce, appliquer la doctrine de l'exclusivité des compétences dans le but d'exclure la réglementation provinciale des forêts se trouvant sur les terres visées par un titre ancestral entraînerait des résultats inégaux et indésirables et pourrait créer des vides législatifs. Il en résulterait une réglementation morcelée en matière de ressources forestières — certaines régions de la province seraient assujetties aux lois provinciales et d'autres régions seraient réglementées par les lois

pests and fires, a situation desired by neither level of government.

[148] Interjurisdictional immunity — premised on a notion that regulatory environments can be divided into watertight jurisdictional compartments — is often at odds with modern reality. Increasingly, as our society becomes more complex, effective regulation requires cooperation between interlocking federal and provincial schemes. The two levels of government possess differing tools, capacities, and expertise, and the more flexible double aspect and paramountcy doctrines are alive to this reality: under these doctrines, jurisdictional cooperation is encouraged up until the point when actual conflict arises and must be resolved. Interjurisdictional immunity, by contrast, may thwart such productive cooperation. In the case of forests on Aboriginal title land, courts would have to scrutinize provincial forestry legislation to ensure that it did not impair the core of federal jurisdiction over “Indians” and would also have to scrutinize any federal legislation to ensure that it did not impair the core of the province’s power to manage the forests. It would be no answer that, as in this case, both levels of government agree that the laws at issue should remain in force.

[149] This Court has recently stressed the limits of interjurisdictional immunity. “[C]onstitutional doctrine must facilitate, not undermine what this Court has called ‘co-operative federalism’” and as such “a court should favour, where possible, the ordinary operation of statutes enacted by both levels of government” (*Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3, at paras. 24 and 37 (emphasis deleted)). Because of this, interjurisdictional immunity is of “limited application” and should be applied “with restraint”

fédérales ou ne seraient pas réglementées du tout. Cela pourrait rendre difficile, voire impossible, la résolution efficace de problèmes comme les ravageurs ou le feu : une situation souhaitée par ni l’un ni l’autre des paliers de gouvernement.

[148] La doctrine de l’exclusivité des compétences — fondée sur l’idée que les contextes réglementaires peuvent être divisés en compartiments étanches — va souvent à l’encontre de la réalité moderne. Notre société devient plus complexe, et pour être efficace, la réglementation exige de plus en plus la coopération des régimes fédéral et provincial interreliés. Les deux paliers de gouvernement possèdent des outils, compétences et expertises différents, et les doctrines plus souples du double aspect et de la prépondérance fédérale sont sensibles à cette réalité : suivant ces doctrines, on encourage la coopération intergouvernementale jusqu’au moment où survient un conflit qu’il faut régler. Par contre, la doctrine de l’exclusivité des compétences peut contrecarrer une telle coopération. Dans le cas des forêts qui se trouvent sur les terres visées par un titre ancestral, les tribunaux devraient examiner la loi provinciale sur les ressources forestières afin de s’assurer qu’elle ne porte pas atteinte au contenu essentiel de la compétence fédérale sur les « Indiens » et devraient également examiner la loi fédérale afin de s’assurer qu’elle ne porte pas atteinte au contenu essentiel du pouvoir provincial de gérer les forêts. Suggérer, comme en l’espèce, que les deux paliers de gouvernement conviennent que les lois en question devraient rester en vigueur ne règle pas la question.

[149] Notre Cour a récemment souligné les limites de l’exclusivité des compétences. Les doctrines constitutionnelles « doivent faciliter et non miner ce que notre Cour a appelé un “fédéralisme coopératif” » et, par conséquent, « les tribunaux privilégient, dans la mesure du possible, l’application régulière des lois édictées par les deux ordres de gouvernement » (*Banque canadienne de l’Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3, par. 24 et 37 (italiques dans l’original omis)). Pour cette raison, la doctrine de l’exclusivité des compétences

(paras. 67 and 77). These propositions have been confirmed in more recent decisions: *Marine Services International Ltd. v. Ryan Estate*, 2013 SCC 44, [2013] 3 S.C.R. 53; *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134.

