

FILED / PRODUIT

Date: August 25, 2025

CT- 2024-010

Grainne Gannon Dubroy for / pour
REGISTRAR / REGISTRAIRE

PUBLIC

CT-2024-010

OTTAWA, ONT.

134

THE COMPETITION TRIBUNAL

IN THE MATTER OF the *Competition Act*, R.S.C. 1985, c. C-34;

AND IN THE MATTER OF certain conduct of Google Canada Corporation and Google LLC relating to the supply of online advertising technology services in Canada;

AND IN THE MATTER OF an application by the Commissioner of Competition for one or more orders pursuant to section 79 of the *Competition Act*.

B E T W E E N:

COMMISSIONER OF COMPETITION

Applicant

and

GOOGLE CANADA CORPORATION AND GOOGLE LLC

Respondents

**BOOK OF AUTHORITIES OF GOOGLE CANADA CORPORATION
AND GOOGLE LLC
VOLUME 5 OF 20**

PUBLIC

-2-

August 22, 2025

DAVIES WARD PHILLIPS & VINEBERG LLP
155 Wellington Street West
Toronto ON M5V 3J7

Kent E. Thomson (LSO# 24264J)
Tel: 416.863.5566
Email: kentthomson@dwpv.com

Elisa K. Kearney (LSO# 49342T)
Tel: 416.367.7450
Email: ekearney@dwpv.com

Chantelle T.M. Cseh (LSO# 60620Q)
Tel: 416.367.7552
Email: ccseh@dwpv.com

Chanakya A. Sethi (LSO# 63492T)
Tel: 416.863.5516
Email: csethi@dwpv.com

Chenyang Li (LSO# 73249C)
Tel: 416.367.7623
Email: cli@dwpv.com

Tel: 416.863.0900
Fax: 416.863.0871

Lawyers for the Respondents, Google
Canada Corporation and Google LLC

PUBLIC

-3-

TO: **ATTORNEY GENERAL OF CANADA**
Department of Justice Canada
Competition Bureau Legal Services
Place du Portage, Phase I
50 Victoria Street, 22nd Floor
Gatineau, QC K1A 0C9

Alexander M. Gay

Email: alexander.gay@cb-bc.gc.ca

Donald Houston

Email: donald.houston@cb-bc.gc.ca

John Syme

Email: john.syme@cb-bc.gc.ca

Derek Leschinsky

Email: derek.leschinsky@cb-bq.ca

Katherine Rydel

Email: katherine.rydel@cb-bc.gc.ca

Sanjay Kumbhare

Email: sanjay.kumbhare@cb-bc.gc.ca

Tel: 613.296.4470

Fax: 819.953.9267

Lawyers for the Applicant, the Commissioner of Competition

AND TO: THE REGISTRAR OF THE COMPETITION TRIBUNAL
Thomas D'Arcy McGee Building
90 Sparks Street, Suite 600
Ottawa, ON K1P 5B4

Email: Tribunal@ct-tc.gc.ca

PUBLIC

INDEX

TAB	AUTHORITY	PAGE NO.
SECONDARY SOURCES		
VOLUME 1		
1)	Blackstone, <i>Commentaries on the Laws of England</i> 343 (1769)	1
2)	<i>Canadian Oxford Dictionary</i> , 2nd ed. (Don Mills: Oxford University Press, 2004), p. 6 (“Abuse”) and p. 1529 (“Stigma”)	5
3)	<i>Collins English Dictionary</i> , 3 ed. (Glasgow: HarperCollins, 1992), p. 7 (“Abuse”)	9
4)	Deschamps, “Cineplex ordered to pay \$38.9-million by Competition Tribunal in ticket fee case”, <i>The Globe and Mail</i> (23 Sept. 2024)	12
5)	European Commission, “Procedures in Article 102 Investigations”, online: https://competition-policy.ec.europa.eu/antitrust-and-cartels/procedures/article-102-investigations_en	14
6)	European Union, “Guidelines for setting fines” (2020), online: https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/summary/guidelines-for-setting-fines.html	18
7)	Forsyth, <i>History of Trial by Jury</i> (London: John W Parker and Son, 1852), pp. 8-9	21
8)	Goldman, “The Impact of the Competition Act of 1986” in R.S. Khemani and W.T. Stanbury, eds., <i>Canadian Competition Law and Policy at the Centenary</i> (Halifax: The Institute for Research on Public Policy, 1991)	26
9)	Goldman & Joneja, “The Institutional Design of Canadian Competition Law: The Evolving Role of the Commissioner” (2010) 41:3 Loy. U. Chi. L.J. 535	28
10)	Hogg & Wright, <i>Constitutional Law of Canada</i> , 5th ed. (Toronto: Thomson Reuters Canada, 2020+), §47.15, §48:18, §48:21, §51.3	66
11)	Johnston, <i>The People’s Champion: Trial by Jury</i> (Toronto: LexisNexis Canada, 2024) §2.05.	90

TAB	AUTHORITY	PAGE NO.
12)	Jordan, “An Examination of the Proposed Amendments to the Canadian Competition Law: Bill C-91” (1986) 10:2 Suffolk Transnat’l. L.J. 473	97
13)	McGuinness, <i>The Encyclopedic Dictionary of Canadian Law</i> (Toronto: Lexis-Nexis, 2021), Vol. 3, p. S-317 (“Stigma”)	111
14)	McLeod, “Facing the Consequences: Should the Charter Apply to Administrative Proceedings Involving Monetary Penalties?” 30 Nat’l. J. Const. L. 59	114
15)	<i>Paperback Oxford English Dictionary</i> (Oxford: Oxford University Press, 2005), p. 4 (“Abuse”)	140
16)	<i>Public Prosecution Service of Canada Deskbook</i> (Ottawa: Public Prosecution Service of Canada, 2014-2020), 4.2	143
17)	Rankin, “The Origins, Evolution and Puzzling Irrelevance of Jury Recommendations in Second Degree Murder Sentencing” (2015) 40:2 Queen’s L.J. 531	148
18)	Robertson, “Canada Bread’s \$50-million fine sends ‘strong message’ against price fixing, Competition Commissioner says”, <i>The Globe and Mail</i> (22 June 2023)	178
19)	Sullivan, <i>The Construction of Statutes</i> , 7th ed. (Toronto: LexisNexis Canada, 2022) §25.07	181
20)	<i>The Concise Oxford Dictionary of Current English</i> , 7th ed (Oxford: Oxford University Press, 1986), p. 5 (“Abuse”)	198
21)	<i>The Shorter Oxford English Dictionary</i> , 3rd ed. (Oxford: Clarendon Press, 1959), Vol. I, p. 9 (“Abuse”), and Vol. II, pp. 2019-2020 (“Stigma”)	201
JUDICIAL AUTHORITIES		
VOLUME 2		
22)	3510395 <i>Canada Inc. v. Canada</i> , 2020 FCA 103 , leave refused, 2021 CanLII 15598 (SCC)	206
23)	<i>Air Canada c. Canada</i> , 2003 CarswellQue 14915 (CA)	337

TAB	AUTHORITY	PAGE NO.
24)	Anonymous Case, <i>Lib. Assisarum</i> , 41, 11 (1367), Translated and reprinted in Pound, <i>Readings on the History and System of the Common Law</i> , 2d ed. (Boston: Boston Book Company 1913)	371
25)	<i>Bell Canada v. Canadian Telephone Employees Association</i> , 2003 SCC 36	379
26)	<i>Canada v. Canada Pipe Company Ltd.</i> , 2006 FCA 233 , leave refused, 2007 CanLII 16765 (SCC)	407
VOLUME 3		
27)	<i>Canada v. Chatr Wireless Inc.</i> , 2013 ONSC 5315	461
28)	<i>Canada v. Federation of Law Societies</i> , 2015 SCC 7	542
29)	<i>Canada v. Harkat</i> , 2014 SCC 37	614
30)	<i>Canada v. Lalonde</i> , 2016 ONCA 923	685
31)	<i>Canada v. Pharmaceutical Society (Nova Scotia)</i> , 1992 CarswellNS 15 (SCC)	703
VOLUME 4		
32)	<i>Canada v. Power</i> , 2024 SCC 26	755
33)	<i>Canadian National Transportation Ltd. v. Canada</i> , 1983 CarswellAlta 167 (SCC)	973
VOLUME 5		
34)	<i>Canadian Western Bank v. Alberta</i> , 2007 SCC 22	1027
35)	<i>Charkaoui v. Canada</i> , 2007 SCC 9	1110
36)	<i>Cheatle v. The Queen</i> , [1993] HCA 44	1189
37)	<i>Commissioner of Competition v. Direct Energy Marketing Limited</i> , CT-2012-003 (Consent Agreement, October 30, 2015)	1214
38)	<i>Commissioner of Competition v. Reliance Comfort Limited Partnership</i> , CT-2012-002 (Consent Agreement, November 5, 2014)	1221

TAB	AUTHORITY	PAGE NO.
VOLUME 6		
39)	<i>Commissioner of Competition v. Toronto Real Estate Board</i> , 2016 CACT 7 , affirmed, 2017 FCA 236 , leave refused, 2018 CanLII 78753 (SCC)	1235
VOLUME 7		
40)	<i>Commissioner of Competition v. Vancouver Airport Authority</i> , 2019 CACT 6	1410
VOLUME 8		
41)	<i>Commissioner of Competition v. X</i> , 2018 ONSC 3374	1591
42)	<i>Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario</i> , 1991 CarswellOnt 3004 (SCC)	1610
43)	<i>Dywidag Systems International Canada Ltd. v. Zutphen Brothers Construction Ltd.</i> , 1990 CarswellNS 60 (SCC)	1625
44)	<i>F.H. v. McDougall</i> , 2008 SCC 53	1630
45)	<i>Goodwin v. British Columbia</i> , 2015 SCC 46	1668
46)	<i>Guindon v. Canada</i> , 2015 SCC 41	1718
47)	<i>Halifax Herald Ltd. v. Nova Scotia</i> , 2008 NSSC 369	1784
VOLUME 9		
48)	<i>John Howard Society v. Saskatchewan</i> , 2025 SCC 6	1826
49)	<i>Kligman v. M.N.R.</i> , 2004 FCA 152	1979
50)	<i>MacBain v. Lederman</i> , 1985 CarswellNat 628 (FCA)	2042
51)	<i>Martineau v. MNR</i> , 2004 SCC 81	2075
52)	<i>New Brunswick Broadcasting Co. v. Canadian Radio-Television & Telecommunications Commission</i> , 1984 CarswellNat 66 (FCA)	2098
VOLUME 10		
53)	<i>Northwest Territories v. P.S.A.C.</i> , 2001 FCA 162	2118

TAB	AUTHORITY	PAGE NO.
54)	<i>Ontario v. G</i> , 2020 SCC 38	2157
55)	<i>Pearlman v. Law Society (Manitoba)</i> , 1991 CarswellMan 201 (SCC)	2308
VOLUME 11		
56)	<i>RJR-MacDonald Inc. v. Canada</i> , 1995 CanLII 64 (SCC)	2329
57)	<i>R. v. Albashir</i> , 2021 SCC 48	2497
58)	<i>R. v. Alexander</i> , 2003 BCCA 386	2556
59)	<i>R. v. Appulonappa</i> , 2015 SCC 59	2572
VOLUME 12		
60)	<i>R. v. Archambault</i> , 2024 SCC 35	2619
61)	<i>R. c. Assoc. quebecoise des pharmaciens propriétaires</i> , 1995 CarswellQue 2219 (CS)	2799
62)	<i>R. v. Babos</i> , 2014 SCC 16	2813
63)	<i>R. v. BASF Aktiengesellschaft</i> , 1999 CarswellNat 6381 (FC)	2845
64)	<i>R. v. Big M Drug Mart Ltd.</i> , 1985 CarswellAlta 316 (SCC)	2880
VOLUME 13		
65)	<i>R. v. Bissonnette</i> , 2022 SCC 23	2933
66)	<i>R. v. Brown</i> , 2022 SCC 18	3004
67)	<i>R. v. Brunelle</i> , 2024 SCC 3	3090
68)	<i>R. v. Canada Bread Company Limited</i> , 2023 ONSC 3790	3163
69)	<i>R. v. Cathay Pacific Airways Ltd.</i> , 2013 CarswellOnt 18740 (SCC)	3169
VOLUME 14		
70)	<i>R. v. Chouhan</i> , 2021 SCC 26	3177
71)	<i>R. v. Conway</i> , 2010 SCC 22	3331

TAB	AUTHORITY	PAGE NO.
72)	<i>R. v. Cross</i> , 2006 NSCA 30 , <i>leave refused</i> , 2006 CanLII 29077 (SCC)	3381
73)	<i>R. v. Domfoam Inc.</i> , 2012 CarswellOnt 17498 (SC)	3414
74)	<i>R. v. Eddy Match Co.</i> , 1953 CarswellQue 16 (CA)	3430
75)	<i>R. v. Elliott</i> , [1905] O.J. No. 162 [starting at ¶38] (C.A.)	3450
VOLUME 15		
76)	<i>R. v. Ferguson</i> , 2008 SCC 6	3463
77)	<i>R. v. Furukawa Electric Co.</i> , 2013 CarswellOnt 18744 (SC)	3498
78)	<i>R. v. G. (R.M.)</i> , 1996 CanLII 176 (SCC)	3504
79)	<i>R. v. Grant</i> , 1993 CarswellBC 1168 (SCC)	3547
80)	<i>R v. Grant</i> , 2009 SCC 32	3576
81)	<i>R. v. Jarvis</i> , 2002 SCC 73	3683
VOLUME 16		
82)	<i>R. v. K.R.J.</i> , 2016 SCC 31	3740
83)	<i>R v. Kokopenace</i> , 2015 SCC 28	3817
84)	<i>R. v. Kum</i> , 2015 ONCA 36	3941
VOLUME 17		
85)	<i>R. v. Malmo-Levine; R. v. Caine</i> , 2003 SCC 74	3973
86)	<i>R. v. McKinlay Transport Ltd.</i> , 1990 CarswellOnt 992 (SCC)	4137
87)	<i>R v. McKnight</i> , [1999] O.J. No. 1321 (C.A.)	4157
88)	<i>R. v. Morgentaler</i> , 1993 CarswellNS 19 (SCC)	4187
89)	<i>R. v. Nestlé Canada Inc.</i> , 2015 ONSC 810	4226

TAB	AUTHORITY	PAGE NO.
VOLUME 18		
90)	<i>R. v. Nur</i> , 2015 SCC 15	4247
91)	<i>R. v. Oakes</i> , 1986 CarswellOnt 95 (SCC)	4333
92)	<i>R. v. Osolin</i> , 1993 CarswellBC 512 (SCC)	4366
93)	<i>R. v. Samji</i> , 2017 BCCA 415 , leave refused, 2018 CanLII 48394 (SCC)	4435
94)	<i>R. v. Shoker</i> , 2006 SCC 44	4491
95)	<i>R. v. Stinchcombe</i> , 1991 CarswellAlta 192 (SCC)	4520
96)	<i>R. v. Swietlinski</i> , 1994 CarswellOnt 102 (SCC)	4536
VOLUME 19		
97)	<i>R. v. Trebilcock</i> (1858), 169 ER 1079	4559
98)	<i>R. v. Veranski</i> , 2011 BCSC 1322	4563
99)	<i>R. v. Volkswagen AG</i> , 2020 ONCJ 398	4627
100)	<i>R. v. Wigglesworth</i> , 1987 CarswellSask 385 (SCC)	4644
101)	<i>Re B.C. Motor Vehicle Act</i> , 1985 CarswellBC 398 (SCC)	4668
102)	<i>Reference re Firearms Act</i> , 2000 SCC 31	4709
103)	<i>Rémillard v. Canada</i> , 2022 FCA 63	4762
104)	<i>Round v. MacDonald, Dettwiler and Associates Ltd.</i> , 2012 BCCA 456	4800
105)	<i>Schachter v. Canada</i> , 1992 CarswellNat 1006 (SCC)	4817
VOLUME 20		
106)	<i>Singh v. Canada</i> , 985 CarswellNat 152 (SCC)	4847
107)	<i>Slaight Communications Inc. v. Davidson</i> , 1989 CarswellNat 695 (SCC)	4940

TAB	AUTHORITY	PAGE NO.
108A)	<i>Southam Inc. v. Canada</i> , 1983 ABCA 32 , affirmed, 1984 CarswellAlta 121 (SCC) [<i>sub nom.</i> , <i>Hunter v. Southam Inc.</i>]	4974
108B)	<i>Canada (Director of Investigation & Research, Combines Investigation Branch) v. Southam Inc.</i> , 1984 CarswellAlta 121 (SCC)	4991
109)	<i>United States Steel Corporation v. Canada</i> , 2011 FCA 176	5017

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

v.

Her Majesty The Queen in Right of Alberta *Respondent*

and

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

INDEXED AS: **CANADIAN WESTERN BANK v. ALBERTA**

Please see in particular para. 27

c.

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

et

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

RÉPERTORIÉ : BANQUE CANADIENNE DE L'OUEST c. ALBERTA

Neutral citation: 2007 SCC 22.

File No.: 30823.

2006: April 11; 2007: May 31.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

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

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

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

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

Référence neutre : 2007 CSC 22.

N° du greffe : 30823.

2006 : 11 avril; 2007 : 31 mai.

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

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

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

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

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

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

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

Held: The appeal should be dismissed.

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

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

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

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Cases Cited

By Binnie and LeBel JJ.

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

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

Jurisprudence

Citée par les juges Binnie et LeBel

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

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

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

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

By Bastarache J.

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

Statutes and Regulations Cited

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

Authors Cited

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

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

Citée par le juge Bastarache

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

Lois et règlements cités

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

Doctrine citée

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

- Canada. Department of Finance. Report of the Task Force on the Future of the Canadian Financial Services Sector. *Change Challenge Opportunity*. Ottawa: Department of Finance, 1998.
- Canada. Department of Finance. Task Force on the Future of the Canadian Financial Services Sector. *Change Challenge Opportunity*. Background Paper #2. *Organizational Flexibility for Financial Institutions: A Framework to Enhance Competition*. Ottawa: Department of Finance, 1998.
- Canada. Department of Finance. *The Regulation of Canadian Financial Institutions: Proposals for Discussion*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1985.
- Canada. House of Commons. Standing Committee on Finance. *The Future Starts Now: A Study on the Financial Services Sector in Canada*. Ottawa: House of Commons, 1998.
- Canada. Senate. Sixteenth Report of the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce. *Towards a More Competitive Financial Environment*. Ottawa: The Senate, 1986.
- Canadian Bankers Association. *Your Guide to Financial Services: An overview of Canadian financial products and services*. Toronto: Canadian Bankers Association, 1999.
- Gélinas, Fabien. "La doctrine des immunités interjuridictionnelles dans le partage des compétences: éléments de systématisation", dans *Mélanges Jean Beetz*. Montréal: Thémis, 1995, 471.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997 (updated 2006, release 1).
- Laskin, Bora. *Canadian Constitutional Law: Cases, Text and Notes on Distribution of Legislative Power*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1969.
- Leclair, Jean. "The Supreme Court of Canada's Understanding of Federalism: Efficiency at the Expense of Diversity" (2003), 28 *Queen's L.J.* 411.
- Magnet, Joseph Eliot. *Constitutional Law of Canada: Cases, Notes and Materials*, vol. 1, 8th ed. Edmonton: Juriliber, 2001.
- McDonald, Patrick N. "The B.N.A. Act and the Near Banks: A Case Study in Federalism" (1972), 10 *Alta. L. Rev.* 155.
- Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles*, 5th ed. Oxford: Oxford University Press, 2002, "essential", "vital".
- Weiler, Paul C. "The Supreme Court and the Law of Canadian Federalism" (1973), 23 *U.T.L.J.* 307.
- et services financiers*. Toronto : Association des banquiers canadiens, 1999.
- Brun, Henri, et Guy Tremblay. *Droit constitutionnel*, 4^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2002.
- Canada. Chambre des communes. Comité permanent des finances. *L'avenir commence maintenant : Une étude sur le secteur des services financiers au Canada*. Ottawa : Chambre des communes, 1998.
- Canada. Ministère des Finances. Groupe de travail sur l'avenir du secteur des services financiers canadien. *Changement, défis et possibilités*. Document d'information n° 2. *Souplesse d'organisation des institutions financières : un cadre d'intensification de la concurrence*. Ottawa : Ministère des Finances, 1998.
- Canada. Ministère des Finances. *La réglementation des institutions financières du Canada : Propositions à considérer*. Ottawa : Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1985.
- Canada. Ministère des Finances. Rapport du Groupe de travail sur l'avenir du secteur des services financiers canadien. *Changement, défis et possibilités*. Ottawa : Ministère des Finances, 1998.
- Canada. Sénat. Seizième rapport du Comité sénatorial permanent des banques et du commerce. *Vers une plus grande compétitivité dans le secteur financier*. Ottawa : Le Sénat, 1986.
- Gélinas, Fabien. « La doctrine des immunités interjuridictionnelles dans le partage des compétences : éléments de systématisation », dans *Mélanges Jean Beetz*. Montréal : Thémis, 1995, 471.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, loose-leaf ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1997 (updated 2006, release 1).
- Laskin, Bora. *Canadian Constitutional Law : Cases, Text and Notes on Distribution of Legislative Power*, 3rd ed. Toronto : Carswell, 1969.
- Leclair, Jean. « The Supreme Court of Canada's Understanding of Federalism : Efficiency at the Expense of Diversity » (2003), 28 *Queen's L.J.* 411.
- Magnet, Joseph Eliot. *Constitutional Law of Canada : Cases, Notes and Materials*, vol. 1, 8th ed. Edmonton : Juriliber, 2001.
- McDonald, Patrick N. « The B.N.A. Act and the Near Banks : A Case Study in Federalism » (1972), 10 *Alta. L. Rev.* 155.
- Nouveau Petit Robert*. Paris : Dictionnaires Le Robert, 2006, « essentiel », « vital ».
- Weiler, Paul C. « The Supreme Court and the Law of Canadian Federalism » (1973), 23 *U.T.L.J.* 307.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

BINNIE AND LEBEL JJ. —

I. Introduction

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

LES JUGES BINNIE ET LEBEL —

I. Introduction

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4

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

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

II. Facts

II. Les faits

5

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

7

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III. Judicial History

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

III. Historique judiciaire

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IV. Relevant Statutes and Regulations

See Appendix.

V. Constitutional Questions

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

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

VI. Analysis

A. *The Issues*

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

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

IV. Lois et règlements applicables

Voir l'annexe.

V. Questions constitutionnelles

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

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

VI. Analyse

A. *Les questions en litige*

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

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

B. *Principle of Federalism*

21

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

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

B. *Le principe du fédéralisme*

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

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

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

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

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

24

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

C. *Constitutional Doctrines and How They Interrelate*

(1) “Pith and Substance” Doctrine

25

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

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

C. *Les règles constitutionnelles et leur articulation*

(1) La doctrine du « caractère véritable »

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

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

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

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

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

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

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

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

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

28

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

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

29

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

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

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

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

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

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

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

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

30

31

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

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

32

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

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

(2) The Doctrine of Interjurisdictional Immunity and its Sources

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

33

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

35

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

36

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

38

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

39

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

40

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

42

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

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

43

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

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

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

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

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

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

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

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

44

45

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

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

46

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

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

47

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

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

D. *A More Restricted Approach to Interjurisdictional Immunity*

(1) Impairment Versus Affects

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

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

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

... the meaning of the word “affects” should be interpreted as a kind of middle ground between the perhaps overly vague or broad standard of “touches on” and the older and overly restrictive standard of “sterilizes” or “impairs”. Without requiring complete paralysis of the core of the federal power or the operations of the undertaking, the impact of the application of the by-law must be sufficiently severe and serious to trigger immunity.

(*British Columbia (Attorney General) v. Lafarge Canada Inc.*, [2007] 2 S.C.R. 86, 2007 SCC 23, at para. 139)

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

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

(1) « Entraver » ou « toucher »

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

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

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

... il faut donner au terme « touche » un sens qui représente en quelque sorte un juste milieu entre le critère peut-être trop vague ou trop large que rend l'expression « avoir une incidence sur » et l'ancien critère trop restrictif fondé sur « la stérilisation » ou « l'entrave ». Sans exiger que le contenu essentiel de la compétence fédérale, ou les opérations de l'entreprise, soient complètement paralysés, l'application du règlement doit produire des effets suffisamment importants et graves pour que l'immunité puisse s'appliquer.

(*Colombie-Britannique (Procureur général) c. Lafarge Canada Inc.*, [2007] 2 R.C.S. 86, 2007 CSC 23, par. 139)

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

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

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

49

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

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

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

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

50

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

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

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

(3) The Vital or Essential Part of an Undertaking

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

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

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

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

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

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

52

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

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

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

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

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

(1) The Federal Transportation Cases

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

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

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

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

(1) Décisions en matière de transport fédéral

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

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

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

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

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

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

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

(2) The Federal Communication Undertakings

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

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

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

(2) Les entreprises fédérales de communication

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

56

57

58

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

(3) The Maritime Law Cases

59

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

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

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

(4) The Indian Cases

60

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

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

(3) Les arrêts en matière de droit maritime

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

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

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

(4) Les arrêts concernant les Indiens

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

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

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

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

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

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

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

(5) The Management of Federal Institutions

(5) La gestion des entreprises fédérales

62

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

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

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

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

(6) The Regulation of Federal Companies and Undertakings

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

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

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

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

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

(6) La réglementation des sociétés et entreprises fédérales

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

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

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

63

64

65

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

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

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

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

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

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

66

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

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

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

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

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

(7) Conclusion

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

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

F. *Doctrine of Federal Paramountcy*

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

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

(7) Conclusion

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

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

F. *Doctrine de la prépondérance fédérale*

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

67

68

69

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

G. *Order of Application of the Constitutional Doctrines*

76

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

77

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

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

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

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

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

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

H. *Application to the Facts of this Case*

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

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

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

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

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

H. *Application aux faits de l’espèce*

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

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

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

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

78

79

80

81

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

86

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

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

87

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

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

A provincial licensing regime, which allows the province to say who gets a licence and under what conditions, and which could prevent the bank from obtaining security in a certain way, would affect a vital part of a federal enterprise. . . .

[TRADUCTION] Un régime de délivrance de permis provincial qui permet à la province de décider qui obtient un permis et à quelles conditions, et qui pourrait en quelque sorte avoir pour effet d'empêcher la banque d'obtenir une garantie, toucherait à un élément essentiel d'une entreprise fédérale. . . .

. . . it is sufficient to say that the taking of security generally is a core aspect of the banking power. [Emphasis added; paras. 90-91.]

. . . qu'il suffise de dire que la prise de garanties de façon générale constitue un aspect essentiel de la compétence sur les banques. [Nous soulignons; par. 90-91.]

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

93

94

95

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(a) *No Operational Incompatibility*

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

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

(b) *No Frustration of Federal Purpose*

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

a) *Aucune incompatibilité d’application*

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

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

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

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

99

100

101

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

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

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

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

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

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

7. . . .

(2) Notwithstanding subsection (1) and section 6, a bank may exclude from a promotion referred to in paragraph (1)(e) or 6(b) persons

(a) in respect of whom the promotion would contravene an Act of Parliament or of the legislature of a province

7. . . .

(2) Malgré le paragraphe (1) et l'article 6, la banque peut exclure de la promotion visée aux alinéas (1)e) ou 6b) toute personne, selon le cas :

a) dont il serait contraire à une loi fédérale ou provinciale qu'une telle promotion s'adresse à elle . . .

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

105

106

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

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

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

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

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

107

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

108

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VII. Conclusion

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

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

Answer: No.

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

Answer: No.

The following are the reasons delivered by

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

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

VII. Conclusion

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

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

Réponse : Non.

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

Réponse : Non.

Version française des motifs rendus par

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

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

1. The Correct Methodological Approach

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

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

1. La démarche méthodologique applicable

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

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

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

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

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

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

2. Application to the Facts

2.1 *The Validity of the Provincial and Federal Laws*

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

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

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

2. Application aux faits

2.1 *La validité des lois provinciale et fédérale*

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

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

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

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

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

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

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

2.2 *The Applicability of the Provincial Law*

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

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

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

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

2.2 *L’applicabilité de la loi provinciale*

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

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

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

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

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

119

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

120

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

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

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

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

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

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

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

122

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

123

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

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

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

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

2.3 *The Operability of the Provincial Law*

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

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

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

2.3 *Le caractère opérant de la loi provinciale*

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

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

124

125

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

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

126

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

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

127

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

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

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

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

3. Conclusion

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

APPENDIX

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

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

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

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

3. Conclusion

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

ANNEXE

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

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

128

129

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

(a) providing any financial service;

. . .

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

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

. . .

(4) Nothing in this section precludes a bank from

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

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

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

2. In these Regulations,

. . .

“authorized type of insurance” means:

- (a) credit or charge card-related insurance,
- (b) creditors’ disability insurance,
- (c) creditors’ life insurance,
- (d) creditors’ loss of employment insurance,
- (e) creditors’ vehicle inventory insurance,
- (f) export credit insurance,
- (g) mortgage insurance, or
- (h) travel insurance;

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

1 In this Act,

. . .

(2) Sont notamment considérés comme des opérations bancaires :

a) la prestation de services financiers;

. . .

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

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

. . .

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

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

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

. . .

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

- a) assurance carte de crédit ou de paiement;
- b) assurance-invalidité de crédit;
- c) assurance-vie de crédit;
- d) assurance crédit en cas de perte d’emploi;
- e) assurance crédit pour stocks de véhicules;
- f) assurance crédit des exportateurs;
- g) assurance hypothèque;
- h) assurance voyage.

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

[TRANSLATION]

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

. . .

(n) “deposit-taking institution” means

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

. . . .

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

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

. . . .

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

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

. . . .

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

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

. . . .

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

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

[Information provided by consumer]

12(1) The holder of a restricted certificate

n) « institution de dépôt » Selon le cas,

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

. . . .

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

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

. . . .

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

- a) une institution de dépôt,

. . . .

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

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

. . . .

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

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

[TRANSDUCTION]

[Information fournie par le consommateur]

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

- (a) may not use personal information given by a person buying insurance unless it is used for the purpose for which it is given and the person signs a consent that meets the requirements of subsection (2), and
- (b) may not release the information described in clause (a) to someone who is not an employee of the holder unless the person signs a consent that meets the requirements of subsection (3).

. . .

[Insurance application]

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

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

[Disclosure]

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

- (a) provide to a person buying insurance
 - (i) a summary of the terms, including limitations and restrictions, of the insurance offered, and
 - (ii) a summary of the circumstances under which the insurance commences or terminates and the procedures to follow in making a claim,

and

- (b) notify a person buying insurance that the policy will be sent to the person, or in the case of a contract of group insurance, a certificate will be sent to the person.
- (2)** A holder of a restricted certificate who is marketing credit-related insurance, at the time of application for insurance coverage

- (a) must provide to a person buying insurance

- a) d'utiliser des renseignements personnels fournis par une personne qui achète une assurance, si ce n'est pour les besoins auxquels les renseignements sont fournis et si la personne signe un consentement conforme aux exigences du paragraphe (2);
- b) de communiquer les renseignements visés à l'alinéa (a) à un tiers qui n'est pas son employé à moins que la personne qui achète une assurance ne signe un consentement conforme aux exigences du paragraphe (3).

. . .

[Demande d'assurance]

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

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

[Information et notification]

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

- a) lui fournit
 - (i) un résumé des modalités de l'assurance proposée, y compris les limites et les restrictions;
 - (ii) un résumé des modalités régissant l'entrée en vigueur et la cessation de l'assurance et la procédure à suivre pour présenter une demande d'indemnité;

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

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

- a) fournit à la personne qui achète une assurance

- (i) a statement that sets out the right to rescind the insurance contract and obtain a full refund of the premium pursuant to section 18, and
- (ii) a statement that the duration of the insurance is less than the term of the amortization period of any related loan, or that the amount of the insurance is less than the indebtedness, if that is the case,

and

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

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

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

[Loan offers]

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

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

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

[Information certificate]

17 A holder of a restricted certificate must

- (i) une déclaration faisant état du droit de celle-ci de résilier le contrat d'assurance et d'obtenir le remboursement intégral de la prime conformément à l'article 18,
- (ii) une déclaration indiquant, si tel est le cas, que la durée de l'assurance est plus courte que la période d'amortissement de tout prêt connexe, ou que le montant de l'assurance est inférieur à l'endettement,

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

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

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

[Offres de prêt]

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

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

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

[Attestation de la communication de l'information]

17 Le titulaire d'un certificat restreint s'assure

- (a) ensure that purchasers or potential purchasers of insurance are informed that they are contracting or considering contracting with an insurer and not with the holder, and
- (b) ensure that written documentation is provided to the purchaser of insurance evidencing the insurance and setting out the information required to be disclosed by clause (a) and section 15(1)(b) within 30 days of the insurance coming into force.

[Right of rescission]

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

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

Appeal dismissed with costs.

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

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

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

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

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

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

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

- a) que les acheteurs ou les acheteurs éventuels d'une assurance sont informés qu'ils achètent ou envisagent d'acheter une assurance d'un assureur et non du titulaire;
- b) que l'acheteur d'une assurance obtient, dans les trente (30) jours de l'entrée en vigueur de l'assurance, les documents attestant la couverture d'assurance et faisant état des renseignements dont la communication est exigée à l'alinéa a) et à l'alinéa 15(1)b).

[Droit de résiliation]

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

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

Pourvoi rejeté avec dépens.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Adil Charkaoui *Appellant*

v.

**Minister of Citizenship and Immigration and
Minister of Public Safety and Emergency
Preparedness** *Respondents*

and

Attorney General of Ontario, Amnesty International, British Columbia Civil Liberties Association, Canadian Bar Association, Canadian Civil Liberties Association, Canadian Council for Refugees, African Canadian Legal Clinic, International Civil Liberties Monitoring Group, National Anti-Racism Council of Canada, Canadian Arab Federation, Canadian Council on American-Islamic Relations, Canadian Muslim Civil Liberties Association, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Federation of Law Societies of Canada, University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic, and Human Rights Watch *Interveners*

- and -

Hassan Almrei *Appellant*

v.

**Minister of Citizenship and Immigration and
Minister of Public Safety and Emergency
Preparedness** *Respondents*

and

Attorney General of Ontario, Amnesty International, British Columbia Civil Liberties Association, Canadian Bar Association, Canadian Civil Liberties Association, Canadian Council for Refugees,

**Please see in particular paras. 69, 76
and 86**

c.

Ministre de la Citoyenneté et de
l'Immigration et ministre de la Sécurité
publique et de la Protection civile *Intimés*

et

Procureur général de l'Ontario, Amnistie internationale, British Columbia Civil Liberties Association, Association du Barreau canadien, Association canadienne des libertés civiles, Conseil canadien pour les réfugiés, African Canadian Legal Clinic, Coalition pour la surveillance internationale des libertés civiles, National Anti-Racism Council of Canada, Fédération canado-arabe, Canadian Council on American-Islamic Relations, Canadian Muslim Civil Liberties Association, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada, University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic et Human Rights Watch *Intervenants*

- et -

Hassan Almrei *Appellant*

c.

Ministre de la Citoyenneté et de
l'Immigration et ministre de la Sécurité
publique et de la Protection civile *Intimés*

et

Procureur général de l'Ontario, Amnistie internationale, British Columbia Civil Liberties Association, Association du Barreau canadien, Association canadienne des libertés civiles, Conseil canadien pour les réfugiés,

African Canadian Legal Clinic, International Civil Liberties Monitoring Group, National Anti-Racism Council of Canada, Canadian Council on American-Islamic Relations, Canadian Muslim Civil Liberties Association, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Federation of Law Societies of Canada, University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic, and Human Rights Watch *Interveners*

- and -

Mohamed Harkat *Appellant*

v.

Minister of Citizenship and Immigration, Minister of Public Safety and Emergency Preparedness, and Attorney General of Canada *Respondents*

and

Attorney General of Ontario, Amnesty International, British Columbia Civil Liberties Association, Canadian Bar Association, Canadian Civil Liberties Association, Canadian Council for Refugees, African Canadian Legal Clinic, International Civil Liberties Monitoring Group, National Anti-Racism Council of Canada, Canadian Council on American-Islamic Relations, Canadian Muslim Civil Liberties Association, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Federation of Law Societies of Canada, University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic, and Human Rights Watch *Interveners*

INDEXED AS: **CHARKAOUI v. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)**

African Canadian Legal Clinic, Coalition pour la surveillance internationale des libertés civiles, National Anti-Racism Council of Canada, Canadian Council on American-Islamic Relations, Canadian Muslim Civil Liberties Association, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada, University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic et Human Rights Watch *Intervenants*

- et -

Mohamed Harkat *Appelant*

c.

Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile et procureur général du Canada *Intimés*

et

Procureur général de l'Ontario, Amnistie internationale, British Columbia Civil Liberties Association, Association du Barreau canadien, Association canadienne des libertés civiles, Conseil canadien pour les réfugiés, African Canadian Legal Clinic, Coalition pour la surveillance internationale des libertés civiles, National Anti-Racism Council of Canada, Canadian Council on American-Islamic Relations, Canadian Muslim Civil Liberties Association, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada, University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic et Human Rights Watch *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : **CHARKAOUI c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)**

Neutral citation: 2007 SCC 9.

File Nos.: 30762, 30929, 31178.