[150] *Morris*, on which the trial judge relied, was decided prior to this Court's articulation of the modern approach to interjurisdictional immunity in *Canadian Western Bank* and *Canadian Owners and Pilots Association*, and so is of limited precedential value on this subject as a result (see *Marine Services*, at para. 64). To the extent that *Morris* stands for the proposition that provincial governments are categorically barred from regulating the exercise of Aboriginal rights, it should no longer be followed. I find that, consistent with the statements in *Sparrow* and *Delgamuukw*, provincial regulation of general application will apply to exercises of Aboriginal rights, including Aboriginal title land, subject to the s. 35 infringement and justification framework. This carefully calibrated test attempts to reconcile general legislation with Aboriginal rights in a sensitive way as required by s. 35 of the *Constitution Act, 1982* and is fairer and more practical from a policy perspective than the blanket inapplicability imposed by the doctrine of interjurisdictional immunity.

[151] For these reasons, I conclude that the doctrine of interjurisdictional immunity should not be applied in cases where lands are held under Aboriginal title. Rather, the s. 35 *Sparrow* approach should govern. Provincial laws of general application, including the *Forest Act*, should apply unless they are unreasonable, impose a hardship or deny the title holders their preferred means of exercising their rights, and such restrictions cannot be justified pursuant to the justification framework outlined above. The result is a balance that preserves

est d'une « application restreinte » et elle devrait être appliquée « avec retenue » (par. 67 et 77). Ces principes ont été confirmés dans des arrêts plus récents : *Marine Services International Ltd. c. Ryan (Succession)*, 2013 CSC 44, [2013] 3 R.C.S. 53; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134.

[150] L'arrêt *Morris*, sur lequel le juge de première instance s'est appuyé, a été rendu avant que la Cour formule une approche moderne de l'application de la doctrine de l'exclusivité des compétences dans les arrêts *Banque canadienne de l'Ouest* et *Canadian Owners and Pilots Association* et, par conséquent, il confère peu de valeur jurisprudentielle sur ce sujet (voir *Marine Services*, par. 64). Dans la mesure où l'arrêt *Morris* appuie la proposition voulant qu'il soit catégoriquement interdit aux gouvernements provinciaux de réglementer l'exercice des droits ancestraux, il ne devrait plus être suivi. J'estime que, conformément aux commentaires formulés dans les arrêts *Sparrow* et *Delgamuukw*, la réglementation provinciale d'application générale s'appliquera à l'exercice des droits ancestraux, notamment au titre ancestral sur des terres, sous réserve de l'application du cadre d'analyse relatif à l'art. 35 qui permet de justifier une atteinte. Ce critère soigneusement conçu vise à concilier la loi d'application générale et les droits ancestraux avec la délicatesse qu'exige l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et il est plus équitable et pratique du point de vue de la politique générale que l'inapplicabilité générale qu'impose la doctrine de l'exclusivité des compétences.

[151] Pour ces raisons, je conclus que la doctrine de l'exclusivité des compétences ne devrait pas être appliquée dans les cas où les terres sont détenues en vertu du titre ancestral. C'est plutôt la démarche axée sur le critère fondé sur l'art. 35, énoncée dans *Sparrow*, qui devrait être retenue. Les lois provinciales d'application générale, y compris la *Forest Act*, devraient s'appliquer à moins qu'elles soient déraisonnables ou indûment rigoureuses ou qu'elles refusent aux titulaires du titre le recours à leur moyen préféré d'exercer leurs droits et

the Aboriginal right while permitting effective regulation of forests by the province, as required by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

[152] The s. 35 framework applies to exercises of both provincial and federal power: *Sparrow*; *Delgamuukw*. As such, it provides a complete and rational way of confining provincial legislation affecting Aboriginal title land within appropriate constitutional bounds. The issue in cases such as this is not at base one of conflict between the federal and provincial levels of government — an issue appropriately dealt with by the doctrines of paramountcy and interjurisdictional immunity where precedent supports this — but rather how far the provincial government can go in regulating land that is subject to Aboriginal title or claims for Aboriginal title. The appropriate constitutional lens through which to view the matter is s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, which directly addresses the requirement that these interests must be respected by the government, unless the government can justify incursion on them for a compelling purpose and in conformity with its fiduciary duty to affected Aboriginal groups.

IX. Conclusion

[153] I would allow the appeal and grant a declaration of Aboriginal title over the area at issue, as requested by the Tsilhqot'in. I further declare that British Columbia breached its duty to consult owed to the Tsilhqot'in through its land use planning and forestry authorizations.

que ces restrictions ne puissent pas être justifiées conformément au cadre d'analyse de la justification décrit précédemment. Il en résulte un équilibre qui préserve le droit ancestral tout en assurant une réglementation efficace des forêts par la province, comme l'exige l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[152] Le cadre d'analyse relatif à l'art. 35 s'applique à l'exercice des compétences tant provinciales que fédérales : *Sparrow*; *Delgamuukw*. Par conséquent, il offre un moyen exhaustif et rationnel de circonscrire les lois provinciales touchant les terres visées par un titre ancestral dans les limites fixées par la Constitution. La question qui se pose dans des cas comme celui-ci ne porte pas, à la base, sur le conflit entre les paliers fédéral et provincial de gouvernement — les doctrines de la prépondérance fédérale et de l'exclusivité des compétences permettent de traiter cette question selon que l'indique la jurisprudence — il s'agit plutôt de savoir dans quelle mesure le gouvernement provincial peut réglementer des terres visées par un titre ancestral ou faisant l'objet d'une revendication du titre ancestral. L'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* constitue le cadre approprié à l'intérieur duquel doit être considérée une telle question puisqu'il oblige directement le gouvernement à respecter ces droits ou à démontrer que l'atteinte se rapporte à la poursuite d'un objectif impérieux et réel et qu'elle est compatible avec son obligation fiduciaire envers les groupes autochtones.