2006: June 13, 14, 15; 2007: February 23.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF
APPEAL

Constitutional law — Charter of Rights — Right to life, liberty and security of person — Fundamental justice — Fair hearing — Immigration — Removal — Permanent resident and foreign nationals detained following issuance of certificates stating that they are inadmissible to Canada on grounds of security — Judge reviewing reasonableness of certificate must ensure confidentiality of information on which certificate is based if disclosure would be injurious to national security — Named persons in certificates denied opportunity to know case put against them — Whether named persons deprived of their right to life, liberty and security of person in accordance with principles of fundamental justice — If not, whether limit imposed on named persons' constitutional right justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7.

Constitutional law — Charter of Rights — Arbitrary detention — Right to prompt review of detention — Immigration — Removal — Detention of foreign nationals automatic upon issuance of certificate stating they are inadmissible to Canada on grounds of security — Whether detention without warrant or lack of review of detention until 120 days after reasonableness of certificate judicially confirmed infringes guarantee against arbitrary detention — If so, whether infringement justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 9, 10(c).

Constitutional law — Charter of Rights — Cruel and unusual treatment — Fundamental justice — Immigration — Extended period of detention pending removal — Permanent resident and foreign nationals detained following issuance of certificates stating that they are inadmissible to Canada on grounds of security — Immigration legislation permitting lengthy and indeterminate detention or lengthy periods subject to onerous release conditions — Whether legislation constitutes cruel and

Référence neutre : 2007 CSC 9.

N^{os} du greffe : 30762, 30929, 31178.

2006 : 13, 14, 15 juin; 2007 : 23 février.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Justice fondamentale — Audition équitable — Immigration — Renvoi — Résident permanent et étrangers détenus à la suite de la délivrance de certificats attestant qu'ils sont interdits de territoire au Canada pour raison de sécurité — Juge saisi de l'examen du caractère raisonnable du certificat tenu de garantir la confidentialité des renseignements justifiant le certificat dont la divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale — Personnes désignées dans les certificats privées de la possibilité de connaître la preuve pesant contre elles — L'atteinte portée au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité des personnes désignées est-elle conforme aux principes de justice fondamentale? — Si non, l'atteinte au droit constitutionnel des personnes désignées est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Détention arbitraire — Droit de faire contrôler promptement la légalité de la détention — Immigration — Renvoi — Détention automatique des étrangers dès la délivrance d'un certificat attestant qu'ils sont interdits de territoire au Canada pour raison de sécurité — La mise en détention sans mandat ou l'absence de contrôle de la détention pendant 120 jours suivant la confirmation judiciaire du caractère raisonnable du certificat violent-elles le droit à la protection contre la détention arbitraire? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 9, 10(c).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Traitement cruel et inusité — Justice fondamentale — Immigration — Période de détention prolongée en attente du renvoi — Résident permanent et étrangers détenus à la suite de la délivrance de certificats attestant qu'ils sont interdits de territoire au Canada pour raison de sécurité — Loi sur l'immigration permettant la détention prolongée ou pour une durée indéterminée et l'assujettissement à de sévères conditions de mise en liberté pendant une

unusual treatment or is inconsistent with principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 12.

Constitutional law — Charter of Rights — Right to equality — Immigration — Removal — Whether deportation scheme applicable only to non-citizens infringes equality rights — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1).

Constitutional law — Rule of law — Immigration — Removal — Permanent resident and foreign nationals detained following issuance of certificates stating that they are inadmissible to Canada on grounds of security — Judge's determination on reasonableness of certificate final — Whether unavailability of appeal infringes rule of law — Whether rule of law prohibits automatic detention or detention on basis of executive decision.

Immigration law — Inadmissibility and removal — Permanent resident and foreign nationals detained following issuance of certificates stating that they are inadmissible to Canada on grounds of security — Whether scheme under which certificates issued and detentions ordered constitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 9, 10(c), 12, 15 — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 33, 77 to 85.

The *Immigration and Refugee Protection Act* (“IRPA”) allows the Minister of Citizenship and Immigration and the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness to issue a certificate declaring that a foreign national or permanent resident is inadmissible to Canada on grounds of security, among others (s. 77), and leading to the detention of the person named in the certificate. The certificate and the detention are both subject to review by a judge of the Federal Court, in a process that may deprive the person of some or all of the information on the basis of which the certificate was issued or the detention ordered (s. 78). Once a certificate is issued, a permanent resident may be detained, and the detention must be reviewed within 48 hours; in the case of a foreign national, the detention is automatic and that person cannot apply for review until 120 days after a judge determines the certificate to be reasonable (ss. 82-84). The judge's determination on the reasonableness of the certificate cannot be appealed or judicially reviewed (s. 80(3)). If the judge finds the certificate to be reasonable, it becomes a removal order, which cannot be appealed and which may be immediately enforced (s. 81).

longue période — La loi impose-t-elle un traitement cruel et inusité ou est-elle incompatible avec les principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 12.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'égalité — Immigration — Renvoi — Un régime d'expulsion applicable seulement aux non-citoyens porte-t-il atteinte aux droits à l'égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1).

Droit constitutionnel — Primauté du droit — Immigration — Renvoi — Résident permanent et étrangers détenus à la suite de la délivrance de certificats attestant qu'ils sont interdits de territoire au Canada pour raison de sécurité — Décision du juge sur le caractère raisonnable du certificat définitive — L'absence de droit d'appel est-elle contraire à la primauté du droit? — La primauté du droit interdit-elle la détention automatique ou la détention fondée sur une décision de l'exécutif?

Droit de l'immigration — Interdiction de territoire et renvoi — Résident permanent et étrangers détenus à la suite de la délivrance de certificats attestant qu'ils sont interdits de territoire au Canada pour raison de sécurité — Le régime régissant la délivrance de certificats et la détention est-il constitutionnel? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 9, 10(c), 12, 15 — Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 33, 77 à 85.

La *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* («*LIPR*») permet au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et au ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile de délivrer un certificat attestant qu'un étranger ou un résident permanent est interdit de territoire au Canada, notamment pour raison de sécurité (art. 77), et entraînant la détention de la personne désignée dans le certificat. Le certificat et la détention sont assujettis au contrôle d'un juge de la Cour fédérale, effectué selon des règles qui peuvent priver la personne de l'accès à la totalité ou à une partie des renseignements sur la foi desquels le certificat a été délivré ou sa détention ordonnée (art. 78). Après la délivrance du certificat, un résident permanent peut être mis en détention, et sa détention doit être contrôlée dans un délai de 48 heures; dans le cas d'un étranger, la détention est automatique et une demande de contrôle ne peut être présentée que 120 jours après la confirmation par un juge du caractère raisonnable du certificat (art. 82-84). La décision du juge sur le caractère raisonnable du certificat n'est pas susceptible d'appel ou de contrôle judiciaire (par. 80(3)). Le certificat considéré raisonnable par le juge devient une mesure de renvoi, qui est sans appel et peut être exécutée immédiatement (art. 81).

Certificates of inadmissibility have been issued by the Ministers against the appellants C, H and A. While C is a permanent resident, H and A are foreign nationals who had been recognized as Convention refugees. All were living in Canada when they were arrested and detained on the basis of allegations that they constituted a threat to the security of Canada by reason of involvement in terrorist activities. C and H were released on conditions in 2005 and 2006 respectively, but A remains in detention. Both the Federal Court and the Federal Court of Appeal upheld the constitutional validity of the *IRPA*'s certificate scheme.

Held: The appeals should be allowed.

- (1) *Procedure for determining reasonableness of certificate and for review of detention*

The procedure under the *IRPA* for determining whether a certificate is reasonable and the detention review procedures infringe s. 7 of the *Charter*. While the deportation of a non-citizen in the immigration context may not in itself engage s. 7, features associated with deportation may do so. Here, s. 7 is clearly engaged because the person named in a certificate faces detention pending the outcome of the proceedings and because the process may lead to the person's removal to a place where his or her life or freedom would be threatened. Further, the *IRPA*'s impairment of the named person's right to life, liberty and security is not in accordance with the principles of fundamental justice. The procedure for determining whether a certificate is reasonable and the detention review procedure fail to assure the fair hearing that s. 7 requires before the state deprives a person of this right. [13-14] [17-18] [65]

The right to a fair hearing comprises the right to a hearing before an independent and impartial magistrate who must decide on the facts and the law, the right to know the case put against one, and the right to answer that case. While the *IRPA* procedures properly reflect the exigencies of the security context, security concerns cannot be used, at the s. 7 stage of the analysis, to excuse procedures that do not conform to fundamental justice. Here, the *IRPA* scheme includes a hearing and meets the requirement of independence and impartiality, but the secrecy required by the scheme denies the person named in a certificate the opportunity to know the case put against him or her, and hence to challenge the government's case. This, in turn, undermines the judge's ability to come to a decision based on all the relevant facts and law. The judges of the Federal Court,

Les ministres ont délivré des certificats d'interdiction de territoire contre les appelants C, H et A. C est un résident permanent, tandis que H et A sont des étrangers qui ont obtenu le statut de réfugié au sens de la Convention. Ils vivaient tous au Canada au moment de leur arrestation et de leur mise en détention sur le fondement d'allégations selon lesquelles ils constituaient une menace pour la sécurité du Canada en raison de leur participation à des activités terroristes. C et H ont été libérés sous conditions en 2005 et 2006 respectivement, mais A demeure détenu. La Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale ont confirmé la validité constitutionnelle du régime de certificats établi par la *LIPR*.

Arrêt : Les pourvois sont accueillis.

- (1) *Les procédures d'examen du caractère raisonnable d'un certificat et de contrôle de la détention*

Les procédures d'examen du caractère raisonnable d'un certificat et de contrôle de la détention établies par la *LIPR* contreviennent à l'art. 7 de la *Charte*. Bien que l'expulsion d'un non-citoyen dans le contexte de l'immigration n'enclenche peut-être pas en soi l'application de l'art. 7, certains éléments rattachés à l'expulsion pourraient l'enclencher. En l'espèce, il est clair que l'art. 7 trouve application, parce que la personne désignée dans un certificat peut être mise en détention jusqu'à l'issue de la procédure et parce que le processus peut entraîner son renvoi vers une destination où sa vie ou sa liberté seraient menacées. De plus, l'atteinte portée par la *LIPR* au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne désignée n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale. Les procédures d'examen du caractère raisonnable d'un certificat et de contrôle de la détention ne garantissent pas l'audition équitable requise par l'art. 7 lorsque l'État porte atteinte à ce droit. [13-14] [17-18] [65]

Le droit à une audition équitable comprend le droit à une audition devant un magistrat indépendant et impartial, qui rend une décision fondée sur les faits et sur le droit, le droit de chacun de connaître la preuve produite contre lui et le droit d'y répondre. Bien que les procédures établies par la *LIPR* tiennent compte, à bon droit, des exigences propres au contexte de la sécurité, les questions de sécurité ne peuvent servir à légitimer, à l'étape de l'analyse fondée sur l'art. 7, une procédure non conforme à la justice fondamentale. En l'occurrence, le régime établi par la *LIPR* inclut une audition et satisfait à l'exigence de l'indépendance et de l'impartialité du juge, mais le secret requis par le régime empêche la personne désignée de savoir ce qui lui est reproché et, partant, de contester la thèse du gouvernement. Ce qui a ensuite pour effet de miner la capacité du juge

who are required under the *IRPA* to conduct a searching examination of the reasonableness of the certificate, in an independent and judicial fashion and on the material placed before them, do not possess the full and independent powers to gather evidence that exist in an inquisitorial process. At the same time, the person named in a certificate is not given the disclosure and the right to participate in the proceedings that characterize the adversarial process. The result is a concern that the judge, despite his or her best efforts to get all the relevant evidence, may be obliged, perhaps unknowingly, to make the required decision based on only part of the relevant evidence. Similar concerns arise with respect to the requirement that the decision be based on the law. Without knowledge of the information put against him or her, the person named in a certificate may not be in a position to raise legal objections relating to the evidence, or to develop legal arguments based on the evidence. If s. 7 is to be satisfied, either the person must be given the necessary information, or a substantial substitute for that information must be found. The *IRPA* provides neither. [23] [27-31] [38] [45] [50-52] [61] [65]

The infringement of s. 7 is not saved by s. 1 of the *Charter*. While the protection of Canada's national security and related intelligence sources constitutes a pressing and substantial objective, and the non-disclosure of evidence at certificate hearings is rationally connected to this objective, the *IRPA* does not minimally impair the rights of persons named in certificates. Less intrusive alternatives developed in Canada and abroad, notably the use of special counsel to act on behalf of the named persons, illustrate that the government can do more to protect the individual while keeping critical information confidential than it has done in the *IRPA*. [66] [68] [70] [73] [85] [87]

(2) *Detention of foreign nationals*

The detention of foreign nationals without warrant does not infringe the guarantee against arbitrary detention in s. 9 of the *Charter*. The triggering event for the detention of a foreign national is the signing under s. 77 of the *IRPA* of a certificate stating that the foreign national is inadmissible on grounds of security, violation of human or international rights, serious criminality or organized criminality. The security ground is based on the danger posed by the named person, and

de rendre une décision fondée sur l'ensemble des faits et du droit pertinents. Les juges de la Cour fédérale, qui sont tenus par la *LIPR* de procéder à un examen rigoureux du caractère raisonnable du certificat, de façon indépendante et judiciaire et à partir des renseignements dont ils disposent, ne sont pas investis de tous les pouvoirs indépendants de colliger les éléments de preuve que leur conférerait un processus inquisitoire. Par contre, la personne désignée dans le certificat ne bénéficie ni de la divulgation de la preuve ni du droit de participer à la procédure qui caractérisent un processus contradictoire. En conséquence, on craint que le juge, en dépit des efforts qu'il déploie pour obtenir toute la preuve pertinente, soit obligé — peut-être sans le savoir — de rendre sa décision sur le fondement d'une partie seulement de la preuve pertinente. Des problèmes semblables se posent quant au respect de l'exigence voulant que la décision soit fondée sur le droit. Ne sachant pas ce qui lui est reproché, il se peut que la personne désignée dans le certificat ne soit pas en mesure de soulever une objection juridique contre un élément de preuve ou de faire valoir des arguments de droit fondés sur la preuve. Pour respecter l'art. 7, il faut soit communiquer les renseignements nécessaires à l'intéressé, soit trouver une autre façon de l'informer pour l'essentiel. La *LIPR* ne prévoit ni l'un ni l'autre. [23] [27-31] [38] [45] [50-52] [61] [65]

La contravention à l'art. 7 n'est pas validée par application de l'article premier de la *Charte*. Bien que la protection de la sécurité nationale du Canada et des sources en matière de renseignement constitue un objectif urgent et réel et que la non-communication d'éléments de preuve dans le cadre d'une audition sur un certificat ait un lien rationnel avec cet objectif, la *LIPR* ne porte pas le moins possible atteinte aux droits des personnes désignées dans un certificat. Les solutions moins attentatoires conçues au Canada et à l'étranger, notamment le recours à un avocat spécial pour représenter les personnes désignées, démontrent que le législateur peut faire mieux qu'il ne l'a fait dans la *LIPR* pour protéger les individus tout en préservant la confidentialité des renseignements sensibles. [66] [68] [70] [73] [85] [87]

(2) *Détention des étrangers*

La détention sans mandat des étrangers ne viole pas les droits à la protection contre la détention arbitraire garanti à l'art. 9 de la *Charte*. L'événement à l'origine de la détention d'un étranger est la signature, en vertu de l'art. 77 de la *LIPR*, du certificat attestant que cet étranger est interdit de territoire pour raison de sécurité, pour atteinte aux droits humains ou internationaux, grande criminalité ou criminalité organisée. Le motif de la sécurité est basé sur le danger que

therefore provides a rational foundation for the detention. However, the lack of review of the detention of foreign nationals until 120 days after the reasonableness of the certificate has been judicially confirmed (s. 84(2)) infringes the guarantee against arbitrary detention in s. 9 of the *Charter*, which encompasses the right to prompt review of detention under s. 10(c) of the *Charter*. While there may be a need for some flexibility regarding the period for which a suspected terrorist may be detained, this cannot justify the complete denial of a timely detention review. [88-89] [91] [93]

The infringement of ss. 9 and 10(c) is not justified under s. 1 of the *Charter*. The *IRPA* provides permanent residents who pose a danger to national security with a mandatory detention review within 48 hours. It follows that denial of review for foreign nationals for 120 days after the certificate is confirmed does not minimally impair the rights guaranteed by ss. 9 and 10(c). [93-94]

(3) *Extended periods of detention*

While the s. 12 guarantee against cruel and unusual treatment cannot be used as a mechanism to challenge the overall fairness of a particular legislative regime, indefinite detention without hope of release or recourse to a legal process to procure release may cause psychological stress and therefore constitute cruel and unusual treatment. The *IRPA* in principle imposes detention only pending deportation, but it may in fact permit lengthy and indeterminate detention, or lengthy periods of detention subject to onerous release conditions. The principles of fundamental justice and the guarantee of freedom from cruel and unusual treatment require that, where a person is detained or is subject to onerous conditions of release for an extended period under immigration law, the detention or the conditions must be accompanied by a meaningful process of ongoing review that takes into account the context and circumstances of the individual case. The person must be accorded meaningful opportunities to challenge his or her continued detention or the conditions of his or her release. [97-98] [105] [107]

Extended periods of detention pending deportation under the certificate provisions of the *IRPA* do not violate ss. 7 and 12 of the *Charter* if accompanied by a process that provides regular opportunities for review

représente la personne désignée, et constitue un fondement rationnel pour la détention. Toutefois, l'absence de contrôle de la détention des étrangers avant que ne se soient écoulés 120 jours après la confirmation judiciaire du caractère raisonnable du certificat (par. 84(2)) porte atteinte à la protection contre la détention arbitraire garantie par l'art. 9 de la *Charte*, qui comprend le droit de faire contrôler promptement la légalité de la détention garanti par l'al. 10(c) de la *Charte*. Certes, une certaine souplesse peut être nécessaire quant à la durée de la détention d'une personne soupçonnée de terrorisme, mais cela ne saurait justifier l'absence totale de possibilité de faire contrôler promptement la détention. [88-89] [91] [93]

La contravention à l'art. 9 et à l'al. 10(c) n'est pas justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*. La *LIPR* assure aux résidents permanents qui posent un danger pour la sécurité nationale le contrôle obligatoire de leur détention dans un délai de 48 heures. Par conséquent, empêcher le contrôle de la détention des étrangers durant les 120 jours qui suivent la confirmation du certificat ne porte pas le moins possible atteinte aux droits que garantissent aux étrangers l'art. 9 et l'al. 10(c). [93-94]

(3) *Détention prolongée*

Bien que la garantie de l'art. 12 contre tout traitement cruel et inusité ne soit pas un mécanisme pouvant servir à contester globalement le caractère équitable d'un régime législatif particulier, la détention d'une durée indéterminée sans espoir d'être libéré, ni aucune voie de droit pour obtenir une mise en liberté, peut causer un stress psychologique et constituer de ce fait un traitement cruel et inusité. La *LIPR* n'impose en principe la détention qu'en attendant l'expulsion, mais elle peut en fait permettre une détention prolongée ou pour une durée indéterminée, ou l'assujettissement à de sévères conditions de mise en liberté pendant une longue période. Les principes de justice fondamentale et le droit à la protection contre tous traitements cruels ou inusités exigent que la détention d'une personne ou son assujettissement à de sévères conditions de mise en liberté pendant une longue période, en vertu du droit de l'immigration, soient assortis d'un processus valable de contrôle continu qui tienne compte du contexte et des circonstances propres à chaque cas. Chacun doit avoir la possibilité réelle de contester son maintien en détention ou ses conditions de mise en liberté. [97-98] [105] [107]

Les longues périodes de détention en attente de l'expulsion permises par les dispositions de la *LIPR* régissant les certificats ne contreviennent pas aux art. 7 et 12 de la *Charte* lorsqu'elles sont assorties d'un processus

of detention, taking into account all of the relevant factors, including the reasons for detention, the length of the detention, the reasons for the delay in deportation, the anticipated future length of detention, if applicable, and the availability of alternatives to detention. However, this does not preclude the possibility of a judge concluding at a certain point that a particular detention constitutes cruel and unusual treatment or is inconsistent with the principles of fundamental justice. [110-116] [123]

(4) *Differential treatment of citizens and non-citizens*

Since s. 6 of the *Charter* specifically provides for differential treatment of citizens and non-citizens in deportation matters, a deportation scheme that applies to non-citizens, but not to citizens, does not for that reason alone infringe s. 15 of the *Charter*. Even though the detention of some of the appellants has been long, the record does not establish that the detentions at issue have become unhinged from the state's purpose of deportation. [129] [131]

(5) *Rule of law*

The rule of law is not infringed by (1) the unavailability of an appeal of the designated judge's review of the reasonableness of the certificate; or (2) the provision for the issuance of an arrest warrant by the executive in the case of a permanent resident, or for mandatory arrest without a warrant following an executive decision in the case of a foreign national. First, there is no constitutional right to an appeal, nor can such a right be said to flow from the rule of law in the present context. Second, the rule of law does not categorically prohibit automatic detention, or detention on the basis of an executive decision, and the constitutional protections surrounding arrest and detention are set out in the *Charter*. [133] [136-137]

(6) *Remedy*

The *IRPA*'s procedure for the judicial approval of certificates is inconsistent with the *Charter*, and hence of no force or effect. This declaration is suspended for one year from the date of this judgment. If the government chooses to have the reasonableness of C's certificate determined during the one-year suspension period, the existing process under the *IRPA* will apply. After that period, H and A's certificates will lose their "reasonable" status and it will be open to them to apply to have the certificates quashed. Likewise, any certificates or detention reviews occurring after

qui offre la possibilité de faire contrôler régulièrement la détention en fonction de tous les facteurs pertinents, y compris les motifs de la détention, le temps passé en détention, les raisons qui retardent l'expulsion, la durée anticipée du prolongement de la détention, le cas échéant, et l'existence de solutions de rechange à la détention. Cela n'écarte toutefois pas la possibilité que, dans un cas particulier, un juge arrive à la conclusion que la détention constitue un traitement cruel et inusité ou est incompatible avec les principes de justice fondamentale. [110-116] [123]

(4) *Traitement différent des citoyens et des non-citoyens*

Comme l'art. 6 de la *Charte* prévoit expressément un traitement différent pour les citoyens et les non-citoyens en matière d'expulsion, un régime d'expulsion qui s'applique uniquement aux non-citoyens, à l'exclusion des citoyens, n'est pas de ce seul fait contraire à l'art. 15 de la *Charte*. En dépit de la longue détention de certains des appelants le dossier n'établit pas l'absence de lien entre les détentions en cause et l'objectif de l'État d'expulser les intéressés. [129] [131]

(5) *La primauté du droit*

Ni (1) l'absence d'un droit d'appel de la conclusion du juge désigné portant que le certificat est raisonnable, ni (2) les dispositions qui permettent au pouvoir exécutif de lancer un mandat d'arrestation, dans le cas d'un résident permanent, ou prévoient l'arrestation obligatoire sans mandat à la suite d'une décision du pouvoir exécutif, dans le cas d'un étranger, ne sont incompatibles avec la primauté du droit. Premièrement, le droit d'appel n'est pas garanti par la Constitution et on ne peut affirmer que ce droit découle de la primauté du droit dans le présent contexte. Deuxièmement, la primauté du droit n'interdit pas catégoriquement la détention automatique, ni la détention ordonnée par l'exécutif, et les protections constitutionnelles en cas d'arrestation et de détention sont énoncées dans la *Charte*. [133] [136-137]

(6) *Réparation*

La procédure de confirmation judiciaire des certificats établie par la *LIPR* est incompatible avec la *Charte* et, de ce fait, inopérante. L'effet de la présente déclaration est suspendu pour un an à compter de la date du présent jugement. Si le gouvernement décide de faire examiner le caractère raisonnable du certificat visant C pendant cette période, la procédure existante prévue par la *LIPR* s'appliquera. Après ce délai, les certificats visant H et A perdront le caractère « raisonnable » qui leur a été reconnu et ils pourront en demander l'annulation. De même, l'examen d'un certificat et le contrôle de la

the one-year delay will be subject to the new process devised by Parliament. Further, s. 84(2), which denies a prompt hearing to foreign nationals by imposing a 120-day embargo, after confirmation of the certificate, on applications for release, is struck, and s. 83 is modified so as to allow for review of the detention of a foreign national both before and after the certificate has been deemed reasonable. [139-141]

Cases Cited

Referred to: *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1; *Jaballah (Re)* (2006), 148 C.R.R. (2d) 1, 2006 FC 1230; *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 S.C.R. 539, 2005 SCC 51; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711; *United States of America v. Ferras*, [2006] 2 S.C.R. 77, 2006 SCC 33; *R. v. Rodgers*, [2006] 1 S.C.R. 554, 2006 SCC 15; *Idziak v. Canada (Minister of Justice)*, [1992] 3 S.C.R. 631; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, [2001] 2 S.C.R. 281, 2001 SCC 41; *R. v. Malmo-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74; *Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 S.C.R. 1053; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 248, 2004 SCC 42; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *Jaballah, Re* (2004), 247 F.T.R. 68, 2004 FC 299; *Charkaoui (Re)*, [2005] 3 F.C.R. 389, 2005 FC 248; *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 S.C.R. 100, 2005 SCC 40; *R. v. Taubler* (1987), 20 O.A.C. 64; *R. v. Turlon* (1989), 49 C.C.C. (3d) 186; *Provincial Court Judges' Assn. of New Brunswick v. New Brunswick (Minister of Justice)*, [2005] 2 S.C.R. 286, 2005 SCC 44; *Goodis v. Ontario (Ministry of Correctional Services)*, [2006] 2 S.C.R. 32, 2006 SCC 31; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3, 2002 SCC 75; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Malik*, [2005] B.C.J. No. 521 (QL), 2005 BCSC 350; *Eur. Court H.R., Chahal v. United Kingdom*, judgment of 15 November 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-V; *M. v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] 2 All E.R. 863,

détention effectués après l'expiration de cette période de un an seront assujettis au nouveau processus conçu par le législateur. De plus, le par. 84(2), qui nie aux étrangers détenus le droit à une audition dans un bref délai, en interdisant toute demande de mise en liberté pendant une période de 120 jours suivant la confirmation du certificat, est radié et l'art. 83 est modifié pour permettre le contrôle de la détention d'un étranger tant avant qu'après qu'il soit statué sur le caractère raisonnable du certificat. [139-141]

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1; *Jaballah (Re)*, [2006] A.C.F. n° 1706 (QL), 2006 CF 1230; *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 539, 2005 CSC 51; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711; *États-Unis d'Amérique c. Ferras*, [2006] 2 R.C.S. 77, 2006 CSC 33; *R. c. Rodgers*, [2006] 1 R.C.S. 554, 2006 CSC 15; *Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [2001] 2 R.C.S. 281, 2001 CSC 41; *R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74; *Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 R.C.S. 1053; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 248, 2004 CSC 42; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *Jaballah, Re* (2004), 247 F.T.R. 68, 2004 CF 299; *Charkaoui (Re)*, [2005] 3 R.C.F. 389, 2005 CF 248; *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 100, 2005 CSC 40; *R. c. Taubler* (1987), 20 O.A.C. 64; *R. c. Turlon* (1989), 49 C.C.C. (3d) 186; *Assoc. des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick c. Nouveau-Brunswick (Ministre de la Justice)*, [2005] 2 R.C.S. 286, 2005 CSC 44; *Goodis c. Ontario (Ministère des Services correctionnels)*, [2006] 2 R.C.S. 32, 2006 CSC 31; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3, 2002 CSC 75; *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Malik*, [2005] B.C.J. No. 521 (QL), 2005 BCSC 350; *Cour eur. D.H., Chahal c. Royaume-Uni*, arrêt du 15 novembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V; *M. c. Secretary*

[2004] EWCA Civ 324, aff'g [2004] UKSIAC 17/2002 (BAILII), March 8, 2004; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004); *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678 (2001); *Slivenko v. Latvia* [GC], No. 48321/99, ECHR 2003-X; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. Wiles*, [2005] 3 S.C.R. 895, 2005 SCC 84; *Sahin v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] 1 F.C. 214; Eur. Court H.R., *Soering* case, judgment of 7 July 1989, Series A, No. 161; *Charkaoui (Re)*, [2004] 1 F.C.R. 528, 2003 FC 882; *Ahani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 24 Admin. L.R. (3d) 171; *Harkat v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 1 F.C.R. 321, 2006 FC 628; *Almrei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 270 F.T.R. 1, 2005 FC 1645; *R. v. Governor of Durham Prison, ex parte Singh*, [1984] 1 All E.R. 983; *A. v. Secretary of State for the Home Department*, [2005] 3 All E.R. 169, [2004] UKHL 56; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, [2005] 2 S.C.R. 473, 2005 SCC 49; *Kourtessis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53; *Zündel, Re* (2004), 331 N.R. 180, 2004 FCA 394.

Statutes and Regulations Cited

Anti-terrorism Act, S.C. 2001, c. 41.
Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001 (U.K.), 2001, c. 24, s. 23.
Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, ss. 37 to 39, 38.01, 38.02, 38.04.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 6(1), 7, 9, 10(c), 11(d), 12, 15, 24(1).
Canadian Security Intelligence Service Act, S.C. 1984, c. 21 (later R.S.C. 1985, c. C-23).
Constitution Act, 1867, s. 96.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 487.055, 503(1).
Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 4.
Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2 (formerly *Immigration Act, 1976*, S.C. 1976-77, c. 52), ss. 39(2), (6), (9), (10), 40(1), 40.1.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 33, 55 to 58, 77 to 85, 112, 115.
Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227, r. 248.
Special Immigration Appeals Commission Act 1997 (U.K.), 1997, c. 68, s. 6(1), (4).
Special Immigration Appeals Commission (Procedure) Rules 2003, S.I. 2003/1034, rr. 35, 36, 38.

of State for the Home Department, [2004] 2 All E.R. 863, [2004] EWCA Civ 324, conf. [2004] UKSIAC 17/2002 (BAILII), 8 mars 2004; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *Rasul c. Bush*, 542 U.S. 466 (2004); *Zadvydas c. Davis*, 533 U.S. 678 (2001); *Slivenko c. Lettonie* [GC], n° 48321/99, CEDH 2003-X; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. c. Wiles*, [2005] 3 R.C.S. 895, 2005 CSC 84; *Sahin c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] 1 C.F. 214; Cour eur. D.H., affaire *Soering*, arrêt du 7 juillet 1989, série A, n° 161; *Charkaoui (Re)*, [2004] 1 R.C.F. 528, 2003 CF 882; *Ahani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] A.C.F. n° 1114 (QL); *Harkat c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2007] 1 R.C.F. 321, 2006 CF 628; *Almrei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] A.C.F. n° 1994 (QL), 2005 CF 1645; *R. c. Governor of Durham Prison, ex parte Singh*, [1984] 1 All E.R. 983; *A. c. Secretary of State for the Home Department*, [2005] 3 All E.R. 169, [2004] UKHL 56; *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, [2005] 2 R.C.S. 473, 2005 CSC 49; *Kourtessis c. M.R.N.*, [1993] 2 R.C.S. 53; *Zündel, Re*, [2004] A.C.F. n° 1982 (QL), 2004 CAF 394.

Lois et règlements cités

Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001 (R.-U.), 2001, ch. 24, art. 23.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 6(1), 7, 9, 10(c), 11(d), 12, 15, 24(1).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 487.055, 503(1).
Loi antiterroriste, L.C. 2001, ch. 41.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 96.
Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2 (auparavant *Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, ch. 52), art. 39(2), (6), (9), (10), 40(1), 40.1.
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 33, 55 à 58, 77 à 85, 112, 115.
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 37 à 39, 38.01, 38.02, 38.04.
Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, S.C. 1984, ch. 21 (maintenant L.R.C. 1985, ch. C-23).
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 4.
Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, règle 248.
Special Immigration Appeals Commission Act 1997 (R.-U.), 1997, ch. 68, art. 6(1), (4).
Special Immigration Appeals Commission (Procedure) Rules 2003, S.I. 2003/1034, règles 35, 36, 38.

Treaties and Other International Instruments

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 213 U.N.T.S. 221, arts. 5, 14.

Authors Cited

- Canada. Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar. *A New Review Mechanism for the RCMP's National Security Activities*. Ottawa: The Commission, 2006.
- 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: The Commission, 2006.
- Canada. House of Commons. Standing Committee on Citizenship and Immigration, *Evidence*, 1st Sess., 37th Parl., April 26, 2001 (online: <http://cmte.parl.gc.ca/cmte/CommitteePublication.aspx?SourceID=54760>).
- Canada. Security Intelligence Review Committee. *Annual Report 1988-1989*. Ottawa: The Committee, 1989.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 1997 (updated 2006, release 1).
- Hugessen, James K. "Watching the Watchers: Democratic Oversight", in David Daubney et al., eds., *Terrorism, Law and Democracy: How is Canada changing following September 11?* Montréal: Thémis, 2002, 381.
- Rankin, Murray. "The Security Intelligence Review Committee: Reconciling National Security with Procedural Fairness" (1990), 3 *C.J.A.L.P.* 173.
- Roach, Kent. "Ten Ways to Improve Canadian Anti-Terrorism Law" (2006), 51 *Crim. L.Q.* 102.
- Stewart, Hamish. "Is Indefinite Detention of Terrorist Suspects Really Constitutional?" (2005), 54 *U.N.B.L.J.* 235.
- United Kingdom. House of Commons Constitutional Affairs Committee. *The operation of the Special Immigration Appeals Commission (SIAC) and the use of Special Advocates*, 7th Report, Sess. 2004-05, vol. 1. London: Stationery Office, 2005.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Richard C.J. and Décary and Létourneau J.J.A.), [2005] 2 F.C.R. 299, 247 D.L.R. (4th) 405, 328 N.R. 201, 126 C.R.R. (2d) 298, 42 Imm. L.R. (3d) 165, [2004] F.C.J. No. 2060 (QL), 2004 FCA 421, upholding a decision of Noël J., [2004] 3 F.C.R. 32, 253 F.T.R. 22, 38 Imm. L.R. (3d) 56, [2003] F.C.J. No. 1816 (QL), 2003 FC 1419, refusing to declare

Traité et autres instruments internationaux

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 213 R.T.N.U. 221, art. 5, 14.

Doctrine citée

- Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration, *Témoignages*, 1^{re} sess., 37^e lég., 26 avril 2001 (en ligne : <http://cmte.parl.gc.ca/cmte/CommitteePublication.aspx?COM=212&SourceId=54760&SwitchLanguage=1>).
- Canada. Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité. *Rapport annuel 1988-1989*. Ottawa : Le Comité, 1989.
- 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 : La Commission, 2006.
- Canada. Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar. *Un nouveau mécanisme d'examen des activités de la GRC en matière de sécurité nationale*. Ottawa : La Commission, 2006.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont. : Thomson/Carswell, 1997 (updated 2006, release 1).
- Hugessen, James K. « Watching the Watchers : Democratic Oversight », dans David Daubney et autres, dir., *Terrorisme, droit et démocratie : Comment le Canada a-t-il changé après le 11 septembre?* Montréal : Thémis, 2002, 381.
- Rankin, Murray. « The Security Intelligence Review Committee : Reconciling National Security with Procedural Fairness » (1990), 3 *C.J.A.L.P.* 173.
- Roach, Kent. « Ten Ways to Improve Canadian Anti-Terrorism Law » (2006), 51 *Crim. L.Q.* 102.
- Royaume-Uni. House of Commons Constitutional Affairs Committee. *The operation of the Special Immigration Appeals Commission (SIAC) and the use of Special Advocates*, 7th Report, Sess. 2004-05, vol. 1. London : Stationery Office, 2005.
- Stewart, Hamish. « Is Indefinite Detention of Terrorist Suspects Really Constitutional? » (2005), 54 *R.D. U.N.-B.* 235.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (le juge en chef Richard et les juges Décary et Létourneau), [2005] 2 R.C.F. 299, 247 D.L.R. (4th) 405, 328 N.R. 201, 126 C.R.R. (2d) 298, 42 Imm. L.R. (3d) 165, [2004] A.C.F. n° 2060 (QL), 2004 CAF 421, qui a maintenu la décision du juge Noël, [2004] 3 R.C.F. 32, 253 F.T.R. 22, 38 Imm. L.R. (3d) 56, [2003] A.C.F. n° 1816 (QL),

parts of the *Immigration and Refugee Protection Act* unconstitutional at the request of the appellant Charkaoui. Appeal allowed.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Létourneau, Sexton and Sharlow JJ.A.), [2005] 3 F.C.R. 142, 251 D.L.R. (4th) 13, 330 N.R. 73, 45 Imm. L.R. (3d) 163, [2005] F.C.J. No. 213 (QL), 2005 FCA 54, upholding a decision of Blanchard J., [2004] 4 F.C.R. 327, 249 F.T.R. 53, 38 Imm. L.R. (3d) 117, [2004] F.C.J. No. 509 (QL), 2004 FC 420, refusing to declare parts of the *Immigration and Refugee Protection Act* unconstitutional at the request of the appellant Almrei. Appeal allowed.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Richard C.J. and Décary and Létourneau JJ.A.) (2005), 340 N.R. 286, [2005] F.C.J. No. 1467 (QL), 2005 FCA 285, upholding a decision of Dawson J. (2005), 261 F.T.R. 52, 45 Imm. L.R. (3d) 65, [2005] F.C.J. No. 481 (QL), 2005 FC 393, refusing to declare parts of the *Immigration and Refugee Protection Act* unconstitutional at the request of the appellant Harkat. Appeal allowed.