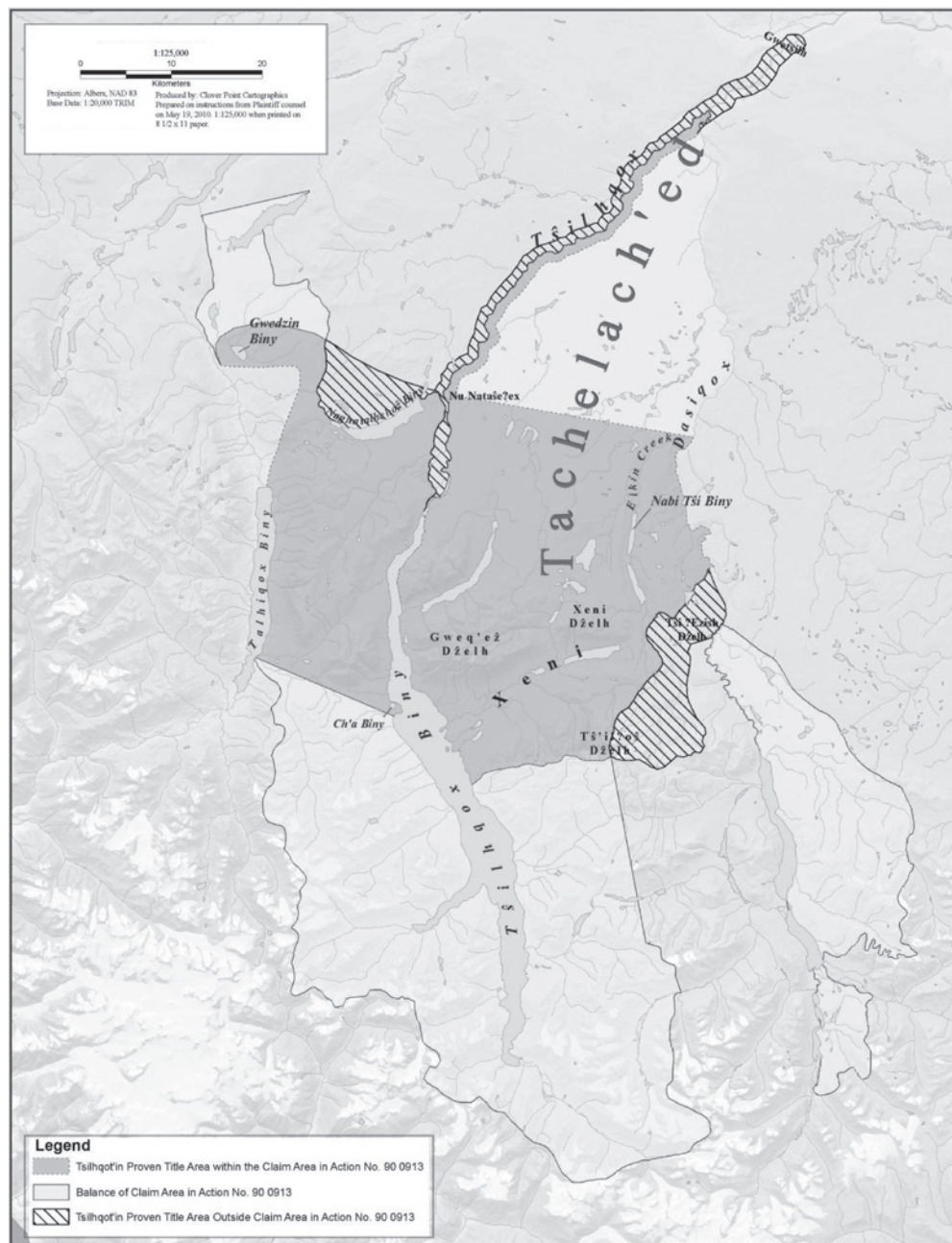
IX. Conclusion

[153] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rendre un jugement déclarant l'existence d'un titre ancestral sur la région en question, comme l'ont demandé les Tsilhqot'in. Je déclare également que la Colombie-Britannique a manqué à l'obligation de consultation qu'elle avait envers les Tsilhqot'in en raison du plan d'aménagement du territoire qu'elle a établi et des autorisations d'exploitation forestière qu'elle a accordées.

APPENDIX

PROVEN TITLE AREA – VISUAL AID

ANNEXE

TERRITOIRE SUR LEQUEL L'EXISTENCE DU
TITRE EST ÉTABLIE – SUPPORT VISUEL

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Rosenberg & Rosenberg, Vancouver; Woodward & Company, Victoria.

Solicitors for the respondents Her Majesty The Queen in Right of the Province of British Columbia and the Regional Manager of the Cariboo Forest Region: Borden Ladner Gervais, Vancouver.

Solicitor for the respondent the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Saskatoon.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Calgary.

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

Solicitors for the interveners the Business Council of British Columbia, the Council of Forest Industries, the Coast Forest Products Association, the Mining Association of British Columbia and the Association for Mineral Exploration British Columbia: Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Assembly of First Nations: Arvay Finlay, Vancouver.

Solicitors for the interveners the Gitanyow Hereditary Chiefs of Gwass Hlaam, Gamlaxyeltxw, Malii, Gwinuu, Haizimsque, Watakhayetsxw, Luuxhon and Wii'litswx, on their own behalf and

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant : Rosenberg & Rosenberg, Vancouver; Woodward & Company, Victoria.