Johanne Doyon and Julius H. Grey, for the appellant Charkaoui.

John Norris and Barbara Jackman, for the appellant Almrei.

Paul D. Copeland and Matt Webber, for the appellant Harkat.

Bernard Laprade, Normand Lemyre and Daniel Latulippe, for the respondents (30762).

Urszula Kaczmarczyk, Donald A. MacIntosh and Cheryl D. Mitchell, for the respondents (30929).

Bernard Laprade, Urszula Kaczmarczyk and Donald A. MacIntosh, for the respondents (31178).

John Corelli and Ian Bulmer, for the intervener the Attorney General of Ontario (30762, 31178).

Shaun Nakatsuru and Michael Doi, for the intervener the Attorney General of Ontario (30929).

2003 CF 1419, qui a refusé de déclarer inconstitutionnelles certaines parties de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* à la demande de l'appellant Charkaoui. Pourvoi accueilli.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Létourneau, Sexton et Sharlow), [2005] 3 R.C.F. 142, 251 D.L.R. (4th) 13, 330 N.R. 73, 45 Imm. L.R. (3d) 163, [2005] A.C.F. n° 213 (QL), 2005 CAF 54, qui a maintenu une décision du juge Blanchard, [2004] 4 R.C.F. 327, 249 F.T.R. 53, 38 Imm. L.R. (3d) 117, [2004] A.C.F. n° 509 (QL), 2004 CF 420, qui a refusé de déclarer inconstitutionnelles certaines parties de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* à la demande de l'appellant Almrei. Pourvoi accueilli.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (le juge en chef Richard et les juges Décary et Létourneau) (2005), 340 N.R. 286, [2005] A.C.F. n° 1467 (QL), 2005 CAF 285, qui a maintenu une décision de la juge Dawson (2005), 261 F.T.R. 52, 45 Imm. L.R. (3d) 65, [2005] A.C.F. n° 481 (QL), 2005 CF 393, qui a refusé de déclarer inconstitutionnelles certaines parties de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* à la demande de l'appellant Harkat. Pourvoi accueilli.

Johanne Doyon et Julius H. Grey, pour l'appellant Charkaoui.

John Norris et Barbara Jackman, pour l'appellant Almrei.

Paul D. Copeland et Matt Webber, pour l'appellant Harkat.

Bernard Laprade, Normand Lemyre et Daniel Latulippe, pour les intimés (30762).

Urszula Kaczmarczyk, Donald A. MacIntosh et Cheryl D. Mitchell, pour les intimés (30929).

Bernard Laprade, Urszula Kaczmarczyk et Donald A. MacIntosh, pour les intimés (31178).

John Corelli et Ian Bulmer, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario (30762, 31178).

Shaun Nakatsuru et Michael Doi, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario (30929).

Michael Bossin, Owen M. Rees, Vanessa Gruben and Thomas G. Conway, for the intervener Amnesty International.

Gregory P. DelBigio and Jason B. Gratl, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Lorne Waldman, for the intervener the Canadian Bar Association.

Edward L. Greenspan, Q.C., and David N. Tice, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Sharryn Aiken, Marie Chen and Mary Eberts, for the interveners the Canadian Council for Refugees, the African Canadian Legal Clinic, the International Civil Liberties Monitoring Group and the National Anti-Racism Council of Canada.

R. Douglas Elliott and Gabriel R. Fahel, for the intervener the Canadian Arab Federation.

David Baker and Faisal Bhabha, for the interveners the Canadian Council on American-Islamic Relations and the Canadian Muslim Civil, Liberties Association.

Michael Code, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Neil Finkelstein and Catherine Beagan Flood, for the intervener the Federation of Law Societies of Canada.

Sujit Choudhry and Robert A. Centa, for the interveners the University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic, and Human Rights Watch.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

One of the most fundamental responsibilities of a government is to ensure the security of its

Michael Bossin, Owen M. Rees, Vanessa Gruben et Thomas G. Conway, pour l'intervenante Amnistie internationale.

Gregory P. DelBigio et Jason B. Gratl, pour l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association.

Lorne Waldman, pour l'intervenante l'Association du Barreau canadien.

Edward L. Greenspan, c.r., et David N. Tice, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Sharryn Aiken, Marie Chen et Mary Eberts, pour les intervenants le Conseil canadien pour les réfugiés, African Canadian Legal Clinic, la Coalition pour la surveillance internationale des libertés civiles et National Anti-Racism Council of Canada.

R. Douglas Elliott et Gabriel R. Fahel, pour l'intervenante la Fédération canado-arabe.

David Baker et Faisal Bhabha, pour les intervenants Canadian Council on American-Islamic Relations et Canadian Muslim Civil Liberties Association.

Michael Code, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Neil Finkelstein et Catherine Beagan Flood, pour l'intervenante la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada.

Sujit Choudhry et Robert A. Centa, pour les intervenantes University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic et Human Rights Watch.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF —

I. Introduction

L'une des responsabilités les plus fondamentales d'un gouvernement est d'assurer la sécurité de

citizens. This may require it to act on information that it cannot disclose and to detain people who threaten national security. Yet in a constitutional democracy, governments must act accountably and in conformity with the Constitution and the rights and liberties it guarantees. These two propositions describe a tension that lies at the heart of modern democratic governance. It is a tension that must be resolved in a way that respects the imperatives both of security and of accountable constitutional governance.

In this case, we are confronted with a statute, the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (“*IRPA*”), that attempts to resolve this tension in the immigration context by allowing the Minister of Citizenship and Immigration (the “Minister”), and the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (collectively “the ministers”) to issue a certificate of inadmissibility leading to the detention of a permanent resident or foreign national deemed to be a threat to national security. The certificate and the detention are both subject to review by a judge, in a process that may deprive the person named in the certificate of some or all of the information on the basis of which the certificate was issued or the detention ordered. The question is whether the solution that Parliament has enacted conforms to the Constitution, and in particular the guarantees in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* that protect against unjustifiable intrusions on liberty, equality and the freedom from arbitrary detention and from cruel and unusual treatment.

I conclude that the *IRPA* unjustifiably violates s. 7 of the *Charter* by allowing the issuance of a certificate of inadmissibility based on secret material without providing for an independent agent at the stage of judicial review to better protect the named person’s interests. I also conclude that some of the time limits in the provisions for continuing detention of a foreign national violate ss. 9 and

ses citoyens. Pour y parvenir, il peut arriver qu’il doive agir sur la foi de renseignements qu’il ne peut divulguer ou détenir des personnes qui constituent une menace pour la sécurité nationale. En revanche, dans une démocratie constitutionnelle, le gouvernement doit agir de manière responsable, en conformité avec la Constitution et les droits et libertés qu’elle garantit. Ces deux propositions illustrent une tension inhérente au système de gouvernance démocratique moderne. Cette tension ne peut être réglée que dans le respect des impératifs à la fois de la sécurité et d’une gouvernance constitutionnelle responsable.

Le pourvoi porte sur une loi qui est censée régler cette tension dans le contexte de l’immigration, soit la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (« *LIPR* »). Celle-ci autorise le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration (le « ministre ») et le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (collectivement « les ministres ») à délivrer un certificat d’interdiction de territoire entraînant la détention d’un résident permanent ou d’un étranger considéré comme constituant un danger pour la sécurité nationale. Le certificat et la détention sont assujettis au contrôle d’un juge. La procédure de contrôle se déroule selon des règles qui peuvent priver la personne désignée dans le certificat de l’accès à la totalité ou à une partie des renseignements sur la foi desquels le certificat a été délivré ou sa détention ordonnée. Il s’agit en l’espèce de savoir si la solution retenue par le législateur est conforme à la Constitution, et plus particulièrement si elle respecte les garanties incluses dans la *Charte canadienne des droits et libertés* contre toute atteinte injustifiable à la liberté, à l’égalité, à la protection contre la détention arbitraire et à la protection contre tout traitement cruel et inusité.

Je conclus que la *LIPR* contrevient de manière injustifiable à l’art. 7 de la *Charte* en autorisant la délivrance d’un certificat d’interdiction de territoire sur la foi de documents secrets, sans prévoir la participation d’un représentant indépendant à l’étape du contrôle judiciaire pour garantir le plus grand respect des intérêts de la personne désignée. Je conclus également que certains des délais

10(c) because they are arbitrary. I find that s. 12 has not been shown to be violated since a meaningful detention review process offers relief against the possibility of indefinite detention. Finally, I find that there is no breach of the s. 15 equality right.

II. Background

4 The provisions of the *IRPA* at issue in this case, reproduced in the Appendix, are part of Canada's immigration law. Their purpose is to permit the removal of non-citizens living in Canada — permanent residents and foreign nationals — on various grounds, including connection with terrorist activities. The scheme permits deportation on the basis of confidential information that is not to be disclosed to the person named in the certificate or anyone acting on the person's behalf or in his or her interest. The scheme was meant to "facilitat[e] the early removal of persons who are inadmissible on serious grounds, including persons posing a threat to the security of Canada" (*Clause by Clause Analysis* (2001), at p. 72). In reality, however, it may also lead to long periods of incarceration.

5 The *IRPA* requires the ministers to sign a certificate declaring that a foreign national or permanent resident is inadmissible to enter or remain in Canada on grounds of security, among others: s. 77. A judge of the Federal Court then reviews the certificate to determine whether it is reasonable: s. 80. If the state so requests, the review is conducted *in camera* and *ex parte*. The person named in the certificate has no right to see the material on the basis of which the certificate was issued. Non-sensitive material may be disclosed; sensitive or confidential material must not be disclosed if the government objects. The named person and his or her lawyer cannot see undisclosed material, although the ministers and the reviewing judge may rely on it. At the end of the day, the judge must provide the person with a summary of the case against him or her — a summary that does not

prévus par les dispositions permettant de maintenir un étranger en détention contreviennent à l'art. 9 et à l'al. 10c), parce qu'ils sont arbitraires. Je conclus qu'aucune contravention à l'art. 12 n'a été démontrée, étant donné qu'un processus valable de contrôle de la détention offre un recours contre la possibilité d'une détention d'une durée indéterminée. Enfin, je conclus à l'absence de violation du droit à l'égalité garanti par l'art. 15.

II. Les faits

Les dispositions en cause de la *LIPR*, reproduites en annexe, font partie intégrante du droit canadien de l'immigration. Elles visent 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. Ce régime autorise l'expulsion sur la foi de renseignements confidentiels qui ne sont communiqués ni à la personne désignée dans le certificat ni à qui que ce soit qui agirait en son nom ou défendrait ses intérêts. Il avait pour objectif de [TRADUCTION] « facilit[er] le renvoi rapide des personnes interdites de territoire pour des motifs graves, notamment celles qui constituent un danger pour la sécurité du Canada » (*Clause by Clause Analysis* (2001), p. 72). Or, dans les faits, il peut aussi entraîner de longues périodes d'incarcération.

La *LIPR* exige que les ministres signent un certificat attestant qu'un étranger ou un résident permanent est interdit de territoire pour raison de sécurité, de sorte qu'il n'est autorisé ni à entrer ni à demeurer au Canada : art. 77. Un juge de la Cour fédérale examine ensuite le certificat afin de déterminer s'il est raisonnable : art. 80. Si l'État le demande, l'examen se déroule à huis clos et en l'absence de l'intéressé. La personne désignée dans le certificat n'a pas le droit de prendre connaissance des documents sur la foi desquels le certificat a été délivré. Les renseignements qui ne sont pas sensibles peuvent être communiqués. Par contre, les renseignements sensibles ou confidentiels ne peuvent pas être divulgués si le gouvernement s'oppose à leur divulgation. Ni la personne désignée ni son avocat ne peuvent prendre connaissance des renseignements tenus secrets, même si les ministres et le juge peuvent

disclose material that might compromise national security. If the judge determines that the certificate is reasonable, there is no appeal and no way to have the decision judicially reviewed: s. 80(3).

The consequences of the issuance and confirmation of a certificate of inadmissibility vary, depending on whether the person is a permanent resident of Canada or a foreign national whose right to remain in Canada has not yet been confirmed. Permanent residents who the ministers have reasonable grounds to believe are a danger to national security *may* be held in detention. In order to detain them, the ministers must issue a warrant stating that the person is a threat to national security or to another person, or is unlikely to appear at a proceeding or for removal. Foreign nationals, meanwhile, *must* be detained once a certificate is issued: under s. 82(2), the detention is automatic. While the detention of a permanent resident must be reviewed within 48 hours, a foreign national, on the other hand, must apply for review, but may not do so until 120 days after a judge of the Federal Court determines the certificate to be reasonable. In both cases, if the judge finds the certificate to be reasonable, it becomes a removal order. Such an order deprives permanent residents of their status; their detention is then subject to review on the same basis as that of other foreign nationals.

The removal order cannot be appealed and may be immediately enforced, thus eliminating the requirement of holding or continuing an examination or an admissibility hearing: s. 81(b). The detainee, whether a permanent resident or a foreign national, may no longer apply for protection: s. 81(c). Additionally, a refugee or a protected person determined to be inadmissible on any of the grounds for a certificate loses the protection of the

s'appuyer sur eux. En définitive, le juge fournit à l'intéressé un résumé de la preuve présentée contre lui — résumé qui ne divulgue aucun élément susceptible de porter atteinte à la sécurité nationale. Si le juge conclut que le certificat est raisonnable, sa décision n'est pas susceptible d'appel et il n'existe aucun moyen de la soumettre au contrôle judiciaire : par. 80(3).

Les conséquences de la délivrance et de la confirmation d'un certificat d'interdiction de territoire diffèrent selon que l'intéressé est un résident permanent du Canada ou un étranger dont le droit de demeurer au Canada n'a pas encore été confirmé. Les résidents permanents dont les ministres ont des motifs raisonnables de croire qu'ils constituent un danger pour la sécurité nationale *peuvent* être mis en détention. Pour ce faire, les ministres doivent lancer un mandat indiquant qu'ils constituent une menace soit pour la sécurité nationale soit pour la sécurité d'autrui ou qu'ils se soustrairont vraisemblablement à la procédure ou au renvoi. Pour leur part, les étrangers *doivent* être mis en détention dès la délivrance du certificat : selon le par. 82(2), la mise en détention est automatique. La détention d'un résident permanent doit être contrôlée dans un délai de 48 heures, tandis qu'un étranger doit présenter une demande pour faire contrôler sa détention et n'est pas autorisé à présenter sa demande avant l'expiration d'un délai de 120 jours après la décision d'un juge de la Cour fédérale concluant au caractère raisonnable du certificat. Dans les deux cas, le certificat considéré raisonnable par le juge devient une mesure de renvoi. À la suite de cette mesure, les résidents permanents perdent leur statut; leur détention est alors contrôlée de la même manière que celle des autres étrangers.

La mesure de renvoi est sans appel et peut être exécutée immédiatement, ce qui écarte l'obligation d'effectuer ou de poursuivre un contrôle ou une enquête. Qu'il soit un résident permanent ou un étranger, le détenu ne peut plus présenter une demande de protection : art. 81. En outre, une personne protégée ou un réfugié qui est interdit de territoire pour l'un ou l'autre des motifs de délivrance d'un certificat ne bénéficie plus du principe

principle of non-refoulement under s. 115(1) if, in the opinion of the Minister, the person should not be allowed to remain in Canada on the basis of the nature and severity of acts committed or of danger to the security of Canada: s. 115(2). This means that he or she may, at least in theory, be deported to torture.

8

A permanent resident detained under a certificate is entitled to a review of his or her detention every six months. Under s. 83(3), a judge must order the detention of a permanent resident to be continued if the judge is satisfied that the person continues to pose a danger to security or to the safety of another, or is unlikely to appear at a proceeding or for removal.

9

The detention of foreign nationals, on the other hand, is mandatory. If a foreign national has not been removed within 120 days of the certificate being found reasonable by a judge, however, the judge may order the person released on appropriate conditions if “satisfied that the foreign national will not be removed from Canada within a reasonable time and that the release will not pose a danger to national security or to the safety of any person”: s. 84(2). Even if released, the foreign national may be deported.

10

Mr. Charkaoui is a permanent resident, while Messrs. Harkat and Almrei are foreign nationals who had been recognized as Convention refugees. All were living in Canada when they were arrested and detained. At the time of the decisions on appeal, all had been detained for some time — since 2003, 2002 and 2001 respectively. In 2001, a judge of the Federal Court determined Mr. Almrei’s certificate to be reasonable; another determined Mr. Harkat’s certificate to be reasonable in 2005. The reasonableness of Mr. Charkaoui’s certificate has yet to be determined. Messrs. Charkaoui and Harkat were released on conditions in 2005 and 2006 respectively, but Mr. Harkat has been advised that he will be deported to Algeria, which he is contesting in other proceedings. Mr. Almrei remains in detention. In all these cases, the detentions were based on allegations that the individuals constituted a threat to the security of Canada by reason of involvement

du non-refoulement énoncé au par. 115(1) si, selon le ministre, cette personne ne devrait pas être présente au Canada en raison soit de la nature et de la gravité de ses actes passés, soit du danger qu’elle constitue pour la sécurité du Canada : par. 115(2). Elle pourrait donc, du moins en théorie, être renvoyée dans un pays où elle risque la torture.

Le résident permanent détenu à la suite de la délivrance d’un certificat a le droit de faire contrôler sa détention tous les six mois. Selon le par. 83(3), le juge ordonne le maintien en détention du résident permanent, s’il est convaincu que ce dernier constitue toujours un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d’autrui ou qu’il se soustraira vraisemblablement à la procédure ou au renvoi.

Par contre, la détention des étrangers est obligatoire. Un juge peut mettre en liberté, aux conditions qu’il estime indiquées, un étranger dont la mesure de renvoi n’a pas été exécutée 120 jours après qu’un juge ait conclu au caractère raisonnable du certificat, « sur preuve que la mesure ne sera pas exécutée dans un délai raisonnable et que la mise en liberté ne constituera pas un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d’autrui » : par. 84(2). L’étranger peut être expulsé même s’il a été remis en liberté.

M. Charkaoui est un résident permanent, tandis que MM. Harkat et Almrei sont des étrangers qui ont obtenu le statut de réfugié au sens de la Convention. Ils vivaient tous au Canada au moment de leur arrestation et de leur mise en détention. Au moment des décisions prononcées en appel, ils étaient tous détenus depuis un certain temps — soit depuis 2003, 2002 et 2001 respectivement. En 2001, un juge de la Cour fédérale a statué que le certificat visant M. Almrei était raisonnable; un autre juge a conclu au caractère raisonnable du certificat visant M. Harkat en 2005. Aucune décision n’a encore été rendue sur le caractère raisonnable du certificat visant M. Charkaoui. MM. Charkaoui et Harkat ont été libérés sous conditions en 2005 et 2006 respectivement. M. Harkat a néanmoins été informé qu’il serait expulsé en Algérie et il conteste cette décision dans une autre procédure. M. Almrei est toujours détenu. Ils ont tous été mis

in terrorist activities. In the course of their detentions, all three appellants challenged, unsuccessfully, the constitutionality of the *IRPA*'s certificate scheme and detention review process.

III. Issues

The appellants argue that the *IRPA*'s certificate scheme under which their detentions were ordered is unconstitutional. They argue that it violates five provisions of the *Charter*: the s. 7 guarantee of life, liberty and security of the person; the s. 9 guarantee against arbitrary detention; the s. 10(c) guarantee of a prompt review of detention; the s. 12 guarantee against cruel and unusual treatment; and the s. 15 guarantee of equal protection and equal benefit of the law. They also allege violations of unwritten constitutional principles. I discuss these claims under the following headings:

- A. Does the *procedure* under the *IRPA* for determining the reasonableness of the certificate infringe s. 7 of the *Charter*, and if so, is the infringement justified under s. 1 of the *Charter*?
- B. Does the *detention* of permanent residents or foreign nationals under the *IRPA* infringe ss. 7, 9, 10(c) or 12 of the *Charter*, and if so, are the infringements justified under s. 1 of the *Charter*?
- C. Do the certificate and detention review procedures *discriminate* between citizens and non-citizens, contrary to s. 15 of the *Charter*, and if so, is the discrimination justified under s. 1 of the *Charter*?

en détention sur le fondement d'allégations selon lesquelles ils constituaient une menace pour la sécurité du Canada en raison de leur participation à des activités terroristes. Au cours de leur détention, les trois appelants ont contesté, sans succès, la constitutionnalité du régime de certificats et de la procédure de contrôle de la détention établis par la *LIPR*.

III. Les questions en litige

Les appelants invoquent l'inconstitutionnalité du régime de certificats établi dans la *LIPR*, en application duquel leur mise en détention a été ordonnée. Ils font valoir que ce régime enfreint cinq dispositions de la *Charte* soit : l'art. 7, qui garantit à chacun le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; l'art. 9, qui accorde une protection contre la détention arbitraire; l'al. 10c), qui garantit à chacun le droit de faire contrôler promptement la légalité de sa détention; l'art. 12, qui garantit le droit à la protection contre tout traitement cruel et inusité; et l'art. 15, qui garantit à tous le droit à la même protection et au même bénéfice de la loi. Ils allèguent aussi la violation de principes constitutionnels non écrits. J'examinerai ces prétentions sous les rubriques suivantes :

- A. La *procédure* d'examen du caractère raisonnable du certificat établie dans la *LIPR* contrevient-elle à l'art. 7 de la *Charte*? Dans l'affirmative, cette contravention est-elle justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*?
- B. La *détention* de résidents permanents ou d'étrangers sous le régime de la *LIPR* contrevient-elle aux art. 7, 9, 10c) ou 12 de la *Charte*? Dans l'affirmative, ces contraventions sont-elles justifiées au sens de l'article premier de la *Charte*?
- C. Les procédures d'examen des certificats et de contrôle de la détention créent-elles, entre les citoyens et les non-citoyens, une *discrimination* interdite par l'art. 15 de la *Charte*? Dans l'affirmative, cette discrimination est-elle justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*?

D. Are the *IRPA* certificate provisions inconsistent with the constitutional principle of the rule of law?

A. *Does the Procedure Under the IRPA for Determining the Reasonableness of the Certificate Infringe Section 7 of the Charter, and if so, Is the Infringement Justified Under Section 1 of the Charter?*

1. Is Section 7 of the Charter Engaged?

12 Section 7 of the *Charter* guarantees 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. This requires a claimant to prove two matters: first, that there has been or could be a deprivation of the right to life, liberty and security of the person, and second, that the deprivation was not or would not be in accordance with the principles of fundamental justice. If the claimant succeeds, the government bears the burden of justifying the deprivation under s. 1, which provides that the rights guaranteed by the *Charter* are subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

13 The provisions at issue, found at Division 9 of Part 1 of the *IRPA*, clearly deprive detainees such as the appellants of their liberty. The person named in a certificate can face detention pending the outcome of the proceedings. In the case of a foreign national, this detention is automatic and lasts at least until 120 days *after* the certificate is deemed reasonable. For both foreign nationals and permanent residents, the period of detention can be, and frequently is, several years. Indeed, Mr. Almrei remains in detention and does not know when, if ever, he will be released.

14 The detainee's security may be further affected in various ways. The certificate process may lead to removal from Canada, to a place where his or

D. Les dispositions de la *LIPR* concernant les certificats sont-elles incompatibles avec le principe constitutionnel de la primauté du droit?

A. *La procédure d'examen du caractère raisonnable du certificat établie dans la LIPR contrevient-elle à l'art. 7 de la Charte? Dans l'affirmative, cette contravention est-elle justifiée au sens de l'article premier de la Charte?*

1. L'article 7 de la Charte trouve-t-il application?

L'article 7 de la *Charte* garantit à chacun le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne et précise qu'il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Le réclamant a donc le fardeau de prouver deux éléments : premièrement, qu'il a subi ou qu'il pourrait subir une atteinte à son droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; deuxièmement, que cette atteinte ne respecte pas ou ne respecterait pas les principes de justice fondamentale. Si le réclamant réussit à faire cette preuve, le gouvernement a le fardeau de justifier l'atteinte en application de l'article premier, selon lequel les droits garantis par la *Charte* ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites raisonnables dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Les dispositions en cause, qui figurent dans la section 9 de la partie 1 de la *LIPR*, privent clairement les détenus comme les appelants de leur liberté. En effet, les personnes désignées dans un certificat peuvent être mises en détention jusqu'à l'issue de la procédure. Pour un étranger, cette détention est automatique et elle dure au moins 120 jours *après* la confirmation du caractère raisonnable du certificat. Tant pour les étrangers que pour les résidents permanents, la période de détention peut être de plusieurs années et atteint souvent cette durée. De fait, M. Almrei est toujours détenu et il ignore quand il sera remis en liberté, s'il l'est un jour.

En outre, il peut être porté atteinte à la sécurité du détenu de diverses autres façons. Le processus de délivrance d'un certificat peut entraîner

her life or freedom would be threatened: see e.g. *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at p. 207, *per* Wilson J. A certificate may bring with it the accusation that one is a terrorist, which could cause irreparable harm to the individual, particularly if he or she is eventually deported to his or her home country. Finally, a person who is determined to be inadmissible on grounds of security loses the protection of s. 115(1) of the *IRPA*, which means that under s. 115(2), he or she can be deported to torture if the Minister is of the opinion that the person is a danger to the security of Canada.

In *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1, this Court stated, at para. 76, that “barring extraordinary circumstances, deportation to torture will generally violate the principles of fundamental justice protected by s. 7 of the *Charter*.” More recently, the Federal Court has ruled that another certificate detainee is at risk of torture if deported, and that there were no exceptional circumstances justifying such a deportation: *Jaballah (Re)* (2006), 148 C.R.R. (2d) 1, 2006 FC 1230. The appellants claim that they would be at risk of torture if deported to their countries of origin. But in each of their cases, this remains to be proven as part of an application for protection under the provisions of Part 2 of the *IRPA*. The issue of deportation to torture is consequently not before us here.

The individual interests at stake suggest that s. 7 of the *Charter*, the purpose of which is to protect the life, liberty and security of the person, is engaged, and this leads directly to the question whether the *IRPA*’s impingement on these interests conforms to the principles of fundamental justice. The government argues, relying on *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 S.C.R. 539, 2005 SCC 51, that s. 7 does not apply because this is an immigration matter. The comment from that case on which the government relies was made in response to a claim that to deport a non-citizen violates s. 7 of the *Charter*. In

son renvoi du Canada vers une destination où sa vie ou sa liberté seraient menacées : voir, p. ex., *Singh c. Ministre de l’Emploi et de l’Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, p. 207, la juge Wilson. Un certificat peut aussi présenter une personne comme un terroriste, ce qui risque de lui causer un tort irréparable, surtout si elle est expulsée par la suite vers son pays d’origine. Finalement, une personne interdite de territoire pour raison de sécurité perd la protection accordée par le par. 115(1) de la *LIPR*, ce qui signifie qu’elle peut, en application du par. 115(2), être expulsée vers une destination où elle risque la torture si le ministre est d’avis qu’elle constitue un danger pour la sécurité du Canada.

Dans *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1, par. 76, la Cour a affirmé que « sauf circonstances extraordinaires, une expulsion impliquant un risque de torture violera généralement les principes de justice fondamentale protégés par l’art. 7 de la *Charte* ». Plus récemment, la Cour fédérale a statué qu’une autre personne détenue en vertu d’un certificat risque la torture si elle est expulsée, et qu’aucune circonstance exceptionnelle ne justifie son expulsion : *Jaballah (Re)*, [2006] A.C.F. n° 1706 (QL), 2006 CF 1230. Les appelants soutiennent qu’ils risquent la torture s’ils sont expulsés vers leur pays d’origine. Mais dans chacun de leurs cas, le risque de torture reste à démontrer dans le cadre d’une demande de protection aux termes de la partie 2 de la *LIPR*. Par conséquent, nous ne sommes pas saisis en l’espèce de la question de l’expulsion comportant un risque de torture.

Les intérêts personnels en jeu indiquent que l’art. 7 de la *Charte*, qui vise à protéger la vie, la liberté et la sécurité de la personne, trouve application. Ce qui nous amène directement à la question de savoir si l’atteinte portée à ces intérêts par la *LIPR* est conforme aux principes de justice fondamentale. Le gouvernement soutient que l’art. 7 ne s’applique pas parce qu’il s’agit d’une affaire d’immigration. Il se fonde à cet égard sur l’arrêt *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 539, 2005 CSC 51. L’affirmation sur laquelle s’appuie le gouvernement a été faite en réponse à une prétention selon laquelle l’expulsion

considering this claim, the Court, *per* McLachlin C.J., noted, at para. 46, citing *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, at p. 733, that “[t]he most fundamental principle of immigration law is that non-citizens do not have an unqualified right to enter or remain in Canada”. The Court added: “Thus the deportation of a non-citizen in itself cannot implicate the liberty and security interests protected by s. 7” (*Medovarski*, at para. 46 (emphasis added)).

17 *Medovarski* thus does not stand for the proposition that proceedings related to deportation in the immigration context are immune from s. 7 scrutiny. While the deportation of a non-citizen in the immigration context may not *in itself* engage s. 7 of the *Charter*, some features associated with deportation, such as detention in the course of the certificate process or the prospect of deportation to torture, may do so.

18 In determining whether s. 7 applies, we must look at the interests at stake rather than the legal label attached to the impugned legislation. As Professor Hamish Stewart writes:

Many of the principles of fundamental justice were developed in criminal cases, but their application is not restricted to criminal cases: they apply whenever one of the three protected interests is engaged. Put another way, the principles of fundamental justice apply in *criminal* proceedings, not because they are criminal proceedings, but because the liberty interest is always engaged in criminal proceedings. [Emphasis in original.]

(“Is Indefinite Detention of Terrorist Suspects Really Constitutional?” (2005), 54 *U.N.B.L.J.* 235, at p. 242)

I conclude that the appellants’ challenges to the fairness of the process leading to possible deportation and the loss of liberty associated with detention raise important issues of liberty and security, and that s. 7 of the *Charter* is engaged.

d’un non-citoyen contrevenait à l’art. 7 de la *Charte*. En statuant sur cet argument, la Cour, sous la plume de la juge en chef McLachlin, a cité au par. 46 l’arrêt *Chiarelli c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711, p. 733, précisant que « [l]e principe le plus fondamental du droit de l’immigration veut que les non-citoyens n’aient pas un droit absolu d’entrer ou de demeurer au Canada ». La Cour a ajouté « À elle seule, l’expulsion d’un non-citoyen ne peut mettre en cause les droits à la liberté et à la sécurité garantis par l’art. 7 » (*Medovarski*, par. 46 (je souligne)).

Ainsi, *Medovarski* ne permet pas d’affirmer que la procédure d’expulsion, dans le contexte de l’immigration, échappe à l’examen fondé sur l’art. 7. Si l’expulsion d’un non-citoyen dans le contexte de l’immigration n’enclenche peut-être pas *en soi* l’application de l’art. 7 de la *Charte*, certains éléments rattachés à l’expulsion, telles la détention au cours du processus de délivrance et d’examen d’un certificat ou l’éventualité d’un renvoi vers un pays où il existe un risque de torture, pourraient en entraîner l’application.

Pour déterminer si l’art. 7 s’applique, nous devons tenir compte des intérêts en cause plutôt que de la caractérisation juridique de la loi contestée. Comme l’a écrit le professeur Hamish Stewart :

[TRADUCTION] De nombreux principes de justice fondamentale ont été élaborés dans le cadre de causes criminelles. Cependant, leur application ne se limite pas à ce type de cause : ils s’appliquent dès lors que l’un des trois droits protégés est en jeu. Autrement dit, les principes de justice fondamentale s’appliquent aux instances *criminelles*, non pas parce qu’il s’agit d’instances criminelles, mais parce que le droit à la liberté y est toujours en jeu. [En italique dans l’original.]

(« Is Indefinite Detention of Terrorist Suspects Really Constitutional? » (2005), 54 *R.D. U.N.-B.* 235, p. 242)

Je conclus que les arguments des appelants touchant l’équité du processus qui peut mener à l’expulsion et la perte de liberté liée à la détention soulèvent d’importantes questions quant à la liberté et à la sécurité et que l’art. 7 de la *Charte* trouve application.

2. How Do Security Considerations Affect the Section 7 Analysis?

Section 7 of the *Charter* requires that laws that interfere with life, liberty and security of the person conform to the principles of fundamental justice — the basic principles that underlie our notions of justice and fair process. These principles include a guarantee of procedural fairness, having regard to the circumstances and consequences of the intrusion on life, liberty or security: *Suresh*, at para. 113.

Section 7 of the *Charter* requires not a particular type of process, but a fair process having regard to the nature of the proceedings and the interests at stake: *United States of America v. Ferras*, [2006] 2 S.C.R. 77, 2006 SCC 33, at para. 14; *R. v. Rodgers*, [2006] 1 S.C.R. 554, 2006 SCC 15, at para. 47; *Idziak v. Canada (Minister of Justice)*, [1992] 3 S.C.R. 631, at pp. 656-57. The procedures required to meet the demands of fundamental justice depend on the context (see *Rodgers*; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 361; *Chiarelli*, at pp. 743-44; *Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, [2001] 2 S.C.R. 281, 2001 SCC 41, at paras. 20-21). Societal interests may be taken into account in elucidating the applicable principles of fundamental justice: *R. v. Malmo-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74, at para. 98.

Unlike s. 1, s. 7 is not concerned with whether a limit on life, liberty or security of the person is *justified*, but with whether the limit has been imposed in a way that respects the principles of fundamental justice. Hence, it has been held that s. 7 does not permit “a free-standing inquiry . . . into whether a particular legislative measure ‘strikes the right balance’ between individual and societal interests in general” (*Malmo-Levine*, at para. 96). Nor is “achieving the right balance . . . itself an overarching principle of fundamental justice” (*ibid.*). As the majority in *Malmo-Levine* noted, to hold otherwise “would entirely collapse the s. 1 inquiry into s. 7” (*ibid.*). This in turn would relieve the state from its

2. Comment les considérations relatives à la sécurité influencent-elles l’analyse fondée sur l’art. 7?

L’article 7 de la *Charte* exige que les lois qui portent atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne respectent les principes de justice fondamentale — c’est-à-dire les principes fondamentaux qui sous-tendent notre conception de la justice et de l’équité procédurale. Ces principes comprennent une garantie d’équité procédurale, liée aux circonstances et conséquences de l’atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité : *Suresh*, par. 113.

L’article 7 de la *Charte* exige non pas un type particulier de procédure, mais une procédure équitable eu égard à la nature de l’instance et des intérêts en cause : *États-Unis d’Amérique c. Ferras*, [2006] 2 R.C.S. 77, 2006 CSC 33, par. 14; *R. c. Rodgers*, [2006] 1 R.C.S. 554, 2006 CSC 15, par. 47; *Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631, p. 656-657. Les mesures procédurales requises par la justice fondamentale dépendent du contexte (voir *Rodgers*; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, p. 361; *Chiarelli*, p. 743-744; *Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [2001] 2 R.C.S. 281, 2001 CSC 41, par. 20-21). On peut prendre les intérêts sociétaux en considération pour clarifier les principes applicables de justice fondamentale : *R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74, par. 98.

Contrairement à l’article premier, l’art. 7 ne soulève pas la question de savoir si l’atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne est *justifiée*, mais plutôt celle de savoir si l’atteinte a été portée en conformité avec les principes de justice fondamentale. Par conséquent, il a été statué que l’art. 7 n’autorise pas la tenue d’« un examen distinct pour décider si une mesure législative donnée établit un “juste équilibre” entre les droits de l’individu et les intérêts de la société en général » (*Malmo-Levine*, par. 96). La Cour ne croyait pas non plus que « l’établissement d’un juste équilibre constitue en soi un principe de justice fondamentale dominant » (*ibid.*). Comme l’a noté la

19

20

21

burden of justifying intrusive measures, and require the *Charter* complainant to show that the measures are not justified.

22 The question at the s. 7 stage is whether the principles of fundamental justice relevant to the case have been observed in substance, having regard to the context and the seriousness of the violation. The issue is whether the process is fundamentally unfair to the affected person. If so, the deprivation of life, liberty or security of the person simply does not conform to the requirements of s. 7. The inquiry then shifts to s. 1 of the *Charter*, at which point the government has an opportunity to establish that the flawed process is nevertheless justified having regard, notably, to the public interest.

23 It follows that while administrative constraints associated with the context of national security may inform the analysis on whether a particular process is fundamentally unfair, security concerns cannot be used to excuse procedures that do not conform to fundamental justice at the s. 7 stage of the analysis. If the context makes it impossible to adhere to the principles of fundamental justice in their usual form, adequate substitutes may be found. But the principles must be respected to pass the hurdle of s. 7. That is the bottom line.

24 In the instant case, the context is the detention, incidental to their removal or an attempt to remove them from the country, of permanent residents and foreign nationals who the ministers conclude pose a threat to national security. This context may impose certain administrative constraints that may be properly considered at the s. 7 stage. Full disclosure of the information relied on may not be possible. The executive branch of government may be required to act quickly, without recourse, at

majorité dans *Malmo-Levine*, le raisonnement contraire « intègre entièrement l'examen que commande l'article premier à l'analyse fondée sur l'art. 7 » (*ibid.*). Ainsi, l'État se trouverait libéré du fardeau de justifier les mesures attentatoires et la personne qui invoque la *Charte* aurait l'obligation de démontrer que les mesures contestées ne sont pas justifiées.

À l'étape de l'analyse fondée sur l'art. 7, il s'agit de savoir si les principes de justice fondamentale pertinents ont été respectés pour l'essentiel, compte tenu du contexte et de la gravité de l'atteinte. Il faut se demander si la procédure est fondamentalement inéquitable envers la personne touchée. Dans l'affirmative, l'atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne n'est tout simplement pas conforme aux exigences de l'art. 7. Il faut alors passer à l'étape de l'application de l'article premier de la *Charte*, à laquelle le gouvernement peut démontrer que la procédure irrégulière est néanmoins justifiée compte tenu, notamment, de l'intérêt public.

Ainsi, bien que l'analyse visant à déterminer si une procédure est fondamentalement inéquitable puisse tenir compte de contraintes administratives particulières liées au contexte de sécurité nationale, les questions de sécurité ne peuvent servir à légitimer, à l'étape de l'analyse fondée sur l'art. 7, une procédure non conforme à la justice fondamentale. Dans les cas où le contexte ne permet pas l'utilisation des moyens habituels de satisfaire aux principes de justice fondamentale, il est possible de recourir à d'autres moyens convenables. La procédure doit néanmoins être conforme aux principes de justice fondamentale pour résister à l'analyse dictée par l'art. 7. C'est ce qui est essentiel.

Le pourvoi a pour contexte la détention de résidents permanents et d'étrangers, que les ministres considèrent comme une menace pour la sécurité nationale, accessoirement à leur renvoi ou à une tentative de les renvoyer du Canada. Ce contexte peut engendrer certaines contraintes administratives qui peuvent, à bon droit, être prises en considération à l'étape de l'analyse fondée sur l'art. 7. Tous les renseignements qui servent de fondement à l'affaire ne peuvent peut-être pas être divulgués.

least in the first instance, to the judicial procedures normally required for the deprivation of liberty or security of the person.

At the same time, it is a context that may have important, indeed chilling, consequences for the detainee. The seriousness of the individual interests at stake forms part of the contextual analysis. As this Court stated in *Suresh*, “[t]he greater the effect on the life of the individual by the decision, the greater the need for procedural protections to meet the common law duty of fairness and the requirements of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*” (para. 118). Thus, “factual situations which are closer or analogous to criminal proceedings will merit greater vigilance by the courts”: *Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 S.C.R. 1053, at p. 1077, per Iacobucci J.

The potential consequences of deportation combined with allegations of terrorism have been under a harsh spotlight due to the recent report of the Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar. Mr. Arar, a Canadian citizen born in Syria, was detained by American officials and deported to Syria. The report concludes that it is “very likely that, in making the decisions to detain and remove Mr. Arar to Syria, the U.S. authorities relied on information about Mr. Arar provided by the RCMP”, including unfounded suspicions linking Mr. Arar to terrorist groups: *Report of the Events Relating to Maher Arar: Analysis and Recommendations* (2006) (“Arar Inquiry”), at p. 30. In Syria, Mr. Arar was tortured and detained under inhumane conditions for over 11 months. In his report, Commissioner O’Connor recommends enhanced review and accountability mechanisms for agencies dealing with national security, including not only the Royal Canadian Mounted Police, but also Citizenship and Immigration Canada and the Canada Border Services Agency. He notes that these immigration-related institutions can have an

Il est possible que le pouvoir exécutif doive agir rapidement, sans recourir, du moins au départ, à la procédure judiciaire exigée normalement lorsqu’il y a atteinte à la liberté ou à la sécurité d’une personne.

Par ailleurs, ce contexte risque d’avoir des conséquences importantes — en fait, terrifiantes — pour la personne détenue. L’importance des intérêts individuels en jeu fait partie de l’analyse contextuelle. Comme la Cour l’a affirmé dans *Suresh* : « Plus l’incidence de la décision sur la vie de l’intéressé est grande, plus les garanties procédurales doivent être importantes afin que soient respectées l’obligation d’équité en common law et les exigences de la justice fondamentale consacrées par l’art. 7 de la *Charte* » (par. 118). Ainsi, « les tribunaux devront être plus vigilants en ce qui concerne les situations de fait qui se rapprochent davantage des procédures criminelles ou qui leur sont analogues » : *Dehghani c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1993] 1 R.C.S. 1053, p. 1077, le juge Iacobucci.

Les conséquences possibles d’un renvoi combiné à des allégations de terrorisme sont cruellement ressorties dans le rapport récent de la Commission d’enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar. Citoyen canadien né en Syrie, M. Arar a été détenu par les autorités américaines et expulsé vers la Syrie. Le rapport a conclu qu’en « prenant les décisions de détenir M. Arar puis de le renvoyer en Syrie, les autorités américaines se sont très probablement appuyées sur l’information concernant M. Arar que leur avait fournie la GRC », notamment des soupçons non fondés reliant M. Arar à des groupes terroristes : *Rapport sur les événements concernant Maher Arar : Analyse et recommandations* (2006) (« Commission Arar »), p. 32. En Syrie, M. Arar a été torturé et détenu durant 11 mois dans des conditions inhumaines. Dans son rapport, le commissaire O’Connor a recommandé un renforcement des mécanismes d’examen et de reddition de compte pour les organismes menant des activités reliées à la sécurité nationale, ce qui inclut non seulement la Gendarmerie royale du Canada, mais aussi Citoyenneté et Immigration Canada et

25

26

important impact on individual rights but that there is a lack of transparency surrounding their activities because their activities often involve sensitive national security information that cannot be disclosed to the public: *A New Review Mechanism for the RCMP's National Security Activities* (2006), at pp. 562-65. Moreover, the sensitive nature of security information means that investigations lead to fewer prosecutions. This, in turn, restricts the ability of courts to guarantee individual rights: “Unless charges are laid, . . . the choice of investigative targets, methods of information collection and exchange, and means of investigation generally will not be subject to judicial scrutiny, media coverage or public debate” (p. 439).

l'Agence des services frontaliers du Canada. Il a fait remarquer que ces organismes reliés à l'immigration peuvent avoir une forte incidence sur les droits individuels, mais qu'ils manquent de transparence dans leurs activités parce que celles-ci impliquent souvent des renseignements sensibles touchant la sécurité nationale qui ne peuvent être rendus publics : *Un nouveau mécanisme d'examen des activités de la GRC en matière de sécurité nationale* (2006), p. 623-627. En outre, en raison de la nature sensible des renseignements de sécurité, les enquêtes donnent lieu à moins de poursuites, ce qui restreint pour les tribunaux la possibilité de garantir les droits individuels : « à moins que des accusations ne soient déposées, le choix des cibles des enquêtes, les méthodes de collecte et d'échange d'information et les méthodes d'enquête en général ne feront pas l'objet d'examen judiciaire, de couverture médiatique ou de discussion publique » (p. 487-488).

27

The procedures required to conform to the principles of fundamental justice must reflect the exigencies of the security context. Yet they cannot be permitted to erode the essence of s. 7. The principles of fundamental justice cannot be reduced to the point where they cease to provide the protection of due process that lies at the heart of s. 7 of the *Charter*. The protection may not be as complete as in a case where national security constraints do not operate. But to satisfy s. 7, meaningful and substantial protection there must be.

Les mesures requises pour assurer la justice fondamentale doivent tenir compte des exigences propres au contexte de la sécurité. Il faut toutefois s'assurer que l'essence de l'art. 7 demeure intacte. Les principes de justice fondamentale ne peuvent être réduits au point de ne plus offrir la protection de l'application régulière de la loi qui constitue le fondement même de l'art. 7 de la *Charte*. Il se peut que cette protection ne soit pas aussi complète qu'en l'absence de contraintes liées à la sécurité nationale. Mais il demeure qu'il ne saurait y avoir conformité avec l'art. 7 sans une protection véritable et substantielle.

3. Relevant Principles of Fundamental Justice

3. Les principes pertinents de justice fondamentale

28

The overarching principle of fundamental justice that applies here is this: before the state can detain people for significant periods of time, it must accord them a fair judicial process: *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46. “It is an ancient and venerable principle that no person shall lose his or her liberty without due process according to the law, which must involve a meaningful judicial process”: *Ferras*, at para. 19. This principle emerged in the

Le principe primordial de justice fondamentale applicable ici est le suivant : l'État ne peut détenir longtemps une personne sans lui avoir préalablement permis de bénéficier d'une procédure judiciaire équitable : *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46. « C'est un ancien principe vénérable que nul ne peut être privé de sa liberté sans avoir pu bénéficier de l'application régulière de la loi, qui doit comporter un processus

era of feudal monarchy, in the form of the right to be brought before a judge on a motion of *habeas corpus*. It remains as fundamental to our modern conception of liberty as it was in the days of King John.

This basic principle has a number of facets. It comprises the right to a *hearing*. It requires that the hearing be *before an independent and impartial magistrate*. It demands a *decision by the magistrate on the facts and the law*. And it entails the *right to know the case put against one*, and the *right to answer that case*. Precisely how these requirements are met will vary with the context. But for s. 7 to be satisfied, each of them must be met in substance.

The *IRPA* process includes a hearing. The process consists of two phases, one executive and one judicial. There is no hearing at the executive phase that results in issuance of the certificate. However, this is followed by a review before a judge, where the named person is afforded a hearing. Thus, the first requirement, that of a hearing, is met.

Questions arise, however, on the other requirements, namely: that the judge be independent and impartial; that the judge make a judicial decision based on the facts and the law; and finally, that the named person be afforded an opportunity to meet the case put against him or her by being informed of that case and being allowed to question or counter it. I conclude that the *IRPA* scheme meets the first requirement of independence and impartiality, but fails to satisfy the second and third requirements, which are interrelated here.

4. Is the Judge Independent and Impartial?

Although the scope of the required hearing can vary according to context (*Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2

judiciaire valable » : *Ferras*, par. 19. Ce principe a vu le jour à l'époque de la monarchie féodale, sous la forme du droit de comparaître devant un juge à la suite d'une demande d'*habeas corpus*. Il demeure aussi fondamental dans notre conception moderne de la liberté qu'il l'était à l'époque du Roi Jean.

Ce principe de base comporte de nombreuses facettes, y compris le droit à une *audition*. Il commande que cette audition se déroule *devant un magistrat indépendant et impartial*, et que la *décision du magistrat soit fondée sur les faits et sur le droit*. Il emporte le *droit de chacun de connaître la preuve produite contre lui* et le *droit d'y répondre*. La façon précise de se conformer à ces exigences variera selon le contexte. Mais pour respecter l'art. 7, il faut satisfaire pour l'essentiel à chacune d'elles.

Le processus établi par la *LIPR* comporte une audition. Il comprend deux étapes, l'une de nature exécutive, l'autre de nature judiciaire. Il n'y a pas d'audition à l'étape de nature exécutive qui mène à la délivrance du certificat. Celle-ci est toutefois suivie d'un examen par un juge désigné, à l'occasion duquel la personne désignée a droit à une audition. Par conséquent, le processus répond à la première exigence, soit la tenue d'une audition.

Les autres exigences soulèvent toutefois les questions suivantes : le juge est-il indépendant et impartial? Le juge prononce-t-il un jugement fondé sur les faits et sur le droit? Enfin, la personne désignée a-t-elle la possibilité de répondre aux allégations formulées contre elle en prenant connaissance de la preuve et en ayant la possibilité de la contester ou de présenter une contre-preuve? Je conclus que le régime établi par la *LIPR* répond à la première exigence, soit celle de l'indépendance et de l'impartialité du juge, mais ne satisfait ni à la deuxième ni à la troisième, qui sont interreliées en l'espèce.

4. Le juge est-il indépendant et impartial?

Même si la portée de l'audition requise peut varier selon le contexte (*Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2

29

30

31

32

S.C.R. 817), a hearing must include “[a]n independent judicial phase and an impartial judge” (*Ferras*, at para. 25). This requirement is also consistent with the unwritten constitutional principle of judicial independence: *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3. It has also been called “the cornerstone of the common law duty of procedural fairness” (*Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 248, 2004 SCC 42 (“*Re Bagri*”), at para. 81), and is necessary in order to ensure judicial impartiality: *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114, at p. 139. It is not enough that the judge in fact be independent and impartial; fundamental justice requires that the judge also appear to be independent and impartial. This flows from the fact that judicial independence has two facets: actual independence and perceived independence (*Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, at p. 689).

R.C.S. 817), elle doit comprendre « [u]ne étape judiciaire indépendante et un juge impartial » (*Ferras*, par. 25). Cette exigence est aussi compatible avec le principe constitutionnel non écrit de l’indépendance judiciaire : *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l’Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3. Cette indépendance a aussi été décrite comme « la pierre d’assise de l’obligation d’équité procédurale reconnue par la common law » (*Demande fondée sur l’art. 83.28 du Code criminel (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 248, 2004 CSC 42 (« *Re Bagri* »), par. 81) et elle est nécessaire pour garantir l’impartialité judiciaire : *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, p. 139. Il ne suffit pas que ce juge soit indépendant et impartial en réalité; la justice fondamentale exige en effet qu’il le soit aussi en apparence. Cette règle découle du fait que l’indépendance judiciaire a deux facettes : l’indépendance réelle et la perception d’indépendance (*Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, p. 689).

33 The *IRPA* scheme provides for the certificate issued by the ministers to be reviewed by a “designated judge”, a judge of the Federal Court of Canada. The question here is whether, from an institutional perspective, the role assigned to designated judges under the *IRPA* leads to a perception that independence and impartiality are compromised.

Selon le régime créé par la *LIPR*, le certificat délivré par les ministres doit être examiné par un « juge désigné », un juge de la Cour fédérale du Canada. La question qui se pose en l’espèce est celle de savoir si, du point de vue institutionnel, le rôle confié aux juges désignés par la *LIPR* crée l’impression que leur indépendance et leur impartialité est compromise.

34 The designated judge has been aptly described as the “cornerstone of the procedure established by Parliament” in the *IRPA* (*Charkaoui (Re)*, [2004] 3 F.C.R. 32, 2003 FC 1419, at para. 120, *per* Noël J.). The judge is the sole avenue of review for the named person and the only person capable of providing the essential judicial component of the process.

Le juge désigné a été décrit avec justesse comme la « pierre angulaire de la procédure établie par le législateur » dans la *LIPR* (*Charkaoui (Re)*, [2004] 3 R.C.F. 32, 2003 CF 1419, par. 120, le juge Noël). Le juge est l’unique voie de recours pour la personne désignée et la seule personne capable de conférer au processus son caractère judiciaire essentiel.

35 When reviewing the certificate, the judge sees all the material relied on by the government. But if the government claims confidentiality for certain material, the judge cannot share this material with the named person. The judge must make his or her decision without hearing any objections the named person might be able to make, were he or she granted access to the whole of the record. Part of the hearing may be held *in camera*, with only the

Lorsqu’il examine le certificat, le juge prend connaissance de tous les renseignements sur lesquels s’est fondé le gouvernement. Néanmoins, si ce dernier invoque la confidentialité de certains renseignements, le juge ne peut les communiquer à la personne désignée. Il doit donc rendre sa décision sans entendre les objections que la personne désignée pourrait faire valoir si elle avait accès au dossier en entier. Une partie de l’audience peut se

judge and the government lawyers in the room. The named person is not there. His or her lawyer is not there. There is no one to speak for the person or to test the evidence put against him or her.

These circumstances may give rise to a perception that the designated judge under the *IRPA* may not be entirely independent and impartial as between the state and the person named in the certificate. Speaking at a conference in March 2002, Hugessen J. of the Federal Court expressed unease with the role assigned to designated judges under the *IRPA*:

We do not like this process of having to sit alone hearing only one party, and looking at the materials produced by only one party

If there is one thing that I learned in my practice at the Bar, and I have managed to retain it through all these years, it is that good cross-examination requires really careful preparation and a good knowledge of your case. And by definition, judges do not do that. . . . [W]e do not have any knowledge except what is given to us and when it is only given to us by one party we are not well suited to test the materials that are put before us. [Emphasis added.]

(J. K. Hugessen, “Watching the Watchers: Democratic Oversight”, in D. Daubney et al., eds., *Terrorism, Law and Democracy: How is Canada changing following September 11?* (2002), 381, at p. 384)

Three related concerns arise with respect to independence and impartiality. First is the concern that the *IRPA* may be perceived to deprive the judge of his or her independent judicial role and co-opt the judge as an agent of the executive branch of government. Second is the concern that the designated judge functions as an investigative officer rather than a judge. Third is the concern that the judge, whose role includes compensating for the fact that the named person may not have access to material and may not be present at the hearing, will become associated with this person’s case.

dérouler à huis clos en présence uniquement du juge et des avocats du gouvernement. Ni la personne désignée ni son avocat ne sont présents. Personne n’est là pour parler au nom de la personne désignée ou pour contester les éléments de preuve produits contre elle.

Ces circonstances peuvent créer l’impression que le juge désigné sous le régime de la *LIPR* n’est peut-être pas complètement indépendant et impartial à l’égard de l’État et de la personne désignée dans le certificat. Dans le cadre d’une conférence, en mars 2002, le juge Hugessen de la Cour fédérale a exprimé sa réticence devant le rôle confié aux juges désignés par la *LIPR* :

[TRADUCTION] Nous n’aimons pas ce processus qui consiste à entendre seulement une partie et à prendre connaissance des documents produits par une seule partie . . .

S’il est une chose que j’ai apprise dans l’exercice de la profession d’avocat, et que je n’ai pas oubliée après toutes ces années, c’est qu’un bon contre-interrogatoire demande une préparation très minutieuse et une bonne connaissance de la cause. Or, par définition, les juges ne font pas ce genre de travail. [. . .] [N]ous ne connaissons rien de la cause à part ce qu’on nous en dit et lorsque l’information que nous recevons émane d’une seule partie, nous ne sommes pas vraiment en mesure d’en apprécier la valeur. [Je souligne.]

(J. K. Hugessen, « Watching the Watchers : Democratic Oversight », dans D. Daubney et autres, dir., *Terrorisme, droit et démocratie : Comment le Canada a-t-il changé après le 11 septembre?* (2002), 381, p. 384)

Trois problèmes se posent relativement à l’indépendance et à l’impartialité. Premièrement, la *LIPR* peut être perçue comme dépouillant le juge de sa fonction de magistrat indépendant pour lui attribuer le rôle de mandataire du pouvoir exécutif. Deuxièmement, le juge désigné agirait comme un enquêteur plutôt que comme un juge. Troisièmement, comme son rôle consiste aussi à pallier la possibilité que la personne désignée n’ait pas accès à l’information et ne puisse assister à l’audience, le juge pourrait devenir associé à la cause de cette personne.

38

The first concern is linked to the degree of deference that the judge accords to the ministers' conclusion that the facts supported the issuance of a certificate and the detention of the named person. Judges working under the process have eschewed an overly deferential approach, insisting instead on a searching examination of the reasonableness of the certificate on the material placed before them: *Jaballah, Re* (2004), 247 F.T.R. 68, 2004 FC 299; *Charkaoui (Re)*, [2005] 2 F.C.R. 299, 2004 FCA 421, at para. 74. They are correct to do so, having regard to the language of the provision, the history of its adoption, and the role of the designated judge.

39

First, an active role for the designated judge is justified by the language of the *IRPA* and the standards of review it establishes. The statute requires the designated judge to determine whether the certificate is "reasonable", and emphasizes factual scrutiny by instructing the judge to do so "on the basis of the information and evidence available" (s. 80(1)). This language, as well as the accompanying factual, legal and administrative context, leads to the conclusion that the designated judge must review the certificate on a standard of reasonableness. Likewise, since the ministers' decision to detain a permanent resident is based on "reasonable grounds to believe" (s. 82(1)), "[i]t is logical to assume that in subsequent reviews by a designated judge, the same standard will be used" (*Charkaoui (Re)*, [2005] 3 F.C.R. 389, 2005 FC 248, at para. 30). The "reasonable grounds to believe" standard requires the judge to consider whether "there is an objective basis . . . which is based on compelling and credible information": *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 S.C.R. 100, 2005 SCC 40, at para. 114. "Reasonable grounds to believe" is the appropriate standard for judges to apply when reviewing a continuation of detention under the certificate provisions of the *IRPA*. The *IRPA* therefore does not ask the designated judge to be deferential, but, rather, asks him or her to engage in a searching review.

Le premier problème tient au degré de retenue du juge envers la conclusion des ministres selon laquelle les faits justifiaient la délivrance du certificat et la détention de la personne désignée. Dans le contexte de ce processus, les juges évitent de faire preuve d'une retenue excessive, insistant plutôt sur un examen rigoureux du caractère raisonnable du certificat à partir des renseignements dont ils disposent : *Jaballah, Re* (2004), 247 F.T.R. 68, 2004 CF 299; *Charkaoui (Re)*, [2005] 2 R.C.F. 299, 2004 CAF 421, par. 74. C'est à bon droit qu'ils agissent ainsi, étant donné le libellé de la disposition législative, l'historique de son adoption et le rôle du juge désigné.

Premièrement, le libellé de la *LIPR* et la norme de contrôle qu'elle établit justifient que le juge désigné joue un rôle actif. La loi exige que les juges désignés décident du « caractère raisonnable » des certificats et insiste sur l'examen minutieux des faits en donnant instruction au juge de rendre sa décision « compte tenu des renseignements et autres éléments de preuve dont il dispose » (par. 80(1)). Ces termes, ainsi que leur contexte factuel, juridique et administratif, mènent à la conclusion que le juge désigné doit examiner le certificat selon la norme du caractère raisonnable. De même, comme la décision des ministres de détenir un résident permanent est fondée sur « des motifs raisonnables de croire » (par. 82(1)), « [i]l est logique de penser que lors de révisions subséquentes par un juge désigné, la même norme sera utilisée » (*Charkaoui (Re)*, [2005] 3 R.C.F. 389, 2005 CF 248, par. 30). La norme des « motifs raisonnables de croire » exige que le juge se demande s'il existe « un fondement objectif reposant sur des renseignements concluants et dignes de foi » : *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 100, 2005 CSC 40, par. 114. C'est la norme des « motifs raisonnables de croire » que les juges doivent appliquer lorsqu'ils contrôlent le maintien en détention sous le régime des dispositions de la *LIPR* régissant les certificats. La *LIPR* n'impose pas une grande retenue au juge désigné, mais l'oblige à procéder à un examen approfondi.

This interpretation of the *IRPA* is confirmed by statements made in the course of the adoption of the scheme. While it was considering the *IRPA*, the Standing Committee on Citizenship and Immigration was informed that the role of the designated judge would be to avoid treatment that is unfair, arbitrary, or in violation of due process (Transcript of the Standing Committee on Citizenship and Immigration, Thursday, April 26, 2001 (online)).

Finally, the fact that the designated judge may have access to more information than the ministers did in making their initial decision to issue a certificate and detain suggests that the judge possesses relative expertise on the matters at issue and is no mere rubber stamp: *Charkaoui (Re)*, 2003 FC 1419, at para. 125.

I conclude that a non-deferential role for the designated judge goes some distance toward alleviating the first concern, that the judge will be perceived to be in the camp of the government.

The second concern is that the judge may be seen to function more as an investigator than as an independent and impartial adjudicator. The law is clear that the principles of fundamental justice are breached if a judge is reduced to an executive, investigative function. At the same time, the mere fact that a judge is required to assist in an investigative activity does not deprive the judge of the requisite independence. In *Re Bagri*, the Court considered whether a provision of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, that provides for a judge to assist the state in gathering evidence in the investigation of a terrorist offence violated s. 7 or s. 11(d) of the *Charter*. Under s. 83.28, a judge can order a person to attend before the judge (or before another judge) to give information on a suspected past or future terrorism offence, and supervise the taking of the person's statement. The hearing can take place *in camera*, and its very existence can be kept secret. Critics of s. 83.28 argued that it co-opts the presiding judge into performing an

Cette interprétation de la *LIPR* est corroborée par des déclarations faites durant le processus d'adoption du régime. Les témoignages présentés au Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration qui étudiait la *LIPR* lui ont révélé que le rôle du juge désigné consiste à éviter tout traitement injuste ou arbitraire et à garantir l'application régulière de la loi (Transcription des travaux du Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration, le jeudi 26 avril 2001 (en ligne)).

Enfin, le fait que le juge désigné ait accès à plus de renseignements que les ministres n'en avaient à leur disposition pour prendre leur décision initiale de délivrer un certificat et de mettre l'intéressé en détention porte à croire que le juge est relativement bien placé pour apprécier les questions en litige et ne se contente pas d'entériner machinalement cette décision : *Charkaoui (Re)*, 2003 CF 1419, para. 125.

Je conclus qu'attribuer au juge désigné un rôle qui ne l'oblige pas à faire preuve de retenue contribue à atténuer le premier problème, soit la possibilité que le juge soit perçu comme appartenant au camp du gouvernement.

Deuxièmement, on craint que le juge soit perçu davantage comme un enquêteur que comme un arbitre indépendant et impartial. Il est clair en droit qu'il serait contraire aux principes de justice fondamentale que le juge exerce une fonction purement exécutive, qui se limite à une enquête. Par contre, le simple fait qu'un juge soit appelé à participer à une activité d'enquête ne le prive pas de l'indépendance requise. Dans *Re Bagri*, la Cour devait décider si une disposition du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, qui autorise un juge à aider l'État à rechercher des éléments de preuve dans le cadre d'une enquête sur une infraction de terrorisme contrevenait à l'art. 7 ou à l'al. 11d) de la *Charte*. L'article 83.28 permet au juge d'ordonner qu'une personne comparaisse devant lui (ou devant un autre juge) pour fournir de l'information sur une infraction de terrorisme commise ou appréhendée et à superviser son interrogatoire. L'audience peut se dérouler à huis clos et même sa tenue peut être gardée secrète. Les critiques formulées contre l'art.

40

41

42

43

investigative rather than an adjudicative role. The majority held that the provision violates neither s. 7 of the *Charter* nor the unwritten principle of judicial independence. It stressed that s. 83.28 gives judges broad discretion to vary the terms of the order made under it and to ensure that constitutional and common law values are respected. It also noted that judges routinely participate in investigations in the criminal context and that their role in these situations is to “act as a check against state excess” (para. 86), and emphasized that in the context of investigative hearings the judge was not asked to question the individual or challenge the evidence, but merely to mediate and ensure the fairness of the proceeding. However, it warned that “once legislation invokes the aid of the judiciary, we must remain vigilant to ensure that the integrity of its role is not compromised or diluted” (para. 87).

44

The *IRPA* provisions before the Court, like s. 83.28 of the *Criminal Code*, preserve the essential elements of the judicial role. It is even clearer in this case than in *Re Bagri* that the process established by the legislation at issue is not purely investigative; the judge’s task of determining whether the certificate is “reasonable” seems on its face closer to adjudicative review of an executive act than to investigation. On the other hand, the provisions seem to require the judge to actively vet the evidence, an activity that the Court viewed as suspect in *Re Bagri*. Noël J., the designated judge for Mr. Charkaoui’s case, stated:

Designated judges preside over hearings and hear the Minister’s witnesses. They examine witnesses themselves as the need arises. They examine the documents carefully to determine which information is related to security and which information is not. In order to do so, they examine, among other things, the sources of the information, the way in which it was obtained, the reliability of the sources and the

83.28 voulaient qu’il permette au juge d’exercer des fonctions d’enquête plutôt que sa fonction juridictionnelle. La majorité a conclu que cette disposition ne viole ni l’art. 7 de la *Charte* ni le principe non écrit de l’indépendance judiciaire. Elle a précisé que l’art. 83.28 confère au juge un vaste pouvoir discrétionnaire pour fixer et modifier les modalités de l’ordonnance rendue en application de cet article et pour veiller au respect des valeurs reconnues par la Constitution et par la common law. La majorité a aussi souligné que les juges participent couramment à des enquêtes dans le contexte criminel et que, dans ces situations, leur rôle consiste à « refréner les excès de l’État » (par. 86). Elle a insisté sur le fait que, dans le cadre d’une enquête, le juge n’était pas appelé à poser des questions à l’intéressé ni à contester les éléments de preuve, mais simplement à agir comme médiateur et à garantir l’équité procédurale. Par contre, elle a prévenu que « dès qu’une mesure législative requiert l’aide du pouvoir judiciaire, il faut veiller à ce que l’intégrité du rôle de ce dernier ne soit ni compromise ni diminuée » (par. 87).

Les dispositions de la *LIPR* en cause, à l’instar de l’art. 83.28 du *Code criminel*, préservent les éléments essentiels de la fonction judiciaire. Il est encore plus clair en l’espèce que dans *Re Bagri* que le processus établi par la loi n’est pas strictement de la nature d’une enquête; la tâche du juge de décider du « caractère raisonnable » du certificat semble d’emblée s’apparenter davantage au contrôle judiciaire d’un acte de l’exécutif qu’à une enquête. D’autre part, les dispositions semblent exiger que le juge passe concrètement les éléments de preuve au crible, tâche qui paraissait suspecte aux yeux de la Cour dans *Re Bagri*. Le juge Noël, juge désigné dans la cause de M. Charkaoui, a affirmé :

Le juge désigné préside les audiences et entend les témoins présentés par les ministres. Au besoin, il interroge lui-même ces témoins. Il examine soigneusement la documentation pour déterminer quels renseignements sont liés à la sécurité et lesquels ne le sont pas. Pour ce faire, il examine entre autres les sources des renseignements, la façon dont ces renseignements ont été obtenus, la fiabilité des sources et la méthode

method used, and whether it is possible to corroborate the information by other means.

(2003 FC 1419, at para. 101)

These comments suggest that while the designated judge may be more involved in vetting and skeptically scrutinizing the evidence than would be the case in a normal judicial hearing, the judge is nevertheless performing the adjudicative function of evaluation, rather than the executive function of investigation. However, care must be taken to avoid allowing the investigative aspect of the process to overwhelm its adjudicative aspect.

The third concern is that the judge's role as sole protector of the named person's interest may associate the judge, in fact or perception, with that interest. A judge who is obliged to take on a "defence" role in the absence of counsel may unconsciously become associated with that camp: *R. v. Taubler* (1987), 20 O.A.C. 64, at p. 71; *R. v. Turlon* (1989), 49 C.C.C. (3d) 186 (Ont. C.A.), at p. 191. This concern must be balanced against the opposite concern that the judge may appear to be part of the government scheme and hence in the government's camp. The critical consideration, however, is that the *IRPA* permits — indeed requires — the judge to conduct the review in an independent and judicial fashion. Provided the judge does so, the scheme cannot be condemned on the ground that he or she is, in fact or perception, in the named person's camp.

I conclude that, on its face, the *IRPA* process is designed to preserve the independence and impartiality of the designated judge, as required by s. 7. Properly followed by judges committed to a searching review, it cannot be said to compromise the perceived independence and impartiality of the designated judge.

I note that this conclusion conclusively rebuts the appellant Charkaoui's contention that the *IRPA* breaches the unwritten constitutional principle of

utilisée, ainsi que la possibilité de corroborer ces renseignements par d'autres moyens lorsque cela est possible.

(2003 CF 1419, par. 101)

Ces commentaires indiquent que, même si un juge désigné participe davantage au criblage et à l'examen critique des éléments de preuve que dans le cadre d'une audition judiciaire normale, il continue d'exercer sa fonction judiciaire d'évaluation, plutôt que la fonction exécutive d'enquête. Il faut toutefois veiller à ce que le volet d'enquête du processus n'en supplante pas le volet judiciaire.

Troisièmement, on craint que le juge, en raison de son rôle de protecteur unique des intérêts de la personne désignée, puisse être associé, en réalité ou en apparence, aux intérêts de cette personne. Un juge tenu d'assumer le rôle de la « défense » en l'absence d'un avocat pourrait devenir inconsciemment associé à ce camp : *R. c. Taubler* (1987), 20 O.A.C. 64, p. 71; *R. c. Turlon* (1989), 49 C.C.C. (3d) 186 (C.A. Ont.), p. 191. Cette crainte doit être soupesée en regard de l'éventualité opposée que le juge soit perçu comme faisant partie intégrante du régime gouvernemental et appartenant au camp du gouvernement. La considération déterminante est toutefois que la *LIPR* permet au juge — lui enjoint en fait — de procéder au contrôle en agissant comme un magistrat indépendant exerçant des fonctions judiciaires. Dans la mesure où le juge agit effectivement ainsi, le régime ne peut être condamné sous prétexte que le juge se rangerait, en réalité ou en apparence, dans le camp de la personne désignée.

Je conclus qu'il ressort, à la simple lecture de la *LIPR*, que le processus qu'elle établit est conçu de façon à préserver l'indépendance et l'impartialité du juge désigné, comme l'exige l'art. 7. On ne saurait dire que l'indépendance et l'impartialité apparentes du juge désigné sont compromises, lorsque les juges appliquent correctement ce processus en procédant à un examen approfondi.

Soulignons que cette conclusion réfute définitivement la prétention de M. Charkaoui selon laquelle la *LIPR* contrevient au principe constitutionnel non

45

46

47

judicial independence affirmed in *Provincial Court Judges' Assn. of New Brunswick v. New Brunswick (Minister of Justice)*, [2005] 2 S.C.R. 286, 2005 SCC 44.

5. Is the Decision Based on the Facts and the Law?

48

To comply with s. 7 of the *Charter*, the magistrate must make a decision based on the facts and the law. In the extradition context, the principles of fundamental justice have been held to require, “at a minimum, a meaningful judicial assessment of the case on the basis of the evidence and the law. A judge considers the respective rights of the litigants or parties and makes findings of fact on the basis of evidence and applies the law to those findings. Both facts and law must be considered for a true adjudication. Since *Bonham's Case* [(1610), 8 Co. Rep. 113b, 77 E.R. 646], the essence of a judicial hearing has been the treatment of facts revealed by the evidence in consideration of the substantive rights of the parties as set down by law” (*Ferras*, at para. 25). The individual and societal interests at stake in the certificate of inadmissibility context suggest similar requirements.

49

The *IRPA* process at issue seeks to meet this requirement by placing material before the judge for evaluation. As a practical matter, most if not all of the material that the judge considers is produced by the government and can be vetted for reliability and sufficiency only by the judge. The normal standards used to ensure the reliability of evidence in court do not apply: s. 78(j). The named person may be shown little or none of the material relied on by the ministers and the judge, and may thus not be in a position to know or challenge the case against him or her. It follows that the judge's decision, while based on the evidence before him or her, may not be based on all of the evidence available.

50

There are two types of judicial systems, and they ensure that the full case is placed before the judge in two different ways. In inquisitorial systems, as in

écrit de l'indépendance judiciaire reconnu dans *Assoc. des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick c. Nouveau-Brunswick (Ministre de la Justice)*, [2005] 2 R.C.S. 286, 2005 CSC 44.

5. La décision est-elle fondée sur les faits et sur le droit?

Pour se conformer à l'art. 7 de la *Charte*, le magistrat doit rendre une décision fondée sur les faits et sur le droit. Dans le contexte de l'extradition, il a été jugé que la justice fondamentale « impose aux tribunaux au moins l'obligation de procéder à une appréciation valable de l'affaire en fonction de la preuve et du droit. Le juge examine les droits respectifs des parties et, d'après la preuve, tire des conclusions de fait auxquelles il applique le droit. Il doit examiner autant les faits que le droit pour arriver à une conclusion valable. Depuis l'affaire *Bonham* [(1610), 8 Co. Rep. 113b, 77 E.R. 646], l'essence d'une audience judiciaire est de traiter les faits révélés par la preuve selon les droits substantiels que la loi confère aux parties » (*Ferras*, par. 25). Les intérêts individuels et sociétaux en jeu dans le contexte des certificats d'interdiction de territoire supposent l'application d'une exigence semblable.

Le processus établi par la *LIPR* est censé répondre à cette exigence par la production de renseignements soumis à l'appréciation du juge. En pratique, la plupart sinon la totalité des documents examinés par le juge sont produits par le gouvernement et seul le juge peut les passer au crible pour déterminer s'ils sont fiables et suffisants. Les normes servant habituellement à garantir la fiabilité de la preuve soumise aux tribunaux ne s'appliquent pas : al. 78j). Il se peut que la personne désignée ne puisse pas prendre connaissance de la totalité ou d'une grande partie des renseignements sur lesquels s'appuient les ministres et le juge, et qu'elle ne soit donc pas en mesure de connaître ou de contester les allégations formulées contre elle. Par conséquent, le juge peut rendre une décision qui, bien que fondée sur la preuve dont il dispose, n'est pas fondée sur tous les éléments de preuve disponibles.

Il existe deux types de systèmes de justice, qui garantissent de deux manières différentes que le juge dispose d'une preuve complète. Dans un système de

Continental Europe, the judge takes charge of the gathering of evidence in an independent and impartial way. By contrast, an adversarial system, which is the norm in Canada, relies on the parties — who are entitled to disclosure of the case to meet, and to full participation in open proceedings — to produce the relevant evidence. The designated judge under the *IRPA* does not possess the full and independent powers to gather evidence that exist in the inquisitorial process. At the same time, the named person is not given the disclosure and the right to participate in the proceedings that characterize the adversarial process. The result is a concern that the designated judge, despite his or her best efforts to get all the relevant evidence, may be obliged — perhaps unknowingly — to make the required decision based on only part of the relevant evidence. As Hugessen J. has noted, the adversarial system provides “the real warranty that the outcome of what we do is going to be fair and just” (p. 385); without it, the judge may feel “a little bit like a fig leaf” (Proceedings of the March 2002 Conference, at p. 386).