Procureurs des intimés Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique et le chef régional de la région de Cariboo Forest : Borden Ladner Gervais, Vancouver.

Procureur de l'intimé le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Saskatoon.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba : Procureur général du Manitoba, Winnipeg.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Calgary.

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

Procureurs des intervenants Business Council of British Columbia, Council of Forest Industries, Coast Forest Products Association, Mining Association of British Columbia et Association for Mineral Exploration British Columbia : Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations : Arvay Finlay, Vancouver.

Procureurs des intervenants les chefs héréditaires Gitanyow de Gwass Hlaam, Gamlaxyeltxw, Malii, Gwinuu, Haizimsque, Watakhayetsxw, Luuxhon et Wii'litswx, en leur nom et au nom

on behalf of all Gitanyow, and the Office of the Wet'suwet'en Chiefs: Peter Grant & Associates, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Hul'qumi'num Treaty Group: Robert B. Morales, Ladysmith, British Columbia.

Solicitors for the intervener the Council of the Haida Nation: White Raven Law Corporation, Surrey, British Columbia.

Solicitors for the intervener the Indigenous Bar Association in Canada: Nahwegahbow, Corbiere Genoodmagejig, Rama, Ontario; Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Solicitors for the intervener the First Nations Summit: Mandell Pinder, Vancouver; Morgan & Associates, West Vancouver.

Solicitors for the interveners the Tsawout First Nation, the Tsartlip First Nation, the Snuneymuxw First Nation and the Kwakiutl First Nation: Devlin Gailus, Victoria.

Solicitors for the intervener the Coalition of the Union of British Columbia Indian Chiefs, the Okanagan Nation Alliance and the Shuswap Nation Tribal Council and their member communities, Okanagan, Adams Lake, Neskonlith and Spltasin Indian Bands: Mandell Pinder, Vancouver; University of British Columbia, Vancouver; Thompson Rivers University, Kamloops.

Solicitors for the interveners Amnesty International and the Canadian Friends Service Committee: Stockwoods, Toronto; Paul Joffe, Saint-Lambert, Quebec.

Solicitors for the intervener the Gitxaala Nation: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Solicitors for the interveners the Chilko Resorts and Community Association and the Council of Canadians: Ratcliff & Company, North Vancouver.

de tous les Gitanyow, et le Bureau des chefs Wet'suwet'en : Peter Grant & Associates, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le Groupe du traité Hul'qumi'num : Robert B. Morales, Ladysmith, Colombie-Britannique.

Procureurs de l'intervenant le Conseil de la Nation haïda : White Raven Law Corporation, Surrey, Colombie-Britannique.

Procureurs de l'intervenante l'Association du barreau autochtone au Canada : Nahwegahbow, Corbiere Genoodmagejig, Rama, Ontario; Gowling Lafleur Henderson, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant le Sommet des Premières Nations : Mandell Pinder, Vancouver; Morgan & Associates, West Vancouver.

Procureurs des intervenantes la Première Nation Tsawout, la Première Nation Tsartlip, la Première Nation Snuneymuxw et la Première Nation Kwakiutl : Devlin Gailus, Victoria.

Procureurs de l'intervenante la Coalition de l'Union des chefs indiens de la Colombie-Britannique, l'Alliance des Nations de l'Okanagan, le Conseil tribal de la Nation Shuswap et leurs communautés membres, les bandes indiennes d'Okanagan, d'Adams Lake, de Neskonlith et de Spltasin : Mandell Pinder, Vancouver; University of British Columbia, Vancouver; Thompson Rivers University, Kamloops.

Procureurs des intervenants Amnistie internationale et Secours Quaker canadien : Stockwoods, Toronto; Paul Joffe, Saint-Lambert, Québec.

Procureurs de l'intervenante la Nation Gitxaala : Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Procureurs des intervenants Chilko Resorts and Community Association et le Conseil des Canadiens : Ratcliff & Company, North Vancouver.

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