Judges of the Federal Court have worked assiduously to overcome the difficulties inherent in the role the *IRPA* has assigned to them. To their credit, they have adopted a pseudo-inquisitorial role and sought to seriously test the protected documentation and information. But the role remains *pseudo*-inquisitorial. The judge is not afforded the power to independently investigate all relevant facts that true inquisitorial judges enjoy. At the same time, since the named person is not given a full picture of the case to meet, the judge cannot rely on the parties to present missing evidence. The result is that, at the end of the day, one cannot be sure that the judge has been exposed to the whole factual picture.

Similar concerns arise with respect to the requirement that the decision be based on the law. Without knowledge of the information put against him or her, the named person may not be in a position to raise legal objections relating to the evidence, or

type inquisitoire, comme on en retrouve notamment sur le continent européen, le juge dirige la collecte des éléments de preuve de façon impartiale et indépendante. Par contraste, un système contradictoire, qui constitue la norme au Canada, compte sur les parties — qui ont le droit de connaître les allégations formulées contre elles et de participer pleinement à une procédure publique — pour qu’elles produisent les éléments de preuve pertinents. Sous le régime de la *LIPR*, le juge désigné n’est pas investi de tous les pouvoirs indépendants de colliger les éléments de preuve que lui conférerait le processus inquisitoire. Par contre, la personne désignée ne bénéficie ni de la divulgation de la preuve ni du droit de participer à la procédure qui caractérisent le processus contradictoire. En conséquence, on craint que le juge désigné, en dépit des efforts qu’il déploie pour obtenir toute la preuve pertinente, puisse être obligé — peut-être sans le savoir — de rendre la décision requise sur le fondement d’une partie seulement de la preuve pertinente. Comme l’a noté le juge Hugessen, le système contradictoire [TRADUCTION] « garantit réellement que l’issue de notre travail sera équitable et juste » (p. 385); sans lui, le juge pourrait avoir « un peu le sentiment d’être une feuille de vigne » (Actes de la conférence de mars 2002, p. 386).

Les juges de la Cour fédérale ont travaillé avec acharnement pour surmonter les difficultés inhérentes au rôle que la *LIPR* leur a confié. Ils sont louables d’avoir assumé un rôle pseudo-inquisitoire et essayé de vérifier sérieusement les documents et les renseignements protégés. Leur rôle demeure néanmoins *pseudo*-inquisitoire. Le juge n’a pas, contrairement aux juges d’un véritable système inquisitoire, le pouvoir d’enquêter de façon indépendante sur tous les faits pertinents. Par ailleurs, comme la personne désignée n’est pas pleinement informée de ce qu’on lui reproche, le juge ne peut pas compter sur les parties pour lui présenter la preuve manquante. En définitive, on ne peut jamais avoir la certitude que le juge a pu prendre connaissance de tous les faits.

Des problèmes semblables se posent quant au respect de l’exigence voulant que la décision soit fondée sur le droit. Ne sachant pas ce qui lui est reproché, il se peut que la personne désignée ne soit pas en mesure de soulever une objection juridique

to develop legal arguments based on the evidence. The named person is, to be sure, permitted to make legal representations. But without disclosure and full participation throughout the process, he or she may not be in a position to put forward a full legal argument.

6. Is the “Case to Meet” Principle Satisfied?

53

Last but not least, a fair hearing requires that the affected person be informed of the case against him or her, and be permitted to respond to that case. This right is well established in immigration law. The question is whether the procedures “provide an adequate opportunity for [an affected person] to state his case and know the case he has to meet” (*Singh*, at p. 213). Similarly, in *Suresh*, the Court held that a person facing deportation to torture under s. 53(1)(b) of the former *Immigration Act*, R.S.C. 1985, c. I-2, must “[n]ot only . . . be informed of the case to be met . . . [but] also be given an opportunity to challenge the information of the Minister where issues as to its validity arise” (para. 123).

54

Under the *IRPA*’s certificate scheme, the named person may be deprived of access to some or all of the information put against him or her, which would deny the person the ability to know the case to meet. Without this information, the named person may not be in a position to contradict errors, identify omissions, challenge the credibility of informants or refute false allegations. This problem is serious in itself. It also underlies the concerns, discussed above, about the independence and impartiality of the designated judge, and the ability of the judge to make a decision based on the facts and law.

55

Confidentiality is a constant preoccupation of the certificate scheme. The judge “shall ensure” the confidentiality of the information on which the certificate is based and of any other evidence if, in the opinion of the judge, disclosure would be

contre un élément de preuve ou de faire valoir des arguments de droit fondés sur la preuve. Certes, la personne désignée est autorisée à présenter des arguments juridiques. Toutefois, sans la divulgation de la preuve et sans sa pleine participation du début à la fin du processus, elle n’est peut-être pas en mesure de préparer une argumentation complète sur les questions de droit.

6. Le principe selon lequel une partie a le droit de savoir ce qu’on lui reproche est-il respecté?

Dernier élément, qui n’est toutefois pas le moindre, une audition équitable suppose que l’intéressé soit informé des allégations formulées contre lui et ait la possibilité d’y répondre. Ce droit est bien établi en droit de l’immigration. Il s’agit de savoir si la procédure offre « à la personne [visée] une possibilité suffisante d’exposer sa cause et de savoir ce qu’elle doit prouver » (*Singh*, p. 213). De même, dans *Suresh*, la Cour a statué qu’une personne susceptible d’être expulsée vers un pays où elle risque la torture, en application de l’al. 53(1)b) de l’ancienne *Loi sur l’immigration*, L.R.C. 1985, ch. I-2, « doit non seulement être informé[e] des éléments invoqués contre [elle], mais aussi avoir la possibilité de contester l’information recueillie par la ministre lorsque sa validité peut être mise en doute » (par. 123).

Sous le régime de certificats établi dans la *LIPR*, il est possible que la personne désignée n’ait pas accès à la totalité ou à une partie des renseignements produits contre elle, ce qui l’empêche de savoir ce qu’elle doit prouver. Il se peut que, privée de ces renseignements, elle ne soit pas en mesure de corriger les erreurs, relever les omissions, attaquer la crédibilité des informateurs ou réfuter les faussetés. Ce problème est sérieux en soi. De surcroît, il alimente les craintes mentionnées précédemment concernant l’indépendance et l’impartialité du juge désigné et sa capacité à rendre une décision fondée sur les faits et sur le droit.

La confidentialité constitue une préoccupation constante dans le régime de certificats. Le juge « est tenu » de garantir la confidentialité des renseignements justifiant le certificat et des autres éléments de preuve dont la divulgation porterait atteinte,

injurious to national security or to the safety of any person: s. 78(b). At the request of either minister “at any time during the proceedings”, the judge “shall hear” information or evidence in the absence of the named person and his or her counsel if, in the opinion of the judge, its disclosure would be injurious to national security or to the safety of any person: s. 78(e). The judge “shall provide” the named person with a summary of information that enables him or her to be reasonably informed of the circumstances giving rise to the certificate, but the summary cannot include anything that would, in the opinion of the judge, be injurious to national security or to the safety of any person: s. 78(h). Ultimately, the judge may have to consider information that is not included in the summary: s. 78(g). In the result, the judge may be required to decide the case, wholly or in part, on the basis of information that the named person and his or her counsel never see. The named person may know nothing of the case to meet, and although technically afforded an opportunity to be heard, may be left in a position of having no idea as to what needs to be said.

The same concerns arise with respect to the detention review process under ss. 83 and 84 of the *IRPA*. Section 78 applies to detention reviews under s. 83, and it has been found to apply to detention reviews under s. 84(2): *Almrei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 3 F.C.R. 142, 2005 FCA 54, at paras. 71-72.

The right to know the case to be met is not absolute. Canadian statutes sometimes provide for *ex parte* or *in camera* hearings, in which judges must decide important issues after hearing from only one side. In *Rodgers*, the majority of this Court declined to recognize notice and participation as invariable constitutional norms, emphasizing a context-sensitive approach to procedural fairness. And in *Goodis v. Ontario (Ministry of Correctional Services)*, [2006] 2 S.C.R. 32, 2006 SCC 31, the Court, *per* Rothstein J., held that while “[h]earing from both sides of an issue is a principle to be departed from only in exceptional circumstances”, in the ordinary case, a judge would be

selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d’autrui : al. 78b). À la demande de l’un ou l’autre des ministres, présentée en tout temps au cours de la procédure, le juge « examine », en l’absence de la personne désignée et de son conseil, des renseignements ou des éléments de preuve dont la divulgation porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d’autrui : al. 78e). Le juge « fournit » un résumé des renseignements à la personne désignée, afin de lui permettre d’être suffisamment informée des circonstances ayant donné lieu au certificat. Toutefois, ce résumé ne comporte aucun élément dont la divulgation porterait atteinte, selon le juge, à la sécurité nationale ou à la sécurité d’autrui : al. 78h). En définitive, le juge peut devoir tenir compte de renseignements qui ne font pas partie du résumé : al. 78g). Ainsi, il peut arriver que le juge doive rendre sa décision entièrement ou en partie sur la foi de renseignements que la personne désignée et son avocat ne verront jamais. La personne désignée pourrait ignorer totalement ce qu’on lui reproche et, même si elle a techniquement la possibilité d’être entendue, n’avoir aucune idée de la preuve qu’elle doit présenter.

Le même problème se pose relativement à la procédure de contrôle de la détention établie aux art. 83 et 84 de la *LIPR*. L’article 78 s’applique au contrôle de la détention visé à l’art. 83 et il a été jugé applicable au contrôle de la détention visé au par. 84(2) : *Almrei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2005] 3 R.C.F. 142, 2005 CAF 54, par. 71-72.

Le droit d’une partie de connaître la preuve qui pèse contre elle n’est pas absolu. Les lois canadiennes prévoient parfois la tenue d’audiences à huis clos ou *ex parte* au cours desquelles les juges doivent trancher des questions importantes après avoir entendu les arguments d’une seule partie. Dans *Rodgers*, la majorité de la Cour a refusé de reconnaître qu’un préavis et la participation à l’audition constituent des normes constitutionnelles immuables, insistant sur le principe voulant que l’équité procédurale dépende du contexte. Dans *Goodis c. Ontario (Ministère des Services correctionnels)*, [2006] 2 R.C.S. 32, 2006 CSC 31, le juge Rothstein, au nom de la Cour, a précisé que, si « [s]eules des

“well equipped . . . to determine whether a record is subject to [solicitor-client] privilege” without the assistance of counsel on both sides (para. 21).

circonstances exceptionnelles peuvent justifier une dérogation au principe selon lequel il faut entendre le point de vue des deux parties sur une question », en revanche, ordinairement, les juges sont « en mesure de déterminer si un document est protégé » par le secret professionnel de l’avocat, sans l’aide des avocats des deux parties (par. 21).

58

More particularly, the Court has repeatedly recognized that national security considerations can limit the extent of disclosure of information to the affected individual. In *Chiarelli*, this Court found that the Security Intelligence Review Committee could, in investigating certificates under the former *Immigration Act*, 1976, S.C. 1976-77, c. 52 (later R.S.C. 1985, c. I-2), refuse to disclose details of investigation techniques and police sources. The context for elucidating the principles of fundamental justice in that case included the state’s “interest in effectively conducting national security and criminal intelligence investigations and in protecting police sources” (p. 744). In *Suresh*, this Court held that a refugee facing the possibility of deportation to torture was entitled to disclosure of all the information on which the Minister was basing his or her decision, “[s]ubject to privilege or similar valid reasons for reduced disclosure, such as safeguarding confidential public security documents” (para. 122). And, in *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3, 2002 SCC 75, the Court upheld the section of the *Privacy Act*, R.S.C. 1985, c. P-21, that mandates *in camera* and *ex parte* proceedings where the government claims an exemption from disclosure on grounds of national security or maintenance of foreign confidences. The Court made clear that these societal concerns formed part of the relevant context for determining the scope of the applicable principles of fundamental justice (paras. 38-44).

Plus particulièrement, la Cour a reconnu à de nombreuses reprises que des considérations relatives à la sécurité nationale peuvent limiter l’étendue de la divulgation de renseignements à l’intéressé. Dans *Chiarelli*, la Cour a reconnu la légalité de la non-communication des détails relatifs aux méthodes d’enquête et aux sources utilisées par la police dans le cadre de la procédure d’examen des attestations par le Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité sous le régime de l’ancienne *Loi sur l’immigration de 1976*, S.C. 1976-77, ch. 52 (plus tard L.R.C. 1985, ch. I-2). Dans cette cause, le contexte en fonction duquel les principes de justice fondamentale ont été précisés comprenait l’« intérêt [de l’État] à mener efficacement les enquêtes en matière de sécurité nationale et de criminalité et à protéger les sources de renseignements de la police » (p. 744). Dans *Suresh*, la Cour a jugé qu’un réfugié susceptible d’être expulsé vers un pays où il risquait la torture avait le droit d’être informé de tous les renseignements sur lesquels la ministre avait fondé sa décision « sous réserve du caractère privilégié de certains documents ou de l’existence d’autres motifs valables d’en restreindre la communication, comme la nécessité de préserver la confidentialité de documents relatifs à la sécurité publique » (par. 122). De plus, dans *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3, 2002 CSC 75, la Cour a confirmé la constitutionnalité de l’article de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, ch. P-21, qui prescrit la tenue d’une audience à huis clos et *ex parte* lorsque le gouvernement invoque l’exception relative à la sécurité nationale ou aux renseignements confidentiels de source étrangère pour se soustraire à son obligation de communication. La Cour a alors clairement indiqué que ces préoccupations d’ordre social font partie du contexte pertinent dont il faut tenir compte pour déterminer la portée des principes applicables de justice fondamentale (par. 38-44).

In some contexts, substitutes for full disclosure may permit compliance with s. 7 of the *Charter*. For example, in *Rodgers*, the majority of the Court upheld the constitutionality of *ex parte* hearings for applications under s. 487.055 of the *Criminal Code* to take DNA samples from listed multiple offenders, on the ground that the protections Parliament had put in place were adequate (paras. 51-52). Similarly, in *Chiarelli*, the Court upheld the lack of disclosure on the basis that the information disclosed by way of summary and the opportunity to call witnesses and cross-examine RCMP witnesses who testified *in camera* satisfied the requirements of fundamental justice. And in *Ruby*, the Court held that the substitute measures provided by Parliament satisfied the constitutional requirements of procedural fairness (para. 42). Arbour J. stated: “In such circumstances, fairness is met through other procedural safeguards such as subsequent disclosure, judicial review and rights of appeal” (para. 40).

Where limited disclosure or *ex parte* hearings have been found to satisfy the principles of fundamental justice, the intrusion on liberty and security has typically been less serious than that effected by the *IRPA*: *Rodgers*, at para. 53. It is one thing to deprive a person of full information where fingerprinting is at stake, and quite another to deny him or her information where the consequences are removal from the country or indefinite detention. Moreover, even in the less intrusive situations, courts have insisted that disclosure be as specific and complete as possible.

In the context of national security, non-disclosure, which may be extensive, coupled with the grave intrusions on liberty imposed on a detainee, makes it difficult, if not impossible, to find substitute procedures that will satisfy s. 7. Fundamental justice requires substantial compliance with the venerated principle that a person whose liberty is in jeopardy must be given an opportunity to know the

Dans certains contextes, des solutions de rechange à la divulgation complète peuvent satisfaire à l’art. 7 de la *Charte*. Par exemple, dans *Rodgers*, la majorité de la Cour a confirmé la constitutionnalité de l’audition *ex parte* d’une demande présentée en vertu de l’art. 487.055 du *Code criminel* en vue du prélèvement d’échantillons d’ADN de récidivistes désignés parce que les garanties mises en place par le législateur étaient adéquates (par. 51-52). De même, dans *Chiarelli*, la Cour a confirmé la constitutionnalité de la non-communication parce que la divulgation des renseignements dans le résumé, la possibilité de faire entendre des témoins et celle de contre-interroger les témoins de la GRC qui avaient déposé à huis clos répondaient aux exigences de la justice fondamentale. Dans *Ruby*, la Cour a statué que les solutions de rechange prévues par le législateur satisfaisaient aux exigences constitutionnelles d’équité procédurale (par. 42). La juge Arbour a affirmé : « [e]n pareils cas, l’équité est assurée par d’autres garanties procédurales telles que la communication subséquente de la preuve, le contrôle judiciaire et le droit d’appel » (par. 40).

Lorsque la communication limitée ou les audiences *ex parte* ont été jugées conformes aux principes de justice fondamentale, l’atteinte à la liberté et à la sécurité était généralement moins sérieuse que celle portée par la *LIPR* : *Rodgers*, par. 53. C’est une chose de ne pas communiquer tous les renseignements à une personne lorsque seul est en jeu le prélèvement de ses empreintes digitales, c’en est une tout autre de refuser de lui transmettre des renseignements lorsqu’elle peut être renvoyée du pays ou détenue pendant une période indéterminée. Qui plus est, même dans les situations moins attentatoires, les juges ont insisté sur la nécessité de divulguer l’information la plus précise et la plus complète possible.

La non-communication dans le contexte de la sécurité nationale, dont l’étendue peut être assez vaste, ajoutée aux graves atteintes portées à la liberté d’une personne détenue, rend difficile, voire impossible, le recours à une solution de rechange qui satisfasse à l’art. 7. La justice fondamentale exige que soit respecté, pour l’essentiel, le principe vénérable voulant qu’une personne dont la liberté

case to meet, and an opportunity to meet the case. Yet the imperative of the protection of society may preclude this. Information 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. This is a reality of our modern world. If s. 7 is to be satisfied, either the person must be given the necessary information, or a substantial substitute for that information must be found. Neither is the case here.

62

The only protection the *IRPA* accords the named person is a review by a designated judge to determine whether the certificate is reasonable. The ministers argue that this is adequate in that it maintains a “delicate balance” between the right to a fair hearing and the need to protect confidential security intelligence information. The appellants, on the other hand, argue that the judge’s efforts, however conscientious, cannot provide an effective substitute for informed participation.

63

I agree with the appellants. The issue at the s. 7 stage, as discussed above, is not whether the government has struck the right balance between the need for security and individual liberties; that is the issue at the stage of s. 1 justification of an established limitation on a *Charter* right. The question at the s. 7 stage is whether the basic requirements of procedural justice have been met, either in the usual way or in an alternative fashion appropriate to the context, having regard to the government’s objective and the interests of the person affected. The fairness of the *IRPA* procedure rests entirely on the shoulders of the designated judge. Those shoulders cannot by themselves bear the heavy burden of assuring, in fact and appearance, that the decision on the reasonableness of the certificate is impartial, is based on a full view of the facts and law, and reflects the named person’s knowledge of the case to meet. The judge, working under the constraints imposed by the *IRPA*, simply cannot fill the vacuum left by the removal of the traditional guarantees of

est menacée ait la possibilité de connaître la preuve produite contre elle et d’y répondre. Or, il se peut que la nécessité de protéger la société exclue cette possibilité. Des 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. C’est là une réalité de la société moderne. Pour respecter l’art. 7, il faut soit communiquer les renseignements nécessaires à la personne visée, soit trouver une autre façon de l’informer pour l’essentiel. Ni l’un ni l’autre n’a été fait en l’espèce.

La seule protection que la *LIPR* accorde à la personne désignée est l’examen du certificat par un juge désigné qui détermine s’il est raisonnable. Les ministres soutiennent que cette protection est adéquate et qu’elle crée un [TRADUCTION] « équilibre délicat » entre le droit à une audition équitable et la nécessité de préserver la confidentialité du renseignement de sécurité. Pour leur part, les appelants font valoir que les efforts du juge, aussi consciencieux soient-ils, ne constituent pas un substitut valable à la participation éclairée.

Je partage l’opinion des appelants. Rappelons qu’il ne s’agit pas de savoir, à l’étape de l’analyse fondée sur l’art. 7, si le gouvernement a atteint le bon équilibre entre la nécessité de préserver la sécurité et les libertés individuelles; cette question ne se pose qu’à l’étape de l’application de l’article premier, lorsqu’il s’agit de justifier une atteinte déjà établie à un droit protégé par la *Charte*. À l’étape de l’analyse fondée sur l’art. 7, il faut déterminer si les exigences fondamentales de la justice en matière de procédure ont été respectées, soit de la manière habituelle, soit d’une autre façon adaptée au contexte, compte tenu de l’objectif du gouvernement et des intérêts de la personne touchée. Le caractère équitable de la procédure établie par la *LIPR* repose entièrement sur les épaules du juge désigné. Ce dernier ne peut, à lui seul, s’acquitter du lourd fardeau de s’assurer que, tant en apparence qu’en réalité, la décision sur le caractère raisonnable du certificat soit impartiale, repose sur l’ensemble des faits et du droit et témoigne de la

a fair hearing. The judge sees only what the ministers put before him or her. The judge, knowing nothing else about the case, is not in a position to identify errors, find omissions or assess the credibility and truthfulness of the information in the way the named person would be. Although the judge may ask questions of the named person when the hearing is reopened, the judge is prevented from asking questions that might disclose the protected information. Likewise, since the named person does not know what has been put against him or her, he or she does not know what the designated judge needs to hear. If the judge cannot provide the named person with a summary of the information that is sufficient to enable the person to know the case to meet, then the judge cannot be satisfied that the information before him or her is sufficient or reliable. Despite the judge's best efforts to question the government's witnesses and scrutinize the documentary evidence, he or she is placed in the situation of asking questions and ultimately deciding the issues on the basis of incomplete and potentially unreliable information.

The judge is not helpless; he or she can note contradictions between documents, insist that there be at least some evidence on the critical points, and make limited inferences on the value and credibility of the information from its source. Nevertheless, the judge's activity on behalf of the named person is confined to what is presented by the ministers. The judge is therefore not in a position to compensate for the lack of informed scrutiny, challenge and counter-evidence that a person familiar with the case could bring. Such scrutiny is the whole point of the principle that a person whose liberty is in jeopardy must know the case to meet. Here that principle has not merely been limited; it has been effectively gutted. How can one meet a case one does not know?

connaissance par la personne désignée des allégations formulées contre elle. Le juge, assujéti aux contraintes fixées par la *LIPR*, ne peut tout simplement pas combler le vide créé par le retrait des garanties traditionnelles quant à la tenue d'une audition équitable. Le juge ne voit que ce que les ministres portent à sa connaissance. Ignorant tout du reste de la cause, il n'est pas en mesure de déceler les erreurs ou les omissions ni d'évaluer la crédibilité et la véracité des renseignements comme la personne désignée pourrait le faire. Même si le juge peut poser des questions à cette personne à la reprise de l'instance en sa présence, il doit éviter celles qui pourraient révéler des renseignements protégés. De même, comme la personne désignée ignore les allégations formulées contre elle, elle ignore quels renseignements elle doit fournir au juge désigné. Si le juge ne peut fournir à la personne désignée un résumé des renseignements qui soit suffisant pour que cette dernière sache quelle preuve elle doit produire, le juge ne peut être convaincu que les renseignements dont il dispose sont suffisants ou fiables. Peu importe les efforts qu'il déploie pour interroger les témoins du gouvernement et examiner la preuve documentaire, le juge se retrouve dans une situation où il doit poser des questions et, ultimement, rendre sa décision en s'appuyant sur des renseignements incomplets, qui ne sont peut-être pas fiables.

Certes, le juge dispose de certains moyens : il peut relever les contradictions entre les documents, insister pour qu'on lui fournisse au moins certains éléments de preuve sur les points cruciaux et tirer des conclusions limitées quant à la valeur et à la crédibilité des renseignements que lui fournit sa source. Néanmoins, sa participation au nom de la personne désignée se limite à ce que les ministres lui soumettent. Par conséquent, le juge n'est pas en mesure de compenser l'absence d'examen éclairé, de contestation et de contre-preuve par une personne qui serait au fait de la cause. Or, pareil examen est précisément ce que requiert le principe selon lequel une personne dont la liberté est en jeu doit savoir ce qu'on lui reproche. En l'espèce, ce principe n'a pas été simplement restreint, il a été vidé de sa substance. Comment peut-on réfuter des allégations dont on ignore tout?

7. Conclusion on Section 7

65

In the *IRPA*, an attempt has been made to meet the requirements of fundamental justice essentially through one mechanism — the designated judge charged with reviewing the certificate of inadmissibility and the detention. To Parliament's credit, a sincere attempt has been made to give the designated judge the powers necessary to discharge the role in an independent manner, based on the facts and the law. Yet, the secrecy required by the scheme denies the named person the opportunity to know the case put against him or her, and hence to challenge the government's case. This, in turn, undermines the judge's ability to come to a decision based on all the relevant facts and law. Despite the best efforts of judges of the Federal Court to breathe judicial life into the *IRPA* procedure, it fails to assure the fair hearing that s. 7 of the *Charter* requires before the state deprives a person of life, liberty or security of the person. I therefore conclude that the *IRPA*'s procedure for determining whether a certificate is reasonable does not conform to the principles of fundamental justice as embodied in s. 7 of the *Charter*. The same conclusion necessarily applies to the detention review procedures under ss. 83 and 84 of the *IRPA*.

8. Is the Limit Justified Under Section 1 of the *Charter*?

66

The *Charter* does not guarantee rights absolutely. The state is permitted to limit rights — including the s. 7 guarantee of life, liberty and security — if it can establish that the limits are demonstrably justifiable in a free and democratic society. This said, violations of s. 7 are not easily saved by s. 1. In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, Lamer J. (as he then was) stated, for the majority:

Section 1 may, for reasons of administrative expediency, successfully come to the rescue of an otherwise

7. Conclusion sur l'art. 7

La *LIPR* est censée répondre aux exigences de la justice fondamentale essentiellement grâce à un mécanisme — soit l'examen du caractère raisonnable du certificat d'interdiction de territoire et le contrôle de la détention par le juge désigné. Il faut reconnaître que le législateur a essayé sincèrement de conférer au juge désigné les pouvoirs nécessaires pour qu'il s'acquitte de sa tâche de manière indépendante, en se fondant sur les faits et sur le droit. Cependant, le secret requis par le processus empêche la personne désignée de savoir ce qui lui est reproché et, partant, de contester la thèse du gouvernement. Ce qui a ensuite pour effet de miner la capacité du juge de rendre une décision fondée sur l'ensemble des faits et du droit pertinents. En dépit des efforts déployés par les juges de la Cour fédérale pour insuffler un caractère judiciaire à la procédure établie par la *LIPR*, elle ne garantit pas la tenue de l'audition équitable dont une personne doit bénéficier en vertu de l'art. 7 de la *Charte* avant que l'État porte atteinte à son droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne. Par conséquent, je conclus que la procédure d'examen du caractère raisonnable d'un certificat établie par la *LIPR* n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale visés à l'art. 7 de la *Charte*. Cette conclusion vaut nécessairement aussi pour le contrôle de la détention prévu aux art. 83 et 84 de la *LIPR*.

8. Cette limite est-elle justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*?

La *Charte* ne protège pas les droits de façon absolue. En effet, l'État est autorisé à restreindre les droits garantis — y compris le droit de chacun à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne protégé par l'art. 7 — dans des limites dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Cela dit, les atteintes aux droits protégés par l'art. 7 ne sont pas faciles à valider par application de l'article premier. Dans le *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, le juge Lamer (plus tard Juge en chef) a affirmé, au nom de la majorité :

L'article premier peut, pour des motifs de commodité administrative, venir sauver ce qui constituerait par

violation of s. 7, but only in cases arising out of exceptional conditions, such as natural disasters, the outbreak of war, epidemics, and the like. [p. 518]

The rights protected by s. 7 — life, liberty, and security of the person — are basic to our conception of a free and democratic society, and hence are not easily overridden by competing social interests. It follows that violations of the principles of fundamental justice, specifically the right to a fair hearing, are difficult to justify under s. 1: *G. (J.)*. Nevertheless, the task may not be impossible, particularly in extraordinary circumstances where concerns are grave and the challenges complex.

The test to be applied in determining whether a violation can be justified under s. 1, known as the *Oakes* test (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103), requires a pressing and substantial objective and proportional means. A finding of proportionality requires: (a) means rationally connected to the objective; (b) minimal impairment of rights; and (c) proportionality between the effects of the infringement and the importance of the objective.

The protection of Canada's national security and related intelligence sources undoubtedly constitutes a pressing and substantial objective. Moreover, the *IRPA*'s provisions regarding the non-disclosure of evidence at certificate hearings are rationally connected to this objective. The facts on this point are undisputed. Canada is a net importer of security information. This information is essential to the security and defence of Canada, and disclosure would adversely affect its flow and quality: see *Ruby*. This leaves the question whether the means Parliament has chosen, i.e. a certificate procedure leading to detention and deportation of non-citizens on the ground that they pose a threat to Canada's security, minimally impairs the rights of non-citizens.

ailleurs une violation de l'art. 7, mais seulement dans les circonstances qui résultent de conditions exceptionnelles comme les désastres naturels, le déclenchement d'hostilités, les épidémies et ainsi de suite. [p. 518]

Les droits protégés par l'art. 7 — la vie, la liberté et la sécurité de la personne — constituent le fondement même de notre conception d'une société libre et démocratique et peuvent difficilement être supplantés par des intérêts sociaux divergents. En conséquence, les dérogations aux principes de justice fondamentale, plus précisément au droit à une audition équitable, sont difficiles à justifier en application de l'article premier : *G. (J.)*. Toutefois, leur justification n'est pas nécessairement impossible, surtout dans des circonstances extraordinaires mettant en cause des préoccupations sérieuses et des problèmes complexes.

Le test servant à déterminer si une atteinte est justifiée au sens de l'article premier, établi dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, exige que cette restriction vise un objectif urgent et réel et qu'elle soit proportionnée, c'est-à-dire a) qu'elle ait un lien rationnel avec l'objectif poursuivi, b) qu'elle porte le moins possible atteinte aux droits et c) que son effet attentatoire soit proportionnel à l'importance de l'objectif poursuivi.

La protection de la sécurité nationale du Canada et des sources en matière de renseignement constitue assurément un objectif urgent et réel. Les dispositions de la *LIPR* prévoyant la non-communication d'éléments de preuve dans le cadre d'une audition sur un certificat ont un lien rationnel avec cet objectif. Les faits à cet égard ne sont pas contestés. Le Canada est un importateur net de renseignements sur la sécurité. Or, ces derniers sont essentiels pour la sécurité et la défense du Canada, et leur divulgation nuirait à la circulation et à la qualité de ces renseignements : voir *Ruby*. Il reste donc à déterminer si le moyen choisi par le législateur, c'est-à-dire une procédure de délivrance et d'examen de certificats entraînant la détention et l'expulsion des non-citoyens qui constituent un danger pour la sécurité du Canada, porte le moins possible atteinte à leurs droits.

69

The realities that confront modern governments faced with the challenge of terrorism are stark. In the interest of security, it may be necessary to detain persons deemed to pose a threat. At the same time, security concerns may preclude disclosure of the evidence on which the detention is based. But these tensions are not new. As we shall see, Canada has already devised processes that go further in preserving s. 7 rights while protecting sensitive information; until recently, one of these solutions was applicable in the security certificate context. Nor are these tensions unique to Canada: in the specific context of anti-terrorism legislation, the United Kingdom uses special counsel to provide a measure of protection to the detained person's interests, while preserving the confidentiality of information that must be kept secret. These alternatives suggest that the IRPA regime, which places on the judge the entire burden of protecting the person's interest, does not minimally impair the rights of non-citizens, and hence cannot be saved under s. 1 of the Charter.

(a) *Less Intrusive Alternatives*

70

This is not the first time Canada has had to reconcile the demands of national security with the procedural rights guaranteed by the *Charter*. In a number of legal contexts, Canadian government institutions have found ways to protect sensitive information while treating individuals fairly. In some situations, the solution has involved the use of special counsel, in a manner closely approximating an adversarial process.

71

The Security Intelligence Review Committee ("SIRC") is an independent review body that monitors the activities of the Canadian Security Intelligence Service ("CSIS"). Established in 1984 under the *Canadian Security Intelligence Service Act*, S.C. 1984, c. 21 (now R.S.C. 1985, c. C-23), SIRC is composed of three to five members of the Privy Council who are not currently serving in Parliament. Under the former *Immigration Act*,

Les gouvernements modernes aux prises avec le terrorisme font face à de graves réalités. Dans l'intérêt de la sécurité, il peut être nécessaire de détener des personnes considérées comme une menace. Par contre, des préoccupations relatives à la sécurité peuvent empêcher la divulgation des éléments de preuve sur lesquels se fonde leur détention. Or, ces tensions ne sont pas nouvelles. Comme nous le verrons, le Canada a déjà établi des processus qui sauvegardent davantage les droits garantis par l'art. 7, tout en protégeant l'information sensible; jusqu'à tout récemment, l'une de ces solutions s'appliquait dans le contexte des attestations de sécurité. Ces tensions ne sont pas non plus particulières au Canada. Dans le contexte spécifique de la législation antiterroriste, le Royaume-Uni fait appel à un avocat spécial pour protéger les intérêts de la personne détenue tout en préservant la confidentialité des renseignements qui doivent rester secrets. Ces autres solutions indiquent que le régime établi par la *LIPR*, qui fait porter entièrement au juge le fardeau de protéger les intérêts de la personne, ne porte pas le moins possible atteinte aux droits des non-citoyens et ne peut donc être validé par application de l'article premier de la *Charte*.

a) *Les solutions moins attentatoires*

Ce n'est pas la première fois que le Canada doit concilier les impératifs de la sécurité nationale et les droits procéduraux garantis par la *Charte*. Dans plusieurs contextes juridiques, des institutions gouvernementales canadiennes ont trouvé des façons de protéger des renseignements sensibles tout en accordant aux personnes un traitement juste. Dans certains cas, la solution comportait le recours à un avocat spécial, un processus très semblable au processus contradictoire.

Le Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité (« CSARS ») est un organisme d'examen indépendant qui surveille les activités du Service canadien du renseignement de sécurité (« SCRS »). Constitué en 1984 par la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, S.C. 1984, ch. 21 (maintenant L.R.C. 1985, ch. C-23), le CSARS se compose de trois à cinq membres du Conseil privé qui ne sont pas en fonction

SIRC had the power to vet findings of inadmissibility based on alleged threats to national security; a ministerial certificate could not be issued without a SIRC investigation. If the Minister of Employment and Immigration and the Solicitor General were of the opinion that a non-citizen was inadmissible due to involvement in organized crime, espionage, subversion, acts of violence, etc., they were first obliged to make a report to SIRC: *Immigration Act*, s. 39(2). SIRC would then investigate the grounds for the report, providing the affected person with “a statement summarizing such information available to it as will enable the person to be as fully informed as possible of the circumstances giving rise to the report”: s. 39(6). After completing its investigation, SIRC would send a report to the Governor in Council containing its recommendation as to whether a security certificate should be issued: s. 39(9). A copy of the same report would be provided to the non-citizen: s. 39(10). If the Governor in Council was satisfied that the non-citizen was inadmissible on appropriate grounds, he or she could then direct the Minister of Employment and Immigration to issue a security certificate: s. 40(1).

Empowered to develop its own investigative procedures, SIRC established a formal adversarial process, with “a court-like hearing room” and “procedures that mirrored judicial proceedings as much as possible”. The process also included an independent panel of lawyers with security clearances to act as counsel to SIRC (M. Rankin, “The Security Intelligence Review Committee: Reconciling National Security with Procedural Fairness” (1990), 3 *C.J.A.L.P.* 173, at p. 179).

A SIRC member presiding at a hearing had the discretion to balance national security against procedural fairness in determining how much information could be disclosed to the affected person. The non-citizen and his or her counsel would normally be present in the hearing room, except

au Parlement. Sous le régime de l’ancienne *Loi sur l’immigration*, le CSARS avait le pouvoir de contrôler les déclarations d’inadmissibilité fondées sur la possibilité de menaces à la sécurité nationale; une attestation du ministre ne pouvait être délivrée sans une enquête du CSARS. Si le ministre de l’Emploi et de l’Immigration et le solliciteur général étaient d’avis qu’un non-citoyen était inadmissible en raison de sa participation notamment à des activités du crime organisé ou à des actes d’espionnage, de subversion ou de violence, ils devaient d’abord en faire rapport au CSARS : *Loi sur l’immigration*, par. 39(2). Le CSARS faisait ensuite enquête sur les motifs exposés au rapport et envoyait à la personne visée par le rapport « un résumé des informations dont il dispose » afin de lui permettre « d’être informé[e] le mieux possible des circonstances qui ont donné lieu » au rapport : par. 39(6). Une fois son enquête complétée, le CSARS devait envoyer au gouverneur en conseil un rapport contenant ses recommandations quant à l’opportunité de délivrer une attestation de sécurité : par. 39(9). Une copie de ce rapport devait être envoyée au non-citoyen : par. 39(10). Si le gouverneur en conseil était d’avis que le non-citoyen était inadmissible pour l’un des motifs prévus, il pouvait alors ordonner au ministre de l’Emploi et de l’Immigration de délivrer une attestation de sécurité : par. 40(1).

Habilité à établir ses propres procédures d’enquête, le CSARS a instauré un processus contradictoire officiel ainsi qu’une [TRADUCTION] « salle d’audience similaire à celle d’un tribunal » et « des procédures aussi identiques que possible à des procédures judiciaires ». Le processus comprenait également un groupe indépendant d’avocats ayant les habilitations de sécurité voulues et chargés de conseiller le CSARS (M. Rankin, « The Security Intelligence Review Committee: Reconciling National Security with Procedural Fairness » (1990), 3 *C.J.A.L.P.* 173, p. 179).

Les membres du CSARS présidant l’audience pouvaient établir un équilibre entre la sécurité nationale et l’équité procédurale en déterminant les renseignements qui pouvaient être communiqués à l’intéressé. Le non-citoyen et son avocat pouvaient normalement être présents dans la salle d’audience,

when sensitive national security evidence was tendered. (The presiding SIRC member would decide whether to exclude the non-citizen during certain testimony.) At such a juncture, independent, security-cleared SIRC counsel would act on behalf of the non-citizen. The SIRC counsel were instructed to cross-examine witnesses for CSIS “with as much vigour as one would expect from the complainant’s counsel” (Rankin, at p. 184; *SIRC Annual Report 1988-1989* (1989) (“*SIRC Annual Report*”), at p. 64). At the end of this *ex parte* portion of the hearing, the excluded person would be brought back into the room and provided with a summary, which would include “the gist of the evidence, without disclosing the national security information” (*SIRC Annual Report*, at p. 64). The SIRC counsel would negotiate the contents of the summary with CSIS, under the supervision of the presiding SIRC member (*ibid.*). The affected person and his or her counsel would then be allowed to ask their own questions, and to cross-examine on the basis of the summary (Rankin, at p. 184).

sauf lorsque des éléments de preuve sensibles relatifs à la sécurité nationale étaient présentés. (Le membre du CSARS présidant l’audience déterminait s’il fallait exclure le non-citoyen lors de l’audition de certains témoins.) Le cas échéant, un avocat indépendant du CSARS ayant l’habilitation de sécurité voulue représentait le non-citoyen. Les avocats du CSARS avaient le mandat de contre-interroger les témoins du SCRS [TRADUCTION] « avec un zèle égal à celui dont ferait normalement preuve l’avocat du plaignant » (Rankin, p. 184; *Rapport annuel 1988-1989* du CSARS (1989) (« *Rapport annuel du CSARS* »), p. 67). À la fin de cette partie de l’audition tenue *ex parte*, la personne exclue était ramenée dans la salle et avait droit à un résumé comprenant « les grandes lignes de la preuve qui [venait] d’être présentée, sans rien divulguer de ce qui peut avoir trait à l’intérêt national » (*Rapport annuel* du CSARS, p. 67). L’avocat du CSARS négociait le contenu du résumé avec le SCRS, sous la surveillance du membre du CSARS qui présidait l’audience (*ibid.*). L’intéressé et son avocat pouvaient alors poser leurs propres questions et contre-interroger les témoins à partir de ce résumé (Rankin, p. 184).

74

In the words of Professor Rankin, SIRC’s procedures represented “an attempt to preserve the best features of the adversarial process with its insistence on vigorous cross-examination, but not to run afoul of the requirements of national security” (p. 185). These procedures illustrate how special counsel can provide not only an effective substitute for informed participation, but can also help bolster actual informed participation by the affected person. Since the special counsel had a role in determining how much information would be included in the summary, disclosure was presumably more complete than would otherwise have been the case. Sensitive national security information was still protected, but the executive was required to justify the breadth of this protection.

Comme l’a écrit le professeur Rankin, ces procédures du CSARS constituaient [TRADUCTION] « une tentative de préserver les meilleurs éléments du processus contradictoire, qui met l’accent sur un contre-interrogatoire vigoureux, sans toutefois aller à l’encontre des exigences de la sécurité nationale » (p. 185). La procédure du CSARS montre que le recours à l’avocat spécial peut non seulement offrir une solution de rechange efficace à la participation éclairée, mais peut aussi contribuer à favoriser une véritable participation éclairée de l’intéressé. Étant donné que l’avocat spécial intervenait dans la détermination des renseignements à inclure dans le résumé, il faut supposer que la divulgation était plus complète qu’elle ne l’aurait été sans sa participation. Les renseignements sensibles touchant la sécurité nationale demeuraient protégés, mais le pouvoir exécutif devait justifier l’étendue de cette protection.

75

In 1988 Parliament added s. 40.1 to the *Immigration Act* to empower the Minister and the

En 1988, le législateur a ajouté l’art. 40.1 à la *Loi sur l’immigration* pour autoriser le ministre et

Solicitor General to issue security certificates in respect of foreign nationals. Section 40.1 effectively bypassed the SIRC investigation process where foreign nationals were concerned, instead referring the certificate to a designated judge of the Federal Court for subsequent review. Security certificates in respect of permanent residents remained subject to SIRC scrutiny until 2002, when Parliament repealed the *Immigration Act* and replaced it with the *IRPA*.

Certain elements of SIRC process may be inappropriate to the context of terrorism. Where there is a risk of catastrophic acts of violence, it would be foolhardy to require a lengthy review process before a certificate could be issued. But it was not suggested before this Court that SIRC's special counsel system had not functioned well in connection with the review of certificates under the *Immigration Act*, nor was any explanation given for why, under the new system for vetting certificates and reviewing detentions, a special counsel process had not been retained.

The SIRC process is not the only example of the Canadian legal system striking a better balance between the protection of sensitive information and the procedural rights of individuals. A current example is found in the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5 ("CEA"), which permits the government to object to the disclosure of information on grounds of public interest, in proceedings to which the Act applies: ss. 37 to 39. Under the recent amendments to the *CEA* set out in the *Anti-terrorism Act*, S.C. 2001, c. 41, a participant in a proceeding who is required to disclose or expects to disclose potentially injurious or sensitive information, or who believes that such information might be disclosed, must notify the Attorney General about the potential disclosure, and the Attorney General may then apply to the Federal Court for an order prohibiting the disclosure of the information: ss. 38.01, 38.02, 38.04. The judge enjoys considerable discretion in deciding whether the information should be disclosed. If the judge concludes that disclosure of the information would be injurious to international relations, national defence or national

le solliciteur général à délivrer des attestations de sécurité à l'égard des étrangers. Cet article permettait de contourner dans ce cas le processus d'enquête du CSARS et de renvoyer pour examen à un juge désigné de la Cour fédérale le certificat visant l'étranger. Les attestations de sécurité à l'égard des résidents permanents sont demeurées assujetties aux enquêtes du CSARS jusqu'en 2002, lorsque le législateur a abrogé la *Loi sur l'immigration* pour la remplacer par la *LIPR*.

Certains éléments du processus du CSARS peuvent être inadaptés au contexte du terrorisme. Devant un risque d'actes de violence catastrophiques, il serait téméraire d'exiger un long processus d'examen avant qu'un certificat soit délivré. Mais on n'a pas laissé entendre devant notre Cour que la procédure faisant appel à un avocat spécial du CSARS n'avait pas bien fonctionné pour l'examen des certificats sous le régime de la *Loi sur l'immigration*, ni expliqué pourquoi le recours à un avocat spécial n'a pas été retenu dans le nouveau processus d'examen des certificats et de contrôle de la détention.

Dans le système juridique canadien, l'exemple du CSARS n'est pas le seul cas où un juste équilibre a été établi entre la protection des renseignements sensibles et les droits procéduraux individuels. On en trouve un autre exemple dans l'actuelle *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5 (« LPC »), qui permet au gouvernement, dans le cadre des procédures visées par la Loi, de s'opposer à la divulgation de renseignements pour des raisons d'intérêt public : art. 37 à 39. Les modifications apportées récemment à la *LPC* par la *Loi antiterroriste*, L.C. 2001, ch. 41, obligent tout participant qui, dans le cadre d'une instance, est tenu de divulguer, prévoit divulguer ou s'attend à ce que soient divulgués des renseignements qu'il croit sensibles ou potentiellement préjudiciables à aviser le procureur général de la possibilité de divulgation. Ce dernier peut alors demander à la Cour fédérale de rendre une ordonnance interdisant la divulgation des renseignements : art. 38.01, 38.02 et 38.04. Le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire considérable pour décider si les renseignements devraient être divulgués. S'il conclut que la divulgation de

76

77

security, but that the public interest in disclosure outweighs in importance the public interest in non-disclosure, the judge may order the disclosure of all or part of the information, on such conditions as he or she sees fit. No similar residual discretion exists under the *IRPA*, which requires judges not to disclose information the disclosure of which would be injurious to national security or to the safety of any person. Moreover, the *CEA* makes no provision for the use of information that has not been disclosed. While the *CEA* does not address the same problems as the *IRPA*, and hence is of limited assistance here, it illustrates Parliament's concern under other legislation for striking a sensitive balance between the need for protection of confidential information and the rights of the individual.

renseignements serait préjudiciable pour les relations internationales ou pour la défense ou la sécurité nationales, mais que les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur celles qui justifient la non-divulgation, le juge peut ordonner la divulgation de tout ou partie des renseignements aux conditions qu'il estime indiquées. La *LIPR* ne confère aucun pouvoir discrétionnaire résiduel semblable; elle commande aux juges de garantir la confidentialité des renseignements dont la divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui. En outre, la *LPC* ne contient aucune disposition relative à l'utilisation des renseignements qui n'ont pas été divulgués. Bien que la *LPC* ne traite pas du même problème que la *LIPR* et, qu'en conséquence, elle ne soit que d'une utilité limitée en l'espèce, elle illustre le souci qu'a eu le législateur, dans une autre loi, d'établir un équilibre subtil entre la nécessité de protéger les renseignements confidentiels et les droits des individus.

78

Crown and defence counsel in the recent Air India trial (*R. v. Malik*, [2005] B.C.J. No. 521 (QL), 2005 BCSC 350) were faced with the task of managing security and intelligence information and attempting to protect procedural fairness. The Crown was in possession of the fruits of a 17-year-long investigation into the terrorist bombing of a passenger aircraft and a related explosion in Narita, Japan. It withheld material on the basis of relevance, national security privilege and litigation privilege. Crown and defence counsel came to an agreement under which defence counsel obtained consents from their clients to conduct a preliminary review of the withheld material, on written undertakings not to disclose the material to anyone, including the client. Disclosure in a specific trial, to a select group of counsel on undertakings, may not provide a working model for general deportation legislation that must deal with a wide variety of counsel in a host of cases. Nevertheless, the procedures adopted in the Air India trial suggest that a search should be made for a less intrusive solution than the one found in the *IRPA*.

Dans le récent procès concernant Air India (*R. c. Malik*, [2005] B.C.J. No. 521 (QL), 2005 BCSC 350), les avocats du ministère public et de la défense ont été appelés à gérer des renseignements de sécurité et à tenter de protéger l'équité procédurale. Le ministère public avait en main le fruit de 17 longues années d'enquête sur l'attentat terroriste perpétré contre un avion de passagers ainsi que sur une explosion liée à la même affaire survenue à Narita, au Japon. Il a retenu des renseignements en invoquant la pertinence, le privilège de la sécurité nationale et le privilège relatif au litige. Le ministère public et la défense ont convenu que les avocats de la défense obtiendraient le consentement de leurs clients pour procéder à un examen préliminaire des documents retenus après s'être engagés par écrit à ne pas en divulguer le contenu à qui que ce soit, y compris leurs clients. La divulgation dans le cadre d'un procès spécifique, à un groupe limité d'avocats sous réserve d'engagements, ne constitue peut-être pas une solution pratique dans le contexte d'une loi générale sur l'expulsion qui suppose l'intervention de nombreux avocats différents dans un très grand nombre de causes. Néanmoins, les procédures adoptées pour le procès concernant Air India indiquent qu'il faut chercher une solution moins attentatoire que celle retenue dans la *LIPR*.

The Arar Inquiry provides another example of the use of special counsel in Canada. The Commission had to examine confidential information related to the investigation of terrorism plots while preserving Mr. Arar's and the public's interest in disclosure. The Commission was governed by the *CEA*. To help assess claims for confidentiality, the Commissioner was assisted by independent security-cleared legal counsel with a background in security and intelligence, whose role was to act as *amicus curiae* on confidentiality applications. The scheme's aim was to ensure that only information that was rightly subject to national security confidentiality was kept from public view. There is no indication that these procedures increased the risk of disclosure of protected information.

Finally, I note the special advocate system employed by the Special Immigration Appeals Commission ("SIAC") in the United Kingdom. SIAC and the special advocate system were created in response to *Chahal v. United Kingdom*, 15 November 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-V, p. 1831, in which the European Court of Human Rights had held that the procedure then in place was inadequate. The court in *Chahal* commented favourably on the idea of security-cleared counsel instructed by the court, identifying it as being Canadian in origin (perhaps referring to the procedure developed by SIRC).

The U.K.'s special advocate system resembles the Canadian SIRC model. Section 6(1) of the *Special Immigration Appeals Commission Act 1997* (U.K.), 1997, c. 68, states that the special advocate is appointed to "represent the interests of an appellant" in any proceedings before SIAC from which the appellant and his or her legal representatives are excluded. Section 6(4), however, specifies that the special advocate "shall not be responsible to the person whose interests he is appointed

La Commission Arar offre un autre exemple du recours à des avocats spéciaux au Canada. La Commission devait examiner des renseignements confidentiels concernant des enquêtes sur des complots terroristes tout en protégeant les intérêts de M. Arar et du public à ce que ces renseignements soient divulgués. La Commission était régie par la *LPC*. Pour l'aider à évaluer les allégations de confidentialité, le commissaire bénéficiait de l'assistance d'un conseiller juridique indépendant, ayant une habilitation de sécurité et de l'expérience en matière de renseignement et de sécurité, qui devait agir en qualité d'*amicus curiae* relativement aux demandes fondées sur la confidentialité. Ce processus visait à garantir que seuls les renseignements qui devaient à bon droit être gardés secrets pour des motifs de sécurité nationale soient soustraits à la connaissance du public. Rien n'indique que cette procédure ait accru le risque de divulgation de renseignements protégés.

Enfin, soulignons l'existence du système de représentant spécial utilisé par la Special Immigration Appeals Commission (« SIAC ») au Royaume-Uni. Cette dernière et le système de représentant spécial ont été créés en réponse à la décision de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V, p. 1831, selon laquelle la procédure en place à l'époque était inadéquate. Dans cette décision, la cour a émis des commentaires favorables au concept d'un avocat qui posséderait une habilitation de sécurité et recevrait ses instructions de la cour, précisant que ce concept était d'origine canadienne (faisant peut-être allusion à la procédure instaurée par le CSARS).

Le système de représentant spécial du Royaume-Uni ressemble au modèle canadien utilisé par le CSARS. Le paragraphe 6(1) de la *Special Immigration Appeals Commission Act 1997* (R.-U.), 1997, ch. 68, prévoit que le représentant spécial est nommé pour [TRADUCTION] « représenter les intérêts d'un appelant » dans toute procédure dont est saisie la SIAC et dont sont exclus l'appelant et son conseiller juridique. Par contre, le par. 6(4) précise que le représentant spécial [TRADUCTION]

to represent”. Rule 35 of the *Special Immigration Appeals Commission (Procedure) Rules 2003*, S.I. 2003/1034, sets out the special advocate’s three main functions: (1) to make submissions to the Commission at any hearings from which the appellant and the appellant’s representatives are excluded; (2) to cross-examine witnesses at any such hearings; and (3) to make written submissions to the Commission. After seeing the protected information, the special advocate may not communicate with the appellant or the appellant’s representative without authorization from the Commission: rule 36. If the special advocate requests such authorization, the Commission gives the Secretary of State an opportunity to object to the proposed communication before deciding whether to authorize it: rule 38.

« n’est pas responsable envers la personne dont il est chargé de représenter les intérêts ». La règle 35 des *Special Immigration Appeals Commission (Procedure) Rules 2003*, S.I. 2003/1034, précise les trois principales fonctions du représentant spécial : (1) présenter des observations à la Commission à toutes les audiences dont l’appelant et son représentant sont exclus; (2) contre-interroger les témoins durant ces audiences; et (3) présenter des observations écrites à la Commission. Selon la règle 36, le représentant spécial ne peut communiquer ni avec l’appelant ni avec son représentant après avoir pris connaissance des renseignements protégés, sauf avec l’autorisation de la Commission. Si le représentant spécial demande une telle autorisation, la Commission accorde au secrétaire d’État l’occasion de s’opposer à la communication avant de décider s’il y a lieu de l’autoriser : règle 38.

82 The use of special advocates has received widespread support in Canadian academic commentary. Professor Roach, for example, criticizes the Court of Appeal’s conclusion in *Charkaoui (Re)*, 2004 FCA 421, that such a measure is not constitutionally required:

In my view, this approach was in error because *in camera* and *ex parte* hearings offend basic notions of a fair hearing and special advocates constitute one example of an approach that is a more proportionate response to reconciling the need to keep some information secret and the need to ensure as much fairness and adversarial challenge as possible. [Emphasis added.]

(K. Roach, “Ten Ways to Improve Canadian Anti-Terrorism Law” (2006), 51 *Crim. L.Q.* 102, at p. 120)

Le recours aux représentants spéciaux bénéficie d’un large appui dans la doctrine canadienne. Le professeur Roach, par exemple, critique la conclusion de la Cour d’appel dans *Charkaoui (Re)*, 2004 CAF 421, selon laquelle une telle mesure n’est pas requise par la Constitution :

[TRADUCTION] À mon avis, ce raisonnement était erroné parce que la tenue d’audiences à huis clos et *ex parte* heurtent la notion fondamentale d’audition équitable et que les représentants spéciaux constituent un exemple de réponse plus proportionnée au besoin de concilier la nécessité de garder certains renseignements secrets et celle de garantir le plus possible l’équité du processus et sa nature contradictoire. [Je souligne.]

(K. Roach, « Ten Ways to Improve Canadian Anti-Terrorism Law » (2006), 51 *Crim. L.Q.* 102, p. 120)

83 This said, the U.K.’s special advocate system has also been criticized for not going far enough. In April 2005, the House of Commons Constitutional Affairs Committee published a report on the operation of SIAC and the use of special advocates (*The operation of the Special Immigration Appeals Commission (SIAC) and the use of Special Advocates*). The Committee listed three important disadvantages faced by special advocates: (1) once they have seen the confidential material, they

Cela dit, on a aussi reproché au système de représentant spécial du Royaume-Uni de ne pas aller assez loin. Le Comité sur les affaires constitutionnelles de la Chambre des communes a publié, en avril 2005, un rapport sur le fonctionnement de la SIAC et sur le recours aux représentants spéciaux (*The operation of the Special Immigration Appeals Commission (SIAC) and the use of Special Advocates*). Le Comité a énuméré trois désavantages importants avec lesquels les représentants

cannot, subject to narrow exceptions, take instructions from the appellant or the appellant's counsel; (2) they lack the resources of an ordinary legal team, for the purpose of conducting in secret a full defence; and (3) they have no power to call witnesses (para. 52).

Despite these difficulties, SIAC itself has commented favourably on the assistance provided by special advocates, stating that as a result of the "rigorous cross-examination" of the government's evidence by the special advocate, it was satisfied that the government's assertions were unsupported by the evidence (*M. v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] UKSIAC 17/2002 (BAILII), March 8, 2004, at para. 10). The England and Wales Court of Appeal upheld SIAC's decision: [2004] 2 All E.R. 863, [2004] EWCA Civ 324.

(b) *The IRPA Scheme Does Not Minimally Impair the Named Person's Rights*

Parliament is not required to use the *perfect*, or least restrictive, alternative to achieve its objective: *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303. However, bearing in mind the deference that is owed to Parliament in its legislative choices, the alternatives discussed demonstrate that the *IRPA* does not minimally impair the named person's rights.

Under the *IRPA*, the government effectively decides what can be disclosed to the named person. Not only is the named person not shown the information and not permitted to participate in proceedings involving it, but no one but the judge may look at the information with a view to protecting the named person's interests. Why the drafters of the legislation did not provide for special counsel to objectively review the material with a view to protecting the named person's interest, as was formerly done for the review of security certificates by

spéciaux doivent composer : (1) après avoir pris connaissance des renseignements secrets, ils ne peuvent plus, sous réserve de rares exceptions, recevoir d'instructions de l'appelant ou de son avocat; (2) pour les aider à assurer une défense pleine et entière en secret, ils ne disposent pas d'une équipe de juristes comme c'est le cas habituellement; (3) ils ne sont pas habilités à assigner des témoins (par. 52).

En dépit de ces difficultés, la SIAC elle-même a fait des commentaires favorables sur l'aide fournie par les représentants spéciaux, affirmant qu'en raison du [TRADUCTION] « contre-interrogatoire rigoureux » des témoins du gouvernement par le représentant spécial, elle était convaincue que les allégations du gouvernement n'étaient pas étayées par la preuve (*M. c. Secretary of State for the Home Department*, [2004] UKSIAC 17/2002 (BAILII), 8 mars 2004, par. 10). La Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles a confirmé la décision de la SIAC : [2004] 2 All E.R. 863, [2004] EWCA Civ 324.

b) *Le régime établi par la LIPR ne porte pas le moins possible atteinte aux droits de la personne désignée*

Pour atteindre son objectif, le législateur n'est pas tenu d'utiliser la solution *parfaite*, ou celle qui soit la moins attentatoire : *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303. Cependant, tout en gardant à l'esprit le respect dû aux choix législatifs du Parlement, j'estime que les solutions mentionnées démontrent que la *LIPR* ne porte pas le moins possible atteinte aux droits de la personne désignée.

Sous le régime de la *LIPR*, le gouvernement détermine en fait ce qui peut être divulgué à la personne désignée. Non seulement cette dernière n'a pas accès aux renseignements et n'est pas autorisée à participer à la procédure qui la concerne, mais seul le juge peut prendre connaissance des renseignements pour protéger les intérêts de la personne désignée. Rien n'explique pourquoi les rédacteurs de la loi n'ont pas prévu qu'un avocat spécial examine objectivement les documents pour protéger les intérêts de la personne désignée, comme cela

84

85

86

SIRC and is presently done in the United Kingdom, has not been explained. The special counsel system may not be perfect from the named person's perspective, given that special counsel cannot reveal confidential material. But, without compromising security, it better protects the named person's s. 7 interests.

se faisait pour l'examen des attestations de sécurité par le CSARS et comme cela se fait présentement au Royaume-Uni. Du point de vue de la personne désignée, le recours à un avocat spécial n'est peut-être pas parfait puisque celui-ci ne peut communiquer l'information confidentielle. En revanche, un tel système protège mieux les droits de la personne désignée garantis par l'art. 7 et ce, sans compromettre la sécurité.

87

I conclude that the *IRPA*'s procedures for determining whether a certificate is reasonable and for detention review cannot be justified as minimal impairments of the individual's right to a judicial determination on the facts and the law and right to know and meet the case. Mechanisms developed in Canada and abroad illustrate that the government can do more to protect the individual while keeping critical information confidential than it has done in the *IRPA*. Precisely what more should be done is a matter for Parliament to decide. But it is clear that more must be done to meet the requirements of a free and democratic society.

Je conclus que les procédures d'examen du caractère raisonnable des certificats et de contrôle de la détention établies par la *LIPR* ne peuvent se justifier parce qu'elles ne portent pas le moins possible atteinte au droit d'une personne à une décision judiciaire fondée sur les faits et sur le droit, et à son droit de connaître la preuve qui pèse contre elle et d'y répondre. Des mécanismes conçus au Canada et à l'étranger démontrent que le législateur peut faire mieux qu'il ne l'a fait dans la *LIPR* pour protéger les individus tout en préservant la confidentialité des renseignements sensibles. C'est au législateur qu'il appartient de déterminer précisément quels correctifs doivent être apportés, mais il est évident qu'il doit faire davantage pour satisfaire aux exigences d'une société libre et démocratique.

B. *Does the Detention of Permanent Residents or Foreign Nationals Under the IRPA Infringe Sections 7, 9, 10(c) or 12 of the Charter, and if so, Are the Infringements Justified Under Section 1 of the Charter?*

B. *La détention de résidents permanents ou d'étrangers sous le régime de la LIPR contre- vient-elle aux art. 7, 9, 10c) ou 12 de la Charte? Dans l'affirmative, ces contraventions sont-elles justifiées au sens de l'article premier de la Charte?*

1. Time Constraints on Review for Foreign Nationals: Breach of Section 9 or Section 10(c)?

1. Les délais qui précèdent le contrôle de la détention des étrangers violent-ils l'art. 9 ou l'al. 10c)?

88

Section 9 of the *Charter* guarantees freedom from arbitrary detention. This guarantee expresses one of the most fundamental norms of the rule of law. The state may not detain arbitrarily, but only in accordance with the law. The appellant Mr. Almrei argues that detention under the *IRPA* is arbitrary with respect to foreign nationals, first because it permits their detention without warrant and without regard to their personal circumstances, and second because it prevents review until 120 days

L'article 9 de la *Charte* garantit le droit à la protection contre la détention arbitraire. Cette garantie exprime une des normes les plus fondamentales de la primauté du droit. L'État ne peut pas détenir une personne arbitrairement. Une personne ne peut être mise en détention qu'en conformité avec le droit. M. Almrei soutient que la détention autorisée par la *LIPR* est arbitraire à l'égard des étrangers parce que, premièrement, elle permet leur détention sans mandat et sans égard à leur situation personnelle

after the certificate is confirmed. In both respects, foreign nationals are treated differently than permanent residents.

I would reject Mr. Almrei's argument that automatic detention of foreign nationals is arbitrary because it is effected without regard to the personal circumstances of the detainee. Detention is not arbitrary where there are "standards that are rationally related to the purpose of the power of detention": P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 2, at p. 46-5. The triggering event for the detention of a foreign national is the signing of a certificate stating that the foreign national is inadmissible on grounds of security, violating human or international rights, serious criminality or organized criminality. The security ground is based on the danger posed by the named person, and therefore provides a rational foundation for the detention. *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, in which this Court struck down a provision of the *Criminal Code* requiring that an accused acquitted of an offence on the basis of an insanity defence be detained automatically without a hearing, is distinguishable. The Court held that it was arbitrary to require the detention of persons acquitted by reason of mental disorder without the application of any standard whatsoever, because "[n]ot all of these individuals will be dangerous": at p. 1013, *per* Lamer C.J. But in the national security context, the signature of a certificate under s. 77 of the *IRPA* on the ground of security is necessarily related to the dangerousness of the individual. While not all the other grounds for the issuance of a certificate under s. 77(1) are conclusive of the danger posed by the named person, danger is not the only constitutional basis upon which an individual can be detained, and arbitrariness of detention under the other grounds was not argued.

This leaves Mr. Almrei's argument that the *IRPA* imposes arbitrary detention because it prevents review of the detention of foreign nationals until 120 days after the certificate is confirmed.

et, deuxièmement, elle interdit le contrôle de la détention pendant 120 jours après la confirmation du certificat. À ces deux égards, les étrangers sont traités différemment des résidents permanents.

Je rejetterais l'argument de M. Almrei selon lequel la détention automatique des étrangers est arbitraire parce qu'elle s'applique sans qu'il soit tenu compte de la situation personnelle du détenu. La détention n'est pas arbitraire quand elle se fonde sur des [TRADUCTION] « critères qui ont un lien rationnel avec l'objectif visé par l'attribution du pouvoir de détention » : P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 2, p. 46-5. L'événement à l'origine de la détention d'un étranger est la signature du certificat attestant que ce dernier est interdit de territoire pour raison de sécurité, pour atteinte aux droits humains ou internationaux, grande criminalité ou criminalité organisée. Le motif de la sécurité est basé sur le danger que représente la personne désignée, et constitue un fondement rationnel pour la détention. Il faut établir une distinction avec l'arrêt *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, qui a annulé les dispositions du *Code criminel* prévoyant la détention automatique, sans audition, d'un accusé acquitté pour cause d'aliénation mentale. Dans cette affaire, la Cour a statué que la détention obligatoire des personnes acquittées pour cause d'aliénation mentale, sans l'application de quelque norme que ce soit, était arbitraire parce que « ces personnes ne sont pas toutes dangereuses » : p. 1013, le juge en chef Lamer. Or, dans le contexte de la sécurité nationale, la signature d'un certificat pour raison de sécurité en vertu de l'art. 77 de la *LIPR* a nécessairement un lien avec le caractère dangereux de l'individu. Bien que tous les autres motifs de délivrance d'un certificat prévus au par. 77(1) ne soient pas probants quant au danger que pose la personne désignée, le danger n'est pas le seul motif valable du point de vue constitutionnel pour lequel une personne peut être détenue et le caractère arbitraire de la détention pour ces autres motifs n'a pas été plaidé.

Il reste donc à examiner l'argument de M. Almrei selon lequel la *LIPR* inflige une détention arbitraire parce qu'elle interdit tout contrôle de la détention des étrangers dans les 120 jours suivant

Whether through *habeas corpus* or statutory mechanisms, foreign nationals, like others, have a right to prompt review to ensure that their detention complies with the law. This principle is affirmed in s. 10(c) of the *Charter*. It is also recognized internationally: see *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004); *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678 (2001); art. 5 of the *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 213 U.N.T.S. 221 (“*European Convention on Human Rights*”); *Slivenko v. Latvia* [GC], No. 48321/99, ECHR 2003-X, p. 229. While the government accepts this principle, it argues that the 120-day period in s. 84(2) is sufficiently prompt, relying, as did the courts below, on the fact that foreign nationals can apply for release and depart from Canada at any time.

la confirmation du certificat. Les étrangers ont, au même titre que les autres, le droit de faire contrôler la légalité de leur détention, que ce soit par *habeas corpus* ou par un mécanisme d’origine législative. Ce principe est consacré à l’al. 10c) de la *Charte*. Il est aussi reconnu à l’échelle internationale : voir *Rasul c. Bush*, 542 U.S. 466 (2004); *Zadvydas c. Davis*, 533 U.S. 678 (2001); l’art. 5 de la *Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 221 (« *Convention européenne des droits de l’homme* »); *Slivenko c. Lettonie* [GC], n° 48321/99, CEDH 2003-X, p. 289. Bien que le gouvernement souscrive à ce principe, il fait valoir que la période de 120 jours prévue au par. 84(2) permet un examen suffisamment rapide, se fondant à cet égard, comme les juridictions inférieures, sur le fait que les étrangers peuvent à tout moment demander leur libération pour quitter le Canada.

91 The lack of review for foreign nationals until 120 days after the reasonableness of the certificate has been judicially determined violates the guarantee against arbitrary detention in s. 9 of the *Charter*, a guarantee which encompasses the right to prompt review of detention under s. 10(c) of the *Charter*. Permanent residents named in certificates are entitled to an automatic review within 48 hours. The same time frame for review of detention applies to both permanent residents and foreign nationals under s. 57 of the *IRPA*. And under the *Criminal Code*, a person who is arrested with or without a warrant is to be brought before a judge within 24 hours, or as soon as possible: s. 503(1). These provisions indicate the seriousness with which the deprivation of liberty is viewed, and offer guidance as to acceptable delays before this deprivation is reviewed.

L’absence de contrôle de la détention des étrangers avant que ne se soient écoulés 120 jours après la confirmation judiciaire du caractère raisonnable du certificat porte atteinte à la protection contre la détention arbitraire garantie par l’art. 9 de la *Charte*, une garantie qui comprend le droit de faire contrôler promptement la légalité de la détention énoncé à l’al. 10c) de la *Charte*. Les résidents permanents désignés dans un certificat ont droit à un contrôle automatique dans les 48 heures. L’article 57 de la *LIPR* fixe le même délai pour le contrôle de la détention des étrangers et des résidents permanents. De plus, le *Code criminel* exige qu’une personne mise en état d’arrestation avec ou sans mandat comparaisse devant un juge dans un délai de 24 heures ou le plus tôt possible : art. 503(1). Ces dispositions révèlent à quel point la privation de liberté est considérée comme grave et peuvent servir de guide quant aux délais acceptables pour le contrôle de cette privation.

92 The government submits that the detention provisions, and more specifically the absence of review for foreign nationals until 120 days after the certificate has been determined to be reasonable, reflect its objective of creating a timely removal process for individuals thought to constitute a danger to national security, and asserts that

Le gouvernement soutient que les dispositions relatives à la détention, et plus précisément l’absence de contrôle de la détention des étrangers dans les 120 jours suivant la confirmation du caractère raisonnable du certificat, reflètent son objectif de créer un processus de renvoi rapide des personnes dont on croit qu’elles constituent un danger pour

when the provisions were drafted, it was thought that the removal process would be so fast that there would be no need for review. This is more an admission of the excessiveness of the 120-day period than a justification.

It is clear that there may be a need for some flexibility regarding the period for which a suspected terrorist may be detained. Confronted with a terrorist threat, state officials may need to act immediately, in the absence of a fully documented case. It may take some time to verify and document the threat. Where state officials act expeditiously, the failure to meet an arbitrary target of a fixed number of hours should not mean the automatic release of the person, who may well be dangerous. However, this cannot justify the complete denial of a timely detention review. Permanent residents who pose a danger to national security are also meant to be removed expeditiously. If this objective can be pursued while providing permanent residents with a mandatory detention review within 48 hours, then how can a denial of review for foreign nationals for 120 days after the certificate is confirmed be considered a minimal impairment?

I conclude that the lack of timely review of the detention of foreign nationals violates s. 9 and s. 10(c) and cannot be saved by s. 1.

2. Do Extended Periods of Detention Under the Scheme Violate Section 7 or the Section 12 Guarantee Against Cruel and Unusual Treatment?

The question at this point is whether the extended detention that may occur under the *IRPA* violates the guarantee against cruel and unusual treatment under s. 12 of the *Charter*. The threshold for breach of s. 12 is high. As stated by Lamer J. in *Smith*, treatment or punishment is cruel and unusual if

la sécurité nationale. Il ajoute qu'au moment de rédiger les dispositions pertinentes, le législateur croyait que le processus de renvoi serait à ce point rapide qu'aucun contrôle ne serait nécessaire. Par cette affirmation, le gouvernement admet le caractère excessif de la période de 120 jours plus qu'il ne la justifie.

Certes, une certaine souplesse peut être nécessaire quant à la durée de la détention d'une personne soupçonnée de terrorisme. Devant une menace terroriste, les autorités peuvent devoir agir sur-le-champ, même si leur dossier n'est pas assez bien documenté. Il faut parfois un certain temps pour vérifier et documenter la menace. Si les autorités agissent rapidement, le fait qu'elles ne réussissent pas à respecter un délai arbitraire représentant un nombre précis d'heures ne devrait pas entraîner la remise en liberté automatique d'une personne qui peut fort bien être dangereuse. Toutefois, cela ne saurait justifier l'absence totale de possibilité de faire contrôler promptement la détention. Les résidents permanents qui posent un danger pour la sécurité nationale sont eux aussi censés être renvoyés promptement. S'il est possible d'atteindre cet objectif tout en accordant aux résidents permanents le contrôle automatique de leur détention dans les 48 heures, comment le refus de permettre le contrôle de la détention des étrangers dans les 120 jours suivant la confirmation du certificat peut-il être considéré comme une atteinte minimale?

Je conclus que l'impossibilité pour les étrangers de faire contrôler leur détention promptement enfreint l'art. 9 et l'al. 10c) et ne peut être validée par l'article premier de la *Charte*.

2. La détention prolongée permise par le régime viole-t-elle l'art. 7 ou le droit à la protection contre tout traitement cruel et inusité garanti par l'art. 12?

À ce stade, il s'agit de savoir si la détention prolongée possible sous le régime de la *LIPR* viole le droit à la protection contre tout traitement cruel et inusité garanti par l'art. 12 de la *Charte*. Le seuil de violation de l'art. 12 est élevé. Comme l'a affirmé le juge Lamer dans *Smith*, pour être cruels ou inusités,

93

94

95

it is “so excessive as to outrage [our] standards of decency”: *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, at p. 1067; also *R. v. Wiles*, [2005] 3 S.C.R. 895, 2005 SCC 84, at para. 4.

le traitement ou la peine doivent être « excessi[fs] au point de ne pas être compatible[s] avec la dignité humaine » : *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, p. 1067; voir aussi *R. c. Wiles*, [2005] 3 R.C.S. 895, 2005 CSC 84, par. 4.

96

The s. 12 issue of cruel and unusual treatment is intertwined with s. 7 considerations, since the indefiniteness of detention, as well as the psychological stress it may cause, is related to the mechanisms available to the detainee to regain liberty. It is not the detention itself, or even its length, that is objectionable. Detention itself is never pleasant, but it is only cruel and unusual in the legal sense if it violates accepted norms of treatment. Denying the means required by the principles of fundamental justice to challenge a detention may render the detention arbitrarily indefinite and support the argument that it is cruel or unusual. (The same may be true of onerous conditions of release that seriously restrict a person’s liberty without affording an opportunity to challenge the restrictions.) Conversely, a system that permits the detainee to challenge the detention and obtain a release if one is justified may lead to the conclusion that the detention is not cruel and unusual: see *Sahin v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] 1 F.C. 214 (T.D.), *per* Rothstein J. (as he then was).

La question de la peine cruelle et inusitée au sens de l’art. 12 est étroitement liée aux considérations relatives à l’art. 7, puisque le caractère indéterminé de la détention ainsi que le stress psychologique qui en découle sont liés aux mécanismes offerts au détenu pour recouvrer sa liberté. Ce n’est pas la détention en soi, ni même sa durée, qui est condamnable. Il est vrai que la détention en soi n’est jamais agréable, mais elle n’est cruelle et inusitée au sens juridique que si elle déroge aux normes de traitement reconnues. L’absence des moyens requis par les principes de justice fondamentale pour contester une détention peut en faire une détention d’une durée indéterminée arbitraire et servir à étayer l’argument selon lequel elle est cruelle ou inusitée. (Cela pourrait aussi valoir pour des conditions de libération sévères, qui restreignent sérieusement la liberté d’une personne sans qu’elle ait la possibilité de contester ces restrictions.) Inversement, un système permettant à un détenu de contester sa détention et d’être libéré s’il y a lieu, peut mener à la conclusion que la détention n’est ni cruelle ni inusitée : voir *Sahin c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1995] 1 C.F. 214 (1^{re} inst.), le juge Rothstein (maintenant juge de notre Cour).

97

Mr. Almrei’s first submission is that “the combination of the legislative scheme and the conditions of detention . . . [transforms] the Appellant’s detention into one that is cruel and unusual”. I would reject this submission. This Court has not, in its past decisions, recognized s. 12 as a mechanism to challenge the overall fairness of a particular legislative regime.

M. Almrei soutient tout d’abord que [TRADUCTION] « combinés, le régime législatif et les conditions de détention [. . .] font que la détention de l’appelant est cruelle et inusitée ». Je suis d’avis de rejeter cette allégation. La jurisprudence de la Cour ne reconnaît pas l’art. 12 comme mécanisme servant à contester globalement le caractère équitable d’un régime législatif particulier.

98

More narrowly, however, it has been recognized that indefinite detention in circumstances where the detainee has no hope of release or recourse to a legal process to procure his or her release may cause psychological stress and therefore constitute cruel and unusual treatment: *Eur. Court H.R.*,

On reconnaît cependant, de façon plus restrictive, que la détention d’une durée indéterminée dans des circonstances où le détenu n’a aucun espoir d’être libéré ni aucune voie de droit pour obtenir une remise en liberté peut lui causer un stress psychologique et constituer un traitement

Soering case, judgment of 7 July 1989, Series A, No. 161, at para. 111; compare *Lyons*, at pp. 339-41. However, for the reasons that follow, I conclude that the *IRPA* does not impose cruel and unusual treatment within the meaning of s. 12 of the *Charter* because, although detentions may be lengthy, the *IRPA*, properly interpreted, provides a process for reviewing detention and obtaining release and for reviewing and amending conditions of release, where appropriate.

On its face, the *IRPA* permits detention pending deportation on security grounds. In reality, however, a release from detention may be difficult to obtain. The Federal Court suggested that Mr. Almrei “holds the key to his release”: *Almrei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2004] 4 F.C.R. 327, 2004 FC 420, at para. 138. But voluntary departure may be impossible. A person named in a certificate of inadmissibility may have nowhere to go. Other countries may assume such a person to be a terrorist and are likely to refuse entry, or the person may fear torture on his or her return. Deportation may fail for the same reasons, despite the observation that “[i]n our jurisdiction, at this moment, deportation to torture remains a possibility” in exceptional circumstances: *Almrei*, 2005 FCA 54, at para. 127. The only realistic option may be judicial release.

In the case of a permanent resident, detention is continued if the judge is satisfied that the person “continues to be a danger to national security or to the safety of any person, or is unlikely to appear at a proceeding or for removal”: s. 83(3). The ministers bear the initial burden of establishing that these criteria are met: *Charkaoui (Re)*, [2004] 1 F.C.R. 528, 2003 FC 882, at para. 36. In the case of a foreign national, release may be granted if the judge is “satisfied that the foreign national will not be removed from Canada within a reasonable time and that the release will not pose a danger to national security or to the safety of any

cruel et inusité : Cour eur. D.H., affaire *Soering*, arrêt du 7 juillet 1989, série A, n° 161, par. 111; comparer à *Lyons*, p. 339-341. Cependant, pour les motifs qui suivent, je conclus que la *LIPR* n’inflige pas un traitement cruel et inusité au sens de l’art. 12 de la *Charte* parce que, même si les périodes de détention peuvent être longues, lorsqu’on l’interprète correctement, la *LIPR* établit un processus permettant de faire contrôler la détention et d’obtenir une remise en liberté, ainsi que de faire contrôler et modifier les conditions de libération, s’il y a lieu.

À première vue, la *LIPR* permet la détention en attente de l’expulsion pour raison de sécurité. En réalité, cependant, il peut être difficile d’obtenir une remise en liberté. La Cour fédérale a laissé entendre que M. Almrei « tient la clé de sa mise en liberté » : *Almrei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2004] 4 R.C.F. 327, 2004 CF 420, par. 138. Or, il se peut qu’un départ volontaire soit impossible. La personne désignée dans un certificat d’interdiction de territoire n’a peut-être nulle part où aller. Les autres pays pourraient tenir pour acquis qu’une telle personne est un terroriste et lui refuseront probablement l’accès à leur territoire. L’intéressé pourrait aussi craindre d’être torturé à son retour dans son pays. L’expulsion pourrait échouer pour les mêmes raisons, en dépit de l’observation selon laquelle « [d]ans notre pays, à l’heure actuelle, le renvoi vers un pays qui pratique la torture demeure possible » dans des circonstances exceptionnelles : *Almrei*, 2005 CAF 54, par. 127. La seule solution réaliste pourrait bien être la mise en liberté par voie judiciaire.

Un résident permanent est maintenu en détention si le juge est convaincu « qu’il constitue toujours un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d’autrui ou qu’il se soustraira vraisemblablement à la procédure ou au renvoi » : par. 83(3). Le fardeau initial d’établir ces faits incombe aux ministres : *Charkaoui (Re)*, [2004] 1 R.C.F. 528, 2003 CF 882, par. 36. Dans le cas d’un étranger, la mise en liberté peut être accordée « sur preuve que la mesure ne sera pas exécutée dans un délai raisonnable et que la mise en liberté ne constituera pas un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d’autrui » : par. 84(2). Contrairement au par.

person”: s. 84(2). Unlike s. 83(3), s. 84(2) places the onus on the detainee: see *Ahani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 24 Admin. L.R. (3d) 171 (F.C.A.).

101

Courts thus far have understood these provisions to set a high standard for release. In interpreting the predecessor to s. 84(2) under the *Immigration Act*, the Federal Court of Appeal held that judicial release “cannot be an automatic or easy thing to achieve”, and that it “is not to be routinely obtained”: *Ahani*, at para. 13. At the same time, courts have read the provision as allowing the judge to inquire whether terms and conditions could make the release safe. This is an invitation that Federal Court judges have rightly accepted: *Harkat v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 1 F.C.R. 321, 2006 FC 628, at para. 82; *Almrei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 270 F.T.R. 1, 2005 FC 1645, at paras. 419-26. Likewise, when reviewing the detention of a permanent resident under s. 83(3), judges have examined the context that would surround release in order to determine whether the person would pose a security risk: *Charkaoui (Re)*, 2005 FC 248, at paras. 71-73.

83(3), le par. 84(2) impose le fardeau de la preuve au détenu : voir *Ahani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] A.C.F. n° 1114 (QL) (C.A.).

Jusqu'à présent, les tribunaux ont jugé que ces dispositions fixent une norme élevée pour accorder la libération. Appelée à interpréter la disposition de la *Loi sur l'immigration* aujourd'hui remplacée par le par. 84(2), la Cour d'appel fédérale a statué que la mise en liberté judiciaire « ne peut être automatique ou facile à obtenir » et qu'elle « ne sera pas accordée automatiquement » : *Ahani*, par. 13. Parallèlement, les tribunaux ont jugé que cette disposition autorise le juge à se demander si la mise en liberté pourrait être sécuritaire si elle était assortie de conditions. Il s'agit d'une invitation à laquelle les juges de la Cour fédérale ont répondu à bon droit : *Harkat c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2007] 1 R.C.F. 321, 2006 CF 628, par. 82; *Almrei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] A.C.F. n° 1994 (QL), 2005 CF 1645, par. 419-426. De même, lors du contrôle de la détention d'un résident permanent en application du par. 83(3), les juges ont tenu compte du contexte dans lequel se déroulerait la mise en liberté pour déterminer si la personne constituerait un danger pour la sécurité : *Charkaoui (Re)*, 2005 CF 248, par. 71-73.

102

The cases at bar illustrate the difficulty that may be encountered in seeking release from a detention imposed under the *IRPA*. At the time of writing, Mr. Almrei, a foreign national, has been detained for over five years. He cannot be deported until the Minister issues an opinion that he constitutes a danger to the public. But two “danger opinions” have already been quashed by the Federal Court, the last one in March 2005. The Minister has yet to issue a new one. In dismissing Mr. Almrei's application for judicial release, Layden-Stevenson J. held that Mr. Almrei had established that his removal was not imminent, was not a “done deal” and would not occur within a reasonable time (para. 272). However, she held that she was compelled to keep him in detention because she found that his release would pose a danger to national security under s. 84(2): *Almrei*, 2005 FC 1645. Mr. Almrei

Les présents pourvois illustrent à quel point il peut être difficile d'obtenir une remise en liberté sous le régime de la *LIPR*. Au moment de rédiger les présents motifs, M. Almrei, un étranger, est détenu depuis plus de cinq ans. Il ne peut être expulsé tant que le ministre n'a pas émis un avis selon lequel il constitue un danger pour le public. Or, deux « avis de danger » ont déjà été annulés par la Cour fédérale, le dernier, en mars 2005. Le ministre n'a toujours pas délivré de nouvel avis. En rejetant la demande de mise en liberté judiciaire présentée par M. Almrei, la juge Layden-Stevenson a conclu que ce dernier avait établi que son renvoi n'était pas imminent, qu'il n'était pas un « fait accompli » et qu'il ne surviendrait pas dans un délai raisonnable (par. 272). Elle a néanmoins affirmé être tenue de le maintenir en détention parce qu'elle estimait que sa mise en liberté constituerait un danger pour la

argues that as far as he is concerned, his detention is indefinite.

Mr. Harkat has been released from detention, but remains under house arrest and continuous surveillance by the Canada Border Services Agency (“CBSA”) and the RCMP by virtue of an order by Dawson J. He must at all times wear an electronic monitoring device and obtain the CBSA’s permission before leaving his house. He must at all times be under the supervision of either his wife or his mother-in-law. Access to his residence is restricted to individuals who have posted sureties and to Mr. Harkat’s legal counsel, as well as to emergency, fire, police and health care professionals. The CBSA is permitted to intercept all telephone and oral communications between Mr. Harkat and any third party. Mr. Harkat is forbidden to use any cellular phone or any computer with Internet connectivity. Breach of any of the numerous conditions in Dawson J.’s order would lead to automatic rearrest; however, these conditions are subject to ongoing review and amendment. The government is attempting to deport him to Algeria; whether this is possible may depend on the outcome of legal processes that are still pending.

Mr. Charkaoui has been released from detention under conditions that are somewhat less onerous: *Charkaoui (Re)*, 2005 FC 248, at para. 86. These conditions have a serious impact on his liberty, and he remains in jeopardy of being rearrested for a breach of his conditions. But the conditions are subject to ongoing review and have been amended several times subsequent to his release. More legal avenues remain to be explored. Whether the government will seek to deport Mr. Charkaoui or detain him anew may depend on the outcome of his application for protection and the determination of the reasonableness of his certificate.

It is thus clear that while the *IRPA* in principle imposes detention only pending deportation, it may in fact permit lengthy and indeterminate detention

sécurité nationale au sens du par. 84(2) : *Almrei*, 2005 CF 1645. M. Almrei se dit détenu pour une période indéterminée.

M. Harkat a été mis en liberté, mais il reste en détention à domicile et sous la surveillance constante de l’Agence des services frontaliers du Canada (« ASFC ») et de la GRC, conformément à une ordonnance rendue par la juge Dawson. Il doit porter en tout temps un bracelet de télésurveillance et ne peut quitter sa résidence sans la permission de l’ASFC. Il doit en tout temps rester sous la surveillance de son épouse ou de sa belle-mère. Seules les personnes qui ont déposé un cautionnement, l’avocat de M. Harkat, et les services d’urgence, soit les pompiers, les policiers et les professionnels de la santé, ont accès à sa résidence. L’ASFC est autorisée à intercepter toutes les communications téléphoniques ou verbales entre M. Harkat et un tiers. M. Harkat s’est vu interdire l’utilisation d’un téléphone cellulaire et d’un ordinateur avec accès à Internet. Tout manquement à l’une des nombreuses conditions de l’ordonnance de la juge Dawson entraînerait automatiquement son arrestation; ces conditions peuvent toutefois être révisées et modifiées en tout temps. Le gouvernement tente de l’expulser en Algérie; le succès de cette démarche pourrait dépendre de l’issue de procédures juridiques actuellement en cours.

M. Charkaoui a été mis en liberté sous des conditions un peu moins exigeantes : *Charkaoui (Re)*, 2005 CF 248, par. 86. Celles-ci ont de graves conséquences sur sa liberté et il risque toujours d’être remis en état d’arrestation en cas de manquement à l’une de ces conditions. Celles-ci peuvent toutefois être révisées de façon continue et ont été modifiées à plusieurs reprises après sa mise en liberté. Il reste des avenues juridiques à explorer. La décision du gouvernement de tenter d’expulser M. Charkaoui ou de le remettre en détention pourrait dépendre de l’issue de sa demande de protection et de la décision sur le caractère raisonnable du certificat délivré à son égard.

Il est donc clair que la *LIPR*, qui n’impose en principe la détention qu’en attendant l’expulsion, peut en fait permettre une détention prolongée ou

103

104

105

or lengthy periods subject to onerous release conditions. The next question is whether this violates s. 7 or s. 12 based on the applicable legal principles.

106

This Court has previously considered the possibility of indefinite detention in the criminal context. In *Lyons*, a majority of the Court held that “dangerous offender” legislation allowing for indefinite detention did not constitute cruel and unusual treatment or punishment within the meaning of s. 12 of the *Charter* because the statutory scheme includes a parole process that “ensures that incarceration is imposed for only as long as the circumstances of the individual case require” (p. 341, *per* La Forest J.). It is true that a judge can impose the dangerous offender designation only on a person who has been convicted of a serious personal injury offence; this Court indicated that a sentence of indeterminate detention, applied with respect to a future crime or a crime that had already been punished, would violate s. 7 of the *Charter* (pp. 327-28, *per* La Forest J.). But the use in criminal law of indeterminate detention as a tool of sentencing — serving both a punitive and a preventive function — does not establish the constitutionality of preventive detention measures in the immigration context.

107

The principles underlying *Lyons* must be adapted in the case at bar to the immigration context, which requires a period of time for review of the named person’s right to remain in Canada. Drawing on them, I conclude that the s. 7 principles of fundamental justice and the s. 12 guarantee of freedom from cruel and unusual treatment require that, where a person is detained or is subject to onerous conditions of release for an extended period under immigration law, the detention or the conditions must be accompanied by a meaningful process of ongoing review that takes into account the context and circumstances of the individual case. Such persons must have meaningful opportunities to challenge their continued detention or the conditions of their release.

pour une durée indéterminée et l’assujettissement à de sévères conditions de mise en liberté pendant une longue période. La question suivante est de savoir si, suivant les principes de droit applicables, cela va à l’encontre des art. 7 ou 12.

La Cour a déjà examiné la possibilité d’une détention d’une durée indéterminée dans le contexte du droit criminel. Dans *Lyons*, la Cour a conclu à la majorité que la législation relative aux « délinquants dangereux » autorisant une détention d’une durée indéterminée ne constituait pas un traitement ou une peine cruels ou inusités au sens de l’art. 12 de la *Charte* parce que ce régime législatif établit un processus de libération conditionnelle qui « est le gage d’une incarcération qui ne durera dans chaque cas que le temps dicté par les circonstances » (p. 341, le juge La Forest). Il est vrai qu’un juge ne peut déclarer délinquant dangereux qu’une personne qui a été reconnue coupable d’une infraction qui constitue un sévice grave à la personne; la Cour a précisé qu’une peine d’une durée indéterminée infligée pour un crime qu’une personne n’a pas encore commis ou pour lequel elle a déjà été punie contreviendrait à l’art. 7 de la *Charte* (p. 327-328, le juge La Forest). Mais le recours à la détention d’une durée indéterminée comme outil de détermination de la peine en droit criminel — à des fins à la fois punitives et préventives — ne démontre pas la validité constitutionnelle de la détention préventive dans le contexte de l’immigration.

Les principes sur lesquels repose l’arrêt *Lyons* doivent en l’espèce être adaptés au contexte de l’immigration, qui exige un délai pour l’examen du droit d’une personne désignée de rester au Canada. Ces principes m’amènent à conclure que la justice fondamentale visée à l’art. 7 et le droit à la protection contre tous traitements cruels ou inusités garanti par l’art. 12 exigent que la détention d’une personne ou son assujettissement à de sévères conditions de mise en liberté pendant une longue période, en vertu du droit de l’immigration, soient assortis d’un processus valable de contrôle continu qui tienne compte du contexte et des circonstances propres à chaque cas. Cette personne doit avoir la possibilité réelle de contester son maintien en détention ou ses conditions de mise en liberté.

The type of process required has been explored in cases involving analogous situations. In *Sahin*, Rothstein J. had occasion to examine a situation of ongoing detention (for reasons unrelated to national security) under the *Immigration Act*. He concluded that “what amounts to an indefinite detention for a lengthy period of time may, in an appropriate case, constitute a deprivation of liberty that is not in accordance with the principles of fundamental justice” (p. 229) and held that ongoing detention under the *Immigration Act* could be constitutional if it resulted from the weighing of a number of factors (at pp. 231-32):

The following list, which, of course, is not exhaustive of all considerations, seems to me to at least address the more obvious [considerations]. Needless to say, the considerations relevant to a specific case, and the weight to be placed upon them, will depend upon the circumstances of the case.

(1) Reasons for the detention, i.e. is the applicant considered a danger to the public or is there a concern that he would not appear for removal. I would think that there is a stronger case for continuing a long detention when an individual is considered a danger to the public.

(2) Length of time in detention and length of time detention will likely continue. If an individual has been held in detention for some time as in the case at bar, and a further lengthy detention is anticipated, or if future detention time cannot be ascertained, I would think that these facts would tend to favour release.

(3) Has the applicant or the respondent caused any delay or has either not been as diligent as reasonably possible. Unexplained delay and even unexplained lack of diligence should count against the offending party.

(4) The availability, effectiveness and appropriateness of alternatives to detention such as outright release, bail bond, periodic reporting, confinement to a particular location or geographic area, the requirement to report changes of address or telephone numbers, detention in a form that could be less restrictive to the individual, etc.

A consideration that I think deserves significant weight is the amount of time that is anticipated until

Dans des causes portant sur des situations analogues, les tribunaux se sont prononcés sur le type de processus qui devrait être établi. Dans *Sahin*, le juge Rothstein a eu l’occasion d’examiner un cas de détention continue (fondée sur des motifs qui n’étaient pas reliés à la sécurité nationale) infligée sous le régime de la *Loi sur l’immigration*. Il a conclu qu’une « détention indéterminée pendant une longue période peut, dans certains cas, constituer une privation de liberté qui n’est pas conforme aux principes de justice fondamentale » (p. 229) et il a jugé qu’une détention continue infligée sous le régime de la *Loi sur l’immigration* pouvait être conforme à la Constitution si elle faisait suite à l’appréciation de plusieurs facteurs (p. 231-232) :

La liste suivante, qui n’est bien entendu pas exhaustive, réunit au moins les facteurs les plus évidents, il me semble. Il est inutile de rappeler que les facteurs applicables à un cas d’espèce et leur importance relative dépendent des faits de la cause.

(1) Les motifs de détention, savoir si le requérant peut constituer une menace pour la sécurité publique ou peut se dérober à la mesure de renvoi. À mon avis, une longue détention est d’autant justifiable que l’intéressé est considéré comme une menace pour la sécurité publique.

(2) La durée de la détention et le temps pendant lequel la détention sera vraisemblablement prolongée. Si l’individu a été déjà détenu pendant un certain temps comme en l’espèce et s’il est prévu que la détention sera prolongée pour une longue période ou si on ne peut en prévoir la durée, je dirais que ces facteurs favorisent la mise en liberté.

(3) Le requérant ou l’intimé a-t-il causé un retard ou ne s’est-il pas montré aussi diligent qu’il est raisonnablement possible de l’être? Les retards inexpliqués ou même le manque inexpliqué de diligence doivent compter contre la partie qui en est responsable.

(4) La disponibilité, l’efficacité et l’opportunité d’autres solutions que la détention, telles que la mise en liberté, la liberté sous caution, la comparution au contrôle périodique, la résidence surveillée dans un lieu ou une localité, l’obligation de signaler les changements d’adresse ou de numéro de téléphone, la détention sous une forme moins restrictive de liberté, etc.

Un facteur qui doit peser lourd dans la balance est le temps qui se passera avant que l’on décide de façon

a final decision, determining, one way or the other, whether the applicant may remain in Canada or must leave.

définitive si le requérant peut rester au Canada ou doit s'en aller.

109 Factors regarding release are considered in another part of the *IRPA* and the accompanying *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 (“*IRP Regulations*”). When a non-citizen not named in a certificate is detained because he or she is inadmissible and also is a danger to the public or is unlikely to appear for examination, the non-citizen is entitled to detention reviews before the Immigration and Refugee Board: *IRPA*, ss. 55 to 57. In determining whether the non-citizen should be held or released, the Board must take into account “prescribed factors”: (a) the reason for detention; (b) the length of time in detention; (c) whether there are any elements that can assist in determining the length of time that detention is likely to continue and, if so, that length of time; (d) any unexplained delays or unexplained lack of diligence caused by the Department or the person concerned; and (e) the existence of alternatives to detention (s. 58 *IRPA* and r. 248 *IRP Regulations*).

Une autre partie de la *LIPR* et le *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (« *Règlement IPR* »), traitent aussi des facteurs applicables à la mise en liberté. Le non-citoyen qui n’est pas désigné dans un certificat et qui est détenu parce qu’il est interdit de territoire et qu’il constitue un danger pour la sécurité publique ou se soustrait vraisemblablement au contrôle, a droit au contrôle de sa détention par la Commission de l’immigration et du statut de réfugié : *LIPR*, art. 55 à 57. Pour déterminer si un non-citoyen devrait être détenu ou mis en liberté, la Commission de l’immigration et du statut de réfugié doit prendre en compte des « critères réglementaires » : a) le motif de la détention; b) la durée de la détention; c) l’existence d’éléments permettant l’évaluation de la durée probable de la détention et, dans l’affirmative, cette période de temps; d) les retards inexpliqués ou le manque inexpliqué de diligence de la part du ministère ou de l’intéressé; e) l’existence de solutions de rechange à la détention (*LIPR*, art. 58, et *Règlement IPR*, art. 248).

110 I conclude that extended periods of detention under the certificate provisions of the *IRPA* do not violate ss. 7 and 12 of the *Charter* if accompanied by a process that provides regular opportunities for review of detention, taking into account all relevant factors, including the following:

Je conclus que les longues périodes de détention permises par les dispositions de la *LIPR* régissant les certificats ne contreviennent pas aux art. 7 et 12 de la *Charte*, lorsqu’elles sont assorties d’un processus qui offre la possibilité de faire contrôler régulièrement la détention en fonction des considérations suivantes :

(a) *Reasons for Detention*

a) *Les motifs de la détention*

111 The criteria for signing a certificate are “security, violating human or international rights, serious criminality or organized criminality” (s. 77). Detention pursuant to a certificate is justified on the basis of a continuing threat to national security or to the safety of any person. While the criteria for release under s. 83 of the *IRPA* also include the likelihood that a person will appear at a proceeding or for removal, a threat to national security or to the safety of a person is a more important factor for the purpose of justifying continued detention.

Les ministres peuvent signer un certificat « pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux, grande criminalité ou criminalité organisée » (art. 77). La détention consécutive au dépôt d’un certificat est justifiée en raison d’un danger constant pour la sécurité nationale ou la sécurité d’autrui. Bien que les critères de la mise en liberté prévus à l’art. 83 de la *LIPR* incluent aussi la probabilité que l’intéressé se soustraira à la procédure ou au renvoi, un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d’autrui constitue

The more serious the threat, the greater will be the justification for detention.

(b) *Length of Detention*

The length of the detention to date is an important factor, both from the perspective of the individual and from the perspective of national security. The longer the period, the less likely that an individual will remain a threat to security: “The imminence of danger may decline with the passage of time”: *Charkaoui (Re)*, 2005 FC 248, at para. 74. Noël J. concluded that Mr. Charkaoui could be released safely from detention because his long period of detention had cut him off from whatever associations with extremist groups he may have had. Likewise, in Mr. Harkat’s case, Dawson J. based her decision to release Mr. Harkat in part on the fact that the long period of detention meant that “his ability to communicate with persons in the Islamic extremist network has been disrupted”: *Harkat*, 2006 FC 628, at para. 86.

A longer period of detention would also signify that the government would have had more time to gather evidence establishing the nature of the threat posed by the detained person. While the government’s evidentiary onus may not be heavy at the initial detention review (see above, at para. 93), it must be heavier when the government has had more time to investigate and document the threat.

(c) *Reasons for the Delay in Deportation*

When reviewing detentions pending deportation, judges have assessed whether the delays have been caused by the detainees or the government: *Sahin*, at p. 231. In reviewing Mr. Almrei’s application for release, the Federal Court of Appeal stated that a reviewing judge could “discount, in whole or in part, the delay resulting from proceedings resorted to by an applicant that have the precise effect of preventing compliance by the Crown with the law within a reasonable time”: *Almrei*, 2005 FCA 54, at para. 58; see also *Harkat*, 2006 FC 628, at para. 30. Recourse by the government or the individual

un facteur plus important de justification du maintien en détention. Plus le danger est grave, plus la détention sera justifiée.

b) *Le temps passé en détention*

Le temps déjà passé en détention est un facteur important, tant du point de vue de l’individu que de celui de la sécurité nationale. Plus la détention se prolonge, moins l’individu sera susceptible de demeurer un danger pour la sécurité : « [d]e l’imminence d’un danger, il se peut que celui-ci décline avec le passage du temps » : *Charkaoui (Re)*, 2005 CF 248, par. 74. Le juge Noël a conclu que M. Charkaoui pouvait être mis en liberté sans danger parce que sa longue période de détention avait interrompu les rapports qu’il avait pu entretenir avec des groupes extrémistes. De même, la juge Dawson a fondé sa décision de remettre M. Harkat en liberté en partie sur le fait que, vu sa longue période de détention, il avait « ainsi cessé de pouvoir communiquer avec des membres du réseau islamiste extrême » : *Harkat*, 2006 CF 628, par. 86.

Une longue période de détention suppose également que le gouvernement a eu le temps de rassembler les éléments de preuve établissant la nature du danger que pose le détenu. Si le fardeau de la preuve qui incombe au gouvernement peut être assez peu exigeant lors du contrôle initial de la détention (voir par. 93 ci-dessus), il doit être plus lourd lorsque le gouvernement a eu plus de temps pour faire enquête et documenter le danger.

c) *Les raisons qui retardent l’expulsion*

Les juges appelés à contrôler la détention en attente de l’expulsion vérifient si le retard était attribuable au détenu ou au gouvernement : *Sahin*, p. 231. Lors de l’examen de la demande de mise en liberté de M. Almrei, la Cour d’appel fédérale a affirmé que le juge chargé de l’examen peut « ne pas tenir compte, en tout ou en partie, du délai résultant d’une procédure amorcée par le demandeur qui a pour effet précis d’empêcher la Couronne d’appliquer la loi dans un délai raisonnable » : *Almrei*, 2005 CAF 54, par. 58; voir également *Harkat*, 2006 CF 628, par. 30. On ne devrait pas reprocher

112

113

114

to applicable provisions of the *IRPA* that are reasonable in the circumstances and recourse by the individual to reasonable *Charter* challenges should not count against either party. On the other hand, an unexplained delay or lack of diligence should count against the offending party.

(d) *Anticipated Future Length of Detention*

115 If there will be a lengthy detention before deportation or if the future detention time cannot be ascertained, this is a factor that weighs in favour of release.

(e) *Availability of Alternatives to Detention*

116 Stringent release conditions, such as those imposed on Mr. Charkaoui and Mr. Harkat, seriously limit individual liberty. However, they are less severe than incarceration. Alternatives to lengthy detention pursuant to a certificate, such as stringent release conditions, must not be a disproportionate response to the nature of the threat.

117 In other words, there must be detention reviews on a regular basis, at which times the reviewing judge should be able to look at all factors relevant to the justice of continued detention, including the possibility of the *IRPA*'s detention provisions being misused or abused. Analogous principles apply to extended periods of release subject to onerous or restrictive conditions: these conditions must be subject to ongoing, regular review under a review process that takes into account all the above factors, including the existence of alternatives to the conditions.

118 Do the provisions for review of detention under the *IRPA*'s certificate scheme satisfy these requirements? To answer this question, we must examine ss. 83(3) and 84(2) in greater detail.

au gouvernement ou au détenu de se prévaloir, de façon raisonnable dans les circonstances, des dispositions applicables de la *LIPR*, ni reprocher au détenu une contestation raisonnable fondée sur la *Charte*. Par contre, il sera justifié de retenir un délai inexpliqué ou un manque de diligence contre la partie qui en est responsable.

d) *La durée anticipée du prolongement de la détention*

Si l'expulsion sera précédée d'une longue détention ou s'il n'est pas possible de déterminer pendant combien de temps la détention se prolongera, ce facteur jouera en faveur de la mise en liberté.

e) *L'existence de solutions de rechange à la détention*

Des conditions de mise en liberté rigoureuses, comme celles imposées à M. Charkaoui et à M. Harkat, restreignent fortement la liberté individuelle. Toutefois, elles sont moins sévères que l'incarcération. Les solutions de rechange à une longue détention consécutive à un certificat, telles de sévères conditions de mise en liberté, ne doivent pas être disproportionnées par rapport à la nature du danger.

Autrement dit, il faut que la détention soit contrôlée régulièrement et que le juge qui la contrôle puisse tenir compte de tous les facteurs pertinents quant au bien-fondé du maintien de la détention, y compris la possibilité d'un mauvais usage ou d'une application abusive des dispositions de la *LIPR* autorisant la détention. Des principes analogues s'appliquent à la mise en liberté assortie de conditions sévères ou restrictives pendant une longue période : ces conditions doivent être révisées régulièrement, en fonction de tous les facteurs susmentionnés, y compris l'existence de solutions de rechange.

Les dispositions de la *LIPR* qui régissent le contrôle de la détention découlant d'un certificat satisfont-elles à ces critères? Pour répondre à cette question, il faut examiner les par. 83(3) et 84(2) plus en détail.

Section 84(2) governs the release of foreign nationals. It requires the judge to consider whether the “release” of the detainee would pose a danger to security. This implies that the judge can consider terms and conditions that would neutralize the danger. The judge, if satisfied that the danger no longer exists or that it can be neutralized by conditions, may order the release.

Section 83(3), which applies to permanent residents, has a slightly different wording. It requires the judge to consider not whether the *release* would pose a danger as under s. 84(2), but whether the *permanent resident* continues to be a danger. An issue may arise as to whether this difference in wording affects the ability of the judge to fashion conditions and hence to order conditional release. In my view, there is no practical difference between saying a person’s release would be a danger and saying that the person is a danger. I therefore read s. 83(3), like s. 84(2), as enabling the judge to consider whether any danger attendant on release can be mitigated by conditions.

On this basis, I conclude that for both foreign nationals and permanent residents, the *IRPA*’s certificate scheme provides a mechanism for review of detention, which permits the reviewing judge to fashion conditions that would neutralize the risk of danger upon release, and hence to order the release of the detainee.

Reviewing judges have also developed a practice of periodic review in connection with release procedures: *Charkaoui (Re)*, 2005 FC 248, at para. 86. In the immigration context, such periodic reviews must be understood to be required by ss. 7 and 12 of the *Charter*. The Federal Court of Appeal has suggested that once a foreign national has brought an application for release under s. 84(2), he or she cannot bring a new application except on the basis of (i) new evidence or (ii) a material change in circumstances since the previous application: *Almrei*,

Le paragraphe 84(2) régit la mise en liberté des étrangers. Il exige que le juge se demande si la « mise en liberté » du détenu constituerait ou non un danger pour la sécurité. Cela sous-entend que le juge peut prendre en considération les conditions qui neutraliseraient le danger. Le juge peut ordonner la mise en liberté s’il est convaincu que le danger s’est dissipé ou qu’il peut être neutralisé par l’imposition de conditions.

Le paragraphe 83(3), qui s’applique aux résidents permanents, est libellé quelque peu différemment. En effet, il exige que le juge se demande, non pas si la *mise en liberté* constituerait ou non un danger, comme sous le régime du par. 84(2), mais plutôt si le *résident permanent* constitue un danger. Cette différence dans le libellé pourrait soulever la question de la capacité du juge de concevoir des conditions et, en conséquence, d’ordonner la libération conditionnelle. À mon avis, il n’y a pas de différence pratique entre le fait de dire que la mise en liberté d’une personne constituerait un danger et celui de dire que la personne constitue un danger. Par conséquent, selon mon interprétation, le par. 83(3), à l’instar du par. 84(2), autorise le juge à se demander si un danger relié à la mise en liberté peut être atténué par l’imposition de conditions.

Par conséquent, je conclus que le régime de certificats établi par la *LIPR* prévoit, tant pour les étrangers que pour les résidents permanents, un mécanisme de contrôle de la détention qui permet au juge de concevoir des conditions efficaces pour neutraliser le risque associé à la mise en liberté et, par conséquent, de libérer le détenu.

Les juges ont aussi pris l’habitude de prévoir des contrôles périodiques de la mise en liberté : *Charkaoui (Re)*, 2005 CF 248, par. 86. Dans le contexte de l’immigration, ces contrôles périodiques doivent être considérés comme requis par les art. 7 et 12 de la *Charte*. La Cour d’appel fédérale a laissé entendre qu’un étranger qui a déjà présenté une demande de mise en liberté en vertu du par. 84(2) ne peut présenter une nouvelle demande, sauf pour faire valoir (i) une nouvelle preuve, ou (ii) un changement important dans les circonstances

119

120

121

122

2005 FCA 54; see also, *Ahani*, at paras. 14-15. Such an interpretation would lead to a holding that s. 84(2) is inconsistent with ss. 7 and 12; however, since s. 84(2) has already been found to infringe s. 9 and cannot be saved under s. 1, it is not necessary to decide this issue.

123

In summary, the *IRPA*, interpreted in conformity with the *Charter*, permits robust ongoing judicial review of the continued need for and justice of the detainee's detention pending deportation. On this basis, I conclude that extended periods of detention pending deportation under the certificate provisions of the *IRPA* do not violate s. 7 or s. 12 of the *Charter*, provided that reviewing courts adhere to the guidelines set out above. Thus, the *IRPA* procedure itself is not unconstitutional on this ground. However, this does not preclude the possibility of a judge concluding at a certain point that a particular detention constitutes cruel and unusual treatment or is inconsistent with the principles of fundamental justice, and therefore infringes the *Charter* in a manner that is remediable under s. 24(1) of the *Charter*.

124

These conclusions are consistent with English and American authority. Canada, it goes without saying, is not alone in facing the problem of detention in the immigration context in situations where deportation is difficult or impossible. Courts in the United Kingdom and the United States have suggested that detention in this context can be used only during the period where it is reasonably necessary for deportation purposes: *R. v. Governor of Durham Prison, ex parte Singh*, [1984] 1 All E.R. 983 (Q.B.); *Zadvydas*.

125

A case raising similar issues is the decision of the House of Lords in *A. v. Secretary of State for the Home Department*, [2005] 3 All E.R. 169, [2004] UKHL 56 (“*Re A*”). This was an appeal brought by nine foreign nationals who were suspected of involvement in terrorism, but were not charged with any crime. The United Kingdom

depuis la dernière demande : *Almrei*, 2005 CAF 54; voir aussi *Ahani*, par. 14-15. Suivant une telle interprétation, il faudrait conclure que le par. 84(2) est incompatible avec les art. 7 et 12; toutefois, comme j’ai déjà conclu que le par. 84(2) viole l’art. 9 et ne peut être validé par l’article premier, il n’est pas nécessaire de trancher cette question.

En résumé, lorsqu’elle est interprétée conformément à la *Charte*, la *LIPR* permet un contrôle judiciaire vigoureux et continu du bien-fondé et de la nécessité du maintien de la détention en attente de l’expulsion. Pour cette raison, je conclus que les longues périodes de détention avant le renvoi prévues par des dispositions de la *LIPR* relatives aux certificats ne contreviennent pas aux art. 7 ou 12 de la *Charte*, pourvu que le juge qui procède au contrôle suive les lignes directrices énoncées précédemment. La procédure établie par la *LIPR* n’est donc pas en soi inconstitutionnelle pour ce motif. Cela n’écarte toutefois pas la possibilité que, dans un cas particulier, un juge arrive à la conclusion que la détention constitue un traitement cruel et inusité ou est incompatible avec les principes de justice fondamentale, de sorte qu’elle constitue une violation de la *Charte* ouvrant droit à réparation conformément au par. 24(1) de la *Charte*.

Ces conclusions sont compatibles avec les décisions anglaises et américaines. Le Canada, il va sans dire, n’est pas le seul pays aux prises avec le problème de la détention dans le contexte de l’immigration lorsque l’expulsion est difficile ou impossible. Les tribunaux du Royaume-Uni et des États-Unis ont laissé entendre qu’il n’est possible de recourir à la détention dans ce contexte que durant la période raisonnablement nécessaire pour procéder à l’expulsion : *R. c. Governor of Durham Prison, ex parte Singh*, [1984] 1 All E.R. 983 (Q.B.); *Zadvydas*.

La décision de la Chambre des lords dans *A. c. Secretary of State for the Home Department*, [2005] 3 All E.R. 169, [2004] UKHL 56 (« *Re A* »), porte sur une question similaire. Il s’agissait d’un appel interjeté par neuf étrangers soupçonnés de participer à des activités terroristes mais qui n’étaient accusés d’aucun crime. Le gouvernement du

government sought to deport them, but in most cases this was impossible due to a risk of torture. So most of the individuals were detained at Belmarsh Prison under s. 23 of the *Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001* (U.K.), 2001, c. 24. This provision empowered the government to detain suspected international terrorists under the provisions governing detention pending deportation, despite the fact that removal from the United Kingdom was temporarily or indefinitely prevented, in derogation from art. 5 of the *European Convention on Human Rights*: see *Chahal*.

The government claimed that this derogation was necessary to combat the national security threat posed by Al-Qaeda terrorists. The House of Lords, by a majority of 8 to 1, accepted that Al-Qaeda terrorism represented a serious threat to the life of the nation, but seven of the eight Lords who accepted this premise nevertheless concluded that s. 23 was not strictly required by the exigencies of the situation. These same seven Lords also concluded that s. 23 was incompatible with art. 14 of the *European Convention on Human Rights*, because of the way it discriminated between nationals and non-nationals. The derogation permitting permanent detention of non-nationals treated them more harshly than nationals. Absent the possibility of deportation, it lost its character as an immigration provision, and hence constituted unlawful discrimination.

The finding in *Re A* of breach of the detention norms under the European Convention on Human Rights was predicated on the U.K. Act's authorization of permanent detention. The *IRPA*, unlike the U.K. legislation under consideration in *Re A*, does not authorize indefinite detention and, interpreted as suggested above, provides an effective review process that meets the requirements of Canadian law.

The fairness of the detention review procedure arises as an independent issue. I concluded above that this procedure, like the certificate

Royaume-Uni a tenté de les expulser mais, dans la plupart des cas, il n'a pu le faire en raison d'un risque de torture. La plupart des intéressés étaient donc détenus à la prison de Belmarsh en vertu de l'art. 23 de l'*Anti-terrorism, Crime and Security Act, 2001* (R.-U.), 2001, ch. 24. Cette disposition autorisait le gouvernement à détenir les personnes soupçonnées de terrorisme international sous le régime des dispositions régissant la détention en attente de l'expulsion, même si le renvoi du Royaume-Uni était temporairement ou indéfiniment exclu, ce qui contrevenait à l'art. 5 de la *Convention européenne des droits de l'homme* : voir *Chahal*.

Le gouvernement affirmait que cette dérogation était nécessaire pour lutter contre le danger pour la sécurité nationale que présentaient les terroristes d'Al-Qaïda. La Chambre des lords, à une majorité de huit contre un, a reconnu que le terrorisme d'Al-Qaïda représentait un grave danger pour la vie de la nation, mais sept des huit juges de la majorité ont conclu que l'art. 23 n'était pas strictement nécessaire pour faire face à la situation. Les sept mêmes juges ont également conclu que l'art. 23 était incompatible avec l'art. 14 de la *Convention européenne des droits de l'homme* parce qu'il établissait une distinction entre les ressortissants et les non-ressortissants. La dérogation permettant la détention permanente des non-ressortissants leur appliquait un traitement plus sévère que celui réservé aux ressortissants. L'expulsion étant impossible, cette disposition ne relevait plus du droit de l'immigration et créait ainsi une distinction illicite.

Dans *Re A*, la conclusion selon laquelle il y avait violation des normes de détention établies dans la *Convention européenne des droits de l'homme* reposait sur le fait que la loi du Royaume-Uni permettait la détention permanente. Contrairement à cette loi, la *LIPR* n'autorise pas la détention pour une période indéterminée et, interprétée conformément aux motifs qui précèdent, elle prévoit un mécanisme de contrôle efficace qui respecte les exigences du droit canadien.

La question du caractère équitable de la procédure de contrôle de la détention se pose de façon indépendante. J'ai déjà conclu que cette procédure,

126

127

128

determination procedure, denies the right to a fair hearing and does so in a way that does not minimally impair the detainee's rights. For the reasons given earlier, Parliament must therefore revisit the provisions for detention review in order to meaningfully protect the procedural rights of detainees.

C. *Do the Certificate and Detention Review Procedures Discriminate Between Citizens and Non-Citizens, Contrary to Section 15 of the Charter, and if so, Is the Discrimination Justified Under Section 1 of the Charter?*

129 The appellant Mr. Charkaoui argues that the *IRPA* certificate scheme discriminates against non-citizens, contrary to s. 15(1) of the *Charter*. However, s. 6 of the *Charter* specifically allows for differential treatment of citizens and non-citizens in deportation matters: only citizens are accorded the right to enter, remain in and leave Canada (s. 6(1)). A deportation scheme that applies to non-citizens, but not to citizens, does not, for that reason alone, violate s. 15 of the *Charter*: *Chiarelli*.

130 It is argued that while this is so, there are two ways in which the *IRPA* could, in some circumstances, result in discrimination. First, detention may become indefinite as deportation is put off or becomes impossible, for example because there is no country to which the person can be deported. Second, the government could conceivably use the *IRPA* not for the purpose of deportation, but to detain the person on security grounds. In both situations, the source of the problem is that the detention is no longer related, in effect or purpose, to the goal of deportation. In *Re A*, the legislation considered by the House of Lords expressly provided for indefinite detention; this was an important factor leading to the majority's holding that the legislation went beyond the concerns of immigration legislation and thus wrongfully discriminated between

comme la procédure d'examen du certificat, nie le droit de l'intéressé à une audition équitable, et ce d'une manière qui ne porte pas le moins possible atteinte aux droits du détenu. Pour les motifs exprimés précédemment, le législateur doit donc réviser les dispositions relatives au contrôle de la détention afin de protéger réellement les droits procéduraux des détenus.

C. *Les procédures d'examen des certificats et de contrôle de la détention créent-elles, entre les citoyens et les non-citoyens, une discrimination interdite par l'art. 15 de la Charte? Dans l'affirmative, cette discrimination est-elle justifiée au sens de l'article premier de la Charte?*

M. Charkaoui fait valoir que le régime de certificats de sécurité établi par la *LIPR* crée, contre les non-citoyens, une discrimination interdite par le par. 15(1) de la *Charte*. Cependant, l'art. 6 de la *Charte* prévoit expressément un traitement différent pour les citoyens et les non-citoyens en matière d'expulsion : selon le par. 6(1), seuls les citoyens ont le droit de demeurer au Canada, d'y entrer et d'en sortir. Pour cette raison, un régime d'expulsion qui s'applique uniquement aux non-citoyens, à l'exclusion des citoyens, n'est pas, de ce seul fait, contraire à l'art. 15 de la *Charte* : *Chiarelli*.

On fait valoir que, malgré cela, la *LIPR* pourrait, dans certaines circonstances, avoir un effet discriminatoire à deux égards. Premièrement, la détention peut se prolonger pour une durée indéterminée si l'expulsion est remise ou si elle devient impossible, par exemple, parce que l'individu ne peut être expulsé vers aucun pays. Deuxièmement, il n'est pas impossible que le gouvernement utilise la *LIPR*, non pas en vue d'expulser une personne, mais pour la détenir pour des motifs de sécurité. Dans les deux situations, le problème découle du fait que la détention n'est plus liée, ni par son effet ni par son objet, à l'objectif de l'expulsion. Dans *Re A*, la loi dont la Chambre des lords était saisie prévoyait expressément la détention pour une durée indéterminée; il s'agissait là d'un facteur important qui a amené la majorité à conclure que la loi allait

nationals and non-nationals: paras. 54, 81, 134, 157-58, 180 and 229.

Even though the detention of some of the appellants has been long — indeed, Mr. Almrei's continues — the record on which we must rely does not establish that the detentions at issue have become unhinged from the state's purpose of deportation. More generally, the answer to these concerns lies in an effective review process that permits the judge to consider all matters relevant to the detention, as discussed earlier in these reasons.

I conclude that a breach of s. 15 of the *Charter* has not been established.

D. *Are the IRPA Certificate Provisions Inconsistent With the Constitutional Principle of the Rule of Law?*

The appellant Mr. Charkaoui claims that the unwritten constitutional principle of the rule of law is infringed by two aspects of the *IRPA* scheme: the unavailability of an appeal of the designated judge's determination that the certificate is reasonable; and the provision in s. 82 for the issuance of an arrest warrant by the executive (in the case of a permanent resident) or for mandatory arrest without a warrant following an executive decision (in the case of a foreign national).

The rule of law incorporates a number of themes. Most fundamentally, it requires government officials to exercise their authority according to law, and not arbitrarily: *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, at p. 748-49. It requires the creation and maintenance of an actual order of positive laws: *Reference re Manitoba Language Rights*. And it is linked to the principle of judicial independence: *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*.

au-delà des questions d'immigration et qu'elle établissait de ce fait une distinction illicite entre les ressortissants et les non-ressortissants : par. 54, 81, 134, 157-158, 180 et 229.

En dépit de la longue détention de certains des appelants — d'ailleurs celle de M. Almrei se poursuit — le dossier sur lequel nous devons nous fonder n'établit pas l'absence de lien entre les détentions en cause et l'objectif de l'État d'expulser les intéressés. De façon plus générale, la réponse à ces préoccupations réside dans un processus de contrôle efficace qui permette au juge de prendre en considération toutes les questions pertinentes quant à la détention, comme je l'ai expliqué plus tôt.

Je conclus qu'aucune violation de l'art. 15 de la *Charte* n'a été établie.

D. *Les dispositions de la LIPR concernant les certificats sont-elles incompatibles avec le principe constitutionnel de la primauté du droit?*

M. Charkaoui soutient que deux aspects du régime établi par la *LIPR* violent le principe constitutionnel non écrit de la primauté du droit : l'absence d'un droit d'appel de la conclusion du juge désigné portant que le certificat est raisonnable, et les dispositions de l'art. 82 qui permettent au pouvoir exécutif de lancer un mandat d'arrestation (dans le cas d'un résident permanent) ou prévoient l'arrestation obligatoire sans mandat à la suite d'une décision du pouvoir exécutif (dans le cas d'un étranger).

La primauté du droit comporte un certain nombre d'aspects. Essentiellement, elle oblige les autorités gouvernementales à exercer leur pouvoir conformément à la loi et sans arbitraire : *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, p. 748-749. Elle exige la création et le maintien d'un ordre réel de droit positif : *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*. Elle est aussi liée au principe de l'indépendance de la magistrature : *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*.

131

132

133

134

135 Mr. Charkaoui's claim is based not on any of these themes, but on the content of the *IRPA*. But as this Court held in *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, [2005] 2 S.C.R. 473, 2005 SCC 49, "it is difficult to conceive of how the rule of law could be used as a basis for invalidating legislation . . . based on its content" (para. 59). Even if this dictum leaves room for exceptions, Mr. Charkaoui has not established that the *IRPA* should be one of them.

136 First, Mr. Charkaoui argues that the rule of law is violated by the unavailability of an appeal of the judge's determination of the reasonableness of the certificate. But there is no constitutional right to an appeal (*Kourtesis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53); nor can such a right be said to flow from the rule of law in this context. The Federal Court is a superior court, not an administrative tribunal: *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 4. Federal Court judges, when reviewing certificates under the *IRPA*, have all the powers of Federal Court judges and exercise their powers judicially. Moreover, the Federal Court of Appeal has reinforced the legality of the process by holding that it is appropriate to circumvent the s. 80(3) privative clause where the constitutionality of legislation is challenged (*Charkaoui (Re)*, 2004 FCA 421, at paras. 47-50) or where the named person alleges bias on the part of the designated judge (*Zündel, Re* (2004), 331 N.R. 180, 2004 FCA 394).

137 Second, Mr. Charkaoui argues that the rule of law is violated by the provision for arrest under a warrant issued by the executive (in the case of a permanent resident) or for automatic detention without a warrant (in the case of a foreign national). But the rule of law does not categorically prohibit automatic detention or detention on the basis of an executive decision. The constitutional protections surrounding arrest and detention are set out in the *Charter*, and it is hard to see what the rule of law could add to these provisions.

La prétention de M. Charkaoui ne repose sur aucun de ces aspects, mais sur le contenu de la *LIPR*. Or, comme la Cour l'a affirmé dans *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, [2005] 2 R.C.S. 473, 2005 CSC 49, « il est difficile de concevoir que la primauté du droit puisse servir à invalider une loi [. . .] en raison de son contenu » (par. 59). Même si cette remarque laisse croire que des exceptions sont possibles, M. Charkaoui n'a pas établi que la *LIPR* serait une de ces exceptions.

Premièrement, M. Charkaoui fait valoir que l'absence d'un droit d'appel de la décision du juge sur le caractère raisonnable du certificat est contraire au principe de la primauté du droit. Or, le droit d'appel n'est pas garanti par la Constitution (*Kourtesis c. M.R.N.*, [1993] 2 R.C.S. 53); on ne peut affirmer non plus que ce droit découle de la primauté du droit dans ce contexte. La Cour fédérale est une cour supérieure et non un tribunal administratif : *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 4. Lorsqu'ils examinent un certificat sous le régime de la *LIPR*, les juges de la Cour fédérale ont tous les pouvoirs des juges de la Cour fédérale et les exercent de manière judiciaire. En outre, la Cour d'appel fédérale a renforcé la légalité du processus en statuant qu'il est approprié de contourner la clause privative du par. 80(3) lorsque la constitutionnalité de la loi est attaquée (*Charkaoui (Re)*, 2004 CAF 421, par. 47-50) ou lorsque la personne désignée conteste l'impartialité du juge désigné (*Zündel, Re*, [2004] A.C.F. n° 1982 (QL), 2004 CAF 394).

Deuxièmement, M. Charkaoui prétend que les dispositions prévoyant l'arrestation en vertu d'un mandat lancé par l'exécutif (dans le cas des résidents permanents) ou la détention automatique sans mandat (dans le cas des étrangers) violent le principe de la primauté du droit. Toutefois, la primauté du droit n'interdit pas catégoriquement la détention automatique ni la détention fondée sur une décision de l'exécutif. Les protections constitutionnelles en cas d'arrestation et de détention sont énoncées dans la *Charte*, et il est difficile de voir ce que la primauté du droit peut y ajouter.

IV. Conclusion

The scheme set up under Division 9 of Part 1 of the *IRPA* suffers from two defects that are inconsistent with the *Charter*.

The first is that s. 78(g) allows for the use of evidence that is never disclosed to the named person without providing adequate measures to compensate for this non-disclosure and the constitutional problems it causes. It is clear from approaches adopted in other democracies, and in Canada itself in other security situations, that solutions can be devised that protect confidential security information and at the same time are less intrusive on the person's rights. It follows that the *IRPA*'s procedure for the judicial confirmation of certificates and review of detention violates s. 7 of the *Charter* and has not been shown to be justified under s. 1 of the *Charter*. I would declare the procedure to be inconsistent with the *Charter*, and hence of no force or effect.

However, in order to give Parliament time to amend the law, I would suspend this declaration for one year from the date of this judgment. If the government chooses to go forward with the proceedings to have the reasonableness of Mr. Charkaoui's certificate determined during the one-year suspension period, the existing process under the *IRPA* will apply. After one year, the certificates of Mr. Harkat and Mr. Almqrei (and of any other individuals whose certificates have been deemed reasonable) will lose the "reasonable" status that has been conferred on them, and it will be open to them to apply to have the certificates quashed. If the government intends to employ a certificate after the one-year delay, it will need to seek a fresh determination of reasonableness under the new process devised by Parliament. Likewise, any detention review occurring after the delay will be subject to the new process.

The second defect is found in s. 84(2) of the *IRPA*, which denies a prompt hearing to foreign

IV. Conclusion

Le régime établi par la section 9 de la partie 1 de la *LIPR* est entaché de deux irrégularités incompatibles avec la *Charte*.

Premièrement, l'al. 78g) du régime autorise l'utilisation d'éléments de preuve qui ne sont jamais communiqués à la personne désignée, sans établir de mesures adéquates pour pallier cette absence de communication et pour résoudre les problèmes constitutionnels qui en découlent. Il ressort clairement des mesures mises en place par d'autres régimes démocratiques, et par le Canada lui-même dans d'autres situations relatives à la sécurité, qu'il est possible de concevoir des solutions qui protègent les renseignements de sécurité confidentiels, tout en portant moins atteinte aux droits des intéressés. Par conséquent, la procédure d'approbation des certificats et de contrôle de la détention établie dans la *LIPR* enfreint l'art. 7 de la *Charte* et n'a pas été justifiée en application de l'article premier de la *Charte*. Je suis d'avis de la déclarer incompatible avec la *Charte* et, de ce fait, inopérante.

En revanche, pour donner au législateur le temps de modifier la loi, je suis d'avis de suspendre la prise d'effet de cette déclaration pour une période de un an à compter de la date du présent jugement. Si le gouvernement décide de faire examiner le caractère raisonnable du certificat visant M. Charkaoui pendant cette période, la procédure existante prévue par la *LIPR* s'appliquera. Après cette période de un an, les certificats visant M. Harkat et M. Almqrei (et tous les autres certificats jugés raisonnables) perdront le caractère « raisonnable » qui leur a été reconnu et les personnes désignées dans ces certificats pourront en demander l'annulation. Si le gouvernement veut utiliser un certificat après cette période de un an, il devra le soumettre au nouveau processus conçu par le législateur pour en faire confirmer le caractère raisonnable. De même, tout contrôle d'une détention postérieur à l'expiration de cette période sera effectué en conformité avec ce nouveau processus.

La deuxième irrégularité tient au fait que le par. 84(2) de la *LIPR* nie aux étrangers détenus le droit à

138

139

140

141

nationals by imposing a 120-day embargo, after confirmation of the certificate, on applications for release. Counsel for the ministers submitted in oral argument that if this Court were to find that s. 84(2) violates the *Charter*, the appropriate remedy would be to strike s. 84(2) and read foreign nationals into s. 83. This is a good first step, but it does not provide a complete solution, since s. 83 deals with detention review only *until the certificate has been determined to be reasonable*, whereas s. 84(2) deals with detention review *after it has been determined to be reasonable*. Striking s. 84(2) would therefore leave no provision for review of detention of foreign nationals once the certificate has been deemed reasonable.

une audition dans un bref délai, car il interdit toute demande de mise en liberté pendant une période de 120 jours suivant la confirmation de leur certificat. Le procureur des ministres a fait valoir dans sa plaidoirie orale que, si la Cour devait conclure à l'inconstitutionnalité du par. 84(2), la solution appropriée consisterait à radier cette disposition et à interpréter l'art. 83 comme s'appliquant aussi aux étrangers. Il s'agit d'un premier pas dans la bonne direction, mais cette solution n'est pas suffisante. En effet, l'art. 83 traite uniquement du contrôle de la détention *jusqu'à ce qu'il soit statué sur le caractère raisonnable du certificat*, tandis que le par. 84(2) traite du contrôle de la détention *après qu'il a été statué sur le caractère raisonnable du certificat*. Une fois le par. 84(2) supprimé, aucune disposition ne prévoirait le contrôle de la détention des étrangers après que le certificat a été jugé raisonnable.

142 Accordingly, I conclude that the appropriate remedy is to strike s. 84(2) as well as to read foreign nationals into s. 83 and to strike the words “until a determination is made under subsection 80(1)” from s. 83(2).

Par conséquent, je conclus que la réparation appropriée consiste à invalider le par. 84(2), à interpréter l'art. 83 comme s'il incluait les étrangers et à radier les mots « [t]ant qu'il n'est pas statué sur le certificat » du par. 83(2).

143 I would allow the appeals with costs to the appellants, and answer the constitutional questions as follows:

Je suis d'avis d'accueillir les pourvois avec dépens en faveur des appelants et de répondre comme suit aux questions constitutionnelles :

1. Do ss. 33 and 77 to 85 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, in whole or in part or through their combined effect, offend the principle of judicial independence protected by:

1. Les articles 33 et 77 à 85 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, contreviennent-ils, en totalité ou en partie ou encore par leur effet combiné, au principe de l'indépendance judiciaire consacré par :

(a) s. 96 of the *Constitution Act, 1867*, or

a) l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ou

(b) the Preamble to the *Constitution Act, 1867*?

b) le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Answer: No.

Réponse : Non.

2. Do ss. 33 and 77 to 85 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, in whole or in part or through their combined effect, offend the constitutional principle of the rule of law?

2. Les articles 33 et 77 à 85 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, contreviennent-ils, en totalité ou en partie ou encore par leur effet combiné, au principe constitutionnel de la primauté du droit?

Answer: No.

Réponse : Non.

3. Do ss. 33 and 77 to 85 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, in whole or in part or through their combined effect, infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

4. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

5. Do ss. 33 and 77 to 85 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, in whole or in part or through their combined effect, infringe s. 9 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

6. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

7. Do ss. 33 and 77 to 85 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, in whole or in part or through their combined effect, infringe s. 10 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

8. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

9. Do ss. 33 and 77 to 85 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, in whole or in part or through their combined effect, infringe s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

3. Les articles 33 et 77 à 85 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, contreviennent-ils, en totalité ou en partie ou encore par leur effet combiné, à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Oui.

4. Dans l'affirmative, cette contravention constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

5. Les articles 33 et 77 à 85 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, contreviennent-ils, en totalité ou en partie ou encore par leur effet combiné, à l'art. 9 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Oui.

6. Dans l'affirmative, cette contravention constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

7. Les articles 33 et 77 à 85 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, contreviennent-ils, en totalité ou en partie ou encore par leur effet combiné, à l'art. 10 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Oui.

8. Dans l'affirmative, cette contravention constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

9. Les articles 33 et 77 à 85 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, contreviennent-ils, en totalité ou en partie ou encore par leur effet combiné, à l'art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

10. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is unnecessary to answer this question.

11. Do ss. 33 and 77 to 85 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, in whole or in part or through their combined effect, infringe s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

12. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is unnecessary to answer this question.

APPENDIX

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27

33. [Rules of interpretation] The facts that constitute inadmissibility under sections 34 to 37 include facts arising from omissions and, unless otherwise provided, include facts for which there are reasonable grounds to believe that they have occurred, are occurring or may occur.

77. (1) [Referral of certificate] The Minister and the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness shall sign a certificate stating that a permanent resident or a foreign national is inadmissible on grounds of security, violating human or international rights, serious criminality or organized criminality and refer it to the Federal Court, which shall make a determination under section 80.

(2) [Effect of referral] When the certificate is referred, a proceeding under this Act respecting the person named in the certificate, other than an application under

10. Dans l'affirmative, cette contravention constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

11. Les articles 33 et 77 à 85 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, contreviennent-ils, en totalité ou en partie ou encore par leur effet combiné, à l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

12. Dans l'affirmative, cette contravention constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

ANNEXE

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27

33. [Interprétation] Les faits — actes ou omissions — mentionnés aux articles 34 à 37 sont, sauf disposition contraire, appréciés sur la base de motifs raisonnables de croire qu'ils sont survenus, surviennent ou peuvent survenir.

77. (1) [Dépôt du certificat] Le ministre et le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile 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 pour qu'il en soit disposé au titre de l'article 80.

(2) [Effet du dépôt] Il ne peut être procédé à aucune instance visant le résident permanent ou l'étranger au titre de la présente loi tant qu'il n'a pas été statué sur

subsection 112(1), may not be commenced and, if commenced, must be adjourned, until the judge makes the determination.

78. [Judicial consideration] The following provisions govern the determination:

- (a) the judge shall hear the matter;
- (b) the judge shall ensure the confidentiality of the information on which the certificate is based and of any other evidence that may be provided to the judge if, in the opinion of the judge, its disclosure would be injurious to national security or to the safety of any person;
- (c) the judge shall deal with all matters as informally and expeditiously as the circumstances and considerations of fairness and natural justice permit;
- (d) the judge shall examine the information and any other evidence in private within seven days after the referral of the certificate for determination;
- (e) on each request of the Minister or the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness made at any time during the proceedings, the judge shall hear all or part of the information or evidence in the absence of the permanent resident or the foreign national named in the certificate and their counsel if, in the opinion of the judge, its disclosure would be injurious to national security or to the safety of any person;
- (f) the information or evidence described in paragraph (e) shall be returned to the Minister and the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness and shall not be considered by the judge in deciding whether the certificate is reasonable if either the matter is withdrawn or if the judge determines that the information or evidence is not relevant or, if it is relevant, that it should be part of the summary;
- (g) the information or evidence described in paragraph (e) shall not be included in the summary but may be considered by the judge in deciding whether the certificate is reasonable if the judge determines that the information or evidence is relevant but that its disclosure would be injurious to national security or to the safety of any person;
- (h) the judge shall provide the permanent resident or the foreign national with a summary of the information or evidence that enables them to be reasonably informed of the circumstances giving rise to the certificate, but that does not include anything that in the opinion of the judge would be injurious to national security or to the safety of any person if disclosed;

le certificat; n'est pas visée la demande de protection prévue au paragraphe 112(1).

78. [Examen judiciaire] Les règles suivantes s'appliquent à l'affaire :

- a) le juge entend l'affaire;
- b) le juge est tenu de garantir la confidentialité des renseignements justifiant le certificat et des autres éléments de preuve qui pourraient lui être communiqués et dont la divulgation porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui;
- c) il 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;
- d) il examine, dans les sept jours suivant le dépôt du certificat et à huis clos, les renseignements et autres éléments de preuve;
- e) à chaque demande d'un ministre, il examine, en l'absence du résident permanent ou de l'étranger et de son conseil, tout ou partie des renseignements ou autres éléments de preuve dont la divulgation porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui;
- f) ces renseignements ou éléments de preuve doivent être remis aux ministres et ne peuvent servir de fondement à l'affaire soit si le juge décide qu'ils ne sont pas pertinents ou, l'étant, devraient faire partie du résumé, soit en cas de retrait de la demande;
- g) si le juge décide qu'ils sont pertinents, mais que leur divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à celle d'autrui, ils ne peuvent faire partie du résumé, mais peuvent servir de fondement à l'affaire;
- h) le juge fournit au résident permanent ou à l'étranger, afin de lui permettre d'être suffisamment informé des circonstances ayant donné lieu au certificat, un résumé de la preuve ne comportant aucun élément dont la divulgation porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui;

(i) the judge shall provide the permanent resident or the foreign national with an opportunity to be heard regarding their inadmissibility; and

(j) the judge may receive into evidence anything that, in the opinion of the judge, is appropriate, even if it is inadmissible in a court of law, and may base the decision on that evidence.

79. (1) [Proceedings suspended] On the request of the Minister, the permanent resident or the foreign national, a judge shall suspend a proceeding with respect to a certificate in order for the Minister to decide an application for protection made under subsection 112(1).

(2) [Proceedings resumed] If a proceeding is suspended under subsection (1) and the application for protection is decided, the Minister shall give notice of the decision to the permanent resident or the foreign national and to the judge, the judge shall resume the proceeding and the judge shall review the lawfulness of the decision of the Minister, taking into account the grounds referred to in subsection 18.1(4) of the *Federal Courts Act*.

80. (1) [Determination that certificate is reasonable] The judge shall, on the basis of the information and evidence available, determine whether the certificate is reasonable and whether the decision on the application for protection, if any, is lawfully made.

(2) [Determination that certificate is not reasonable] The judge shall quash a certificate if the judge is of the opinion that it is not reasonable. If the judge does not quash the certificate but determines that the decision on the application for protection is not lawfully made, the judge shall quash the decision and suspend the proceeding to allow the Minister to make a decision on the application for protection.

(3) [Determination not reviewable] The determination of the judge is final and may not be appealed or judicially reviewed.

81. [Effect of determination — removal order] If a certificate is determined to be reasonable under subsection 80(1),

(a) it is conclusive proof that the permanent resident or the foreign national named in it is inadmissible;

(b) it is a removal order that may not be appealed against and that is in force without the necessity of holding or continuing an examination or an admissibility hearing; and

(c) the person named in it may not apply for protection under subsection 112(1).

i) il donne au résident permanent ou à l'étranger la possibilité d'être entendu sur l'interdiction de territoire le visant;

j) il peut recevoir et admettre en preuve tout élément qu'il estime utile — même inadmissible en justice — et peut fonder sa décision sur celui-ci.

79. (1) [Suspension de l'affaire] Le juge suspend l'affaire, à la demande du résident permanent, de l'étranger ou du ministre, pour permettre à ce dernier de disposer d'une demande de protection visée au paragraphe 112(1).

(2) [Reprise de l'affaire] Le ministre notifie sa décision sur la demande de protection au résident permanent ou à l'étranger et au juge, lequel reprend l'affaire et contrôle la légalité de la décision, compte tenu des motifs visés au paragraphe 18.1(4) de la *Loi sur les Cours fédérales*.

80. (1) [Décision] Le juge décide du caractère raisonnable du certificat et, le cas échéant, de la légalité de la décision du ministre, compte tenu des renseignements et autres éléments de preuve dont il dispose.

(2) [Annulation du certificat] Il annule le certificat dont il ne peut conclure qu'il est raisonnable; si l'annulation ne vise que la décision du ministre il suspend l'affaire pour permettre au ministre de statuer sur celle-ci.

(3) [Caractère définitif de la décision] La décision du juge est définitive et n'est pas susceptible d'appel ou de contrôle judiciaire.

81. [Effet du certificat] Le certificat jugé raisonnable fait foi de l'interdiction de territoire et constitue une mesure de renvoi en vigueur et sans appel, sans qu'il soit nécessaire de procéder au contrôle ou à l'enquête; la personne visée ne peut dès lors demander la protection au titre du paragraphe 112(1).

Detention

82. (1) [Detention of permanent resident] The Minister and the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness may issue a warrant for the arrest and detention of a permanent resident who is named in a certificate described in subsection 77(1) if they have reasonable grounds to believe that the permanent resident is a danger to national security or to the safety of any person or is unlikely to appear at a proceeding or for removal.

(2) [Mandatory detention] A foreign national who is named in a certificate described in subsection 77(1) shall be detained without the issue of a warrant.

83. (1) [Review of decision for detention] Not later than 48 hours after the beginning of detention of a permanent resident under section 82, a judge shall commence a review of the reasons for the continued detention. Section 78 applies with respect to the review, with any modifications that the circumstances require.

(2) [Further reviews] The permanent resident must, until a determination is made under subsection 80(1), be brought back before a judge at least once in the six-month period following each preceding review and at any other times that the judge may authorize.

(3) [Order for continuation] A judge shall order the detention to be continued if satisfied that the permanent resident continues to be a danger to national security or to the safety of any person, or is unlikely to appear at a proceeding or for removal.

84. (1) [Release] The Minister may, on application by a permanent resident or a foreign national, order their release from detention to permit their departure from Canada.

(2) [Judicial release] A judge may, on application by a foreign national who has not been removed from Canada within 120 days after the Federal Court determines a certificate to be reasonable, order the foreign national's release from detention, under terms and conditions that the judge considers appropriate, if satisfied that the foreign national will not be removed from Canada within a reasonable time and that the release will not pose a danger to national security or to the safety of any person.

85. [Inconsistency] In the case of an inconsistency between sections 82 to 84 and the provisions of Division 6, sections 82 to 84 prevail to the extent of the inconsistency.

Détention

82. (1) [Arrestation et détention facultatives] Le ministre et le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile peuvent lancer un mandat pour l'arrestation et la mise en détention du résident permanent visé au certificat dont ils ont des motifs raisonnables de croire qu'il constitue un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui ou qu'il se soustraira vraisemblablement à la procédure ou au renvoi.

(2) [Détention obligatoire] L'étranger nommé au certificat est mis en détention sans nécessité de mandat.

83. (1) [Contrôle des motifs de la détention] Dans les quarante-huit heures suivant le début de la détention du résident permanent, le juge entreprend le contrôle des motifs justifiant le maintien en détention, l'article 78 s'appliquant, avec les adaptations nécessaires, au contrôle.

(2) [Comparutions supplémentaires] Tant qu'il n'est pas statué sur le certificat, l'intéressé comparait au moins une fois dans les six mois suivant chaque contrôle, ou sur autorisation du juge.

(3) [Maintien en détention] L'intéressé est maintenu en détention sur preuve qu'il constitue toujours un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui ou qu'il se soustraira vraisemblablement à la procédure ou au renvoi.

84. (1) [Mise en liberté] Le ministre peut, sur demande, mettre le résident permanent ou l'étranger en liberté s'il veut quitter le Canada.

(2) [Mise en liberté judiciaire] Sur demande de l'étranger dont la mesure de renvoi n'a pas été exécutée dans les cent vingt jours suivant la décision sur le certificat, le juge peut, aux conditions qu'il estime indiquées, le mettre en liberté sur preuve que la mesure ne sera pas exécutée dans un délai raisonnable et que la mise en liberté ne constituera pas un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui.

85. [Incompatibilité] Les articles 82 à 84 l'emportent sur les dispositions incompatibles de la section 6.

PRE-REMOVAL RISK ASSESSMENT

Protection

112. (1) [Application for protection] A person in Canada, other than a person referred to in subsection 115(1), may, in accordance with the regulations, apply to the Minister for protection if they are subject to a removal order that is in force or are named in a certificate described in subsection 77(1).

(2) [Exception] Despite subsection (1), a person may not apply for protection if

- (a) they are the subject of an authority to proceed issued under section 15 of the *Extradition Act*;
- (b) they have made a claim to refugee protection that has been determined under paragraph 101(1)(e) to be ineligible;
- (c) in the case of a person who has not left Canada since the application for protection was rejected, the prescribed period has not expired; or
- (d) in the case of a person who has left Canada since the removal order came into force, less than six months have passed since they left Canada after their claim to refugee protection was determined to be ineligible, abandoned, withdrawn or rejected, or their application for protection was rejected.

(3) [Restriction] Refugee protection may not result from an application for protection if the person

- (a) is determined to be inadmissible on grounds of security, violating human or international rights or organized criminality;
- (b) is determined to be inadmissible on grounds of serious criminality with respect to a conviction in Canada punished by a term of imprisonment of at least two years or with respect to a conviction outside Canada for an offence that, if committed in Canada, would constitute an offence under an Act of Parliament punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years;
- (c) made a claim to refugee protection that was rejected on the basis of section F of Article 1 of the Refugee Convention; or
- (d) is named in a certificate referred to in subsection 77(1).

EXAMEN DES RISQUES AVANT RENVOI

Protection

112. (1) [Demande de protection] La personne se trouvant au Canada et qui n'est pas visée au paragraphe 115(1) peut, conformément aux règlements, demander la protection au ministre si elle est visée par une mesure de renvoi ayant pris effet ou nommée au certificat visé au paragraphe 77(1).

(2) [Exception] Elle n'est pas admise à demander la protection dans les cas suivants :

- a) elle est visée par un arrêté introductif d'instance pris au titre de l'article 15 de la *Loi sur l'extradition*;
- b) sa demande d'asile a été jugée irrecevable au titre de l'alinéa 101(1)e);
- c) si elle n'a pas quitté le Canada après le rejet de sa demande de protection, le délai prévu par règlement n'a pas expiré;
- d) dans le cas contraire, six mois ne se sont pas écoulés depuis son départ consécutif soit au rejet de sa demande d'asile ou de protection, soit à un prononcé d'irrecevabilité, de désistement ou de retrait de sa demande d'asile.

(3) [Restriction] L'asile ne peut être conféré au demandeur dans les cas suivants :

- a) il est interdit de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux ou criminalité organisée;
- b) il est interdit de territoire pour grande criminalité pour déclaration de culpabilité au Canada punie par un emprisonnement d'au moins deux ans ou pour toute déclaration de culpabilité à l'extérieur du Canada pour une infraction qui, commise au Canada, constituerait une infraction à une loi fédérale punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans;
- c) il a été débouté de sa demande d'asile au titre de la section F de l'article premier de la Convention sur les réfugiés;
- d) il est nommé au certificat visé au paragraphe 77(1).

Principle of Non-refoulement

115. (1) [Protection] A protected person or a person who is recognized as a Convention refugee by another country to which the person may be returned shall not be removed from Canada to a country where they would be at risk of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion or at risk of torture or cruel and unusual treatment or punishment.

(2) [Exceptions] Subsection (1) does not apply in the case of a person

(a) who is inadmissible on grounds of serious criminality and who constitutes, in the opinion of the Minister, a danger to the public in Canada; or

(b) who is inadmissible on grounds of security, violating human or international rights or organized criminality if, in the opinion of the Minister, the person should not be allowed to remain in Canada on the basis of the nature and severity of acts committed or of danger to the security of Canada.

(3) [Removal of refugee] A person, after a determination under paragraph 101(1)(e) that the person's claim is ineligible, is to be sent to the country from which the person came to Canada, but may be sent to another country if that country is designated under subsection 102(1) or if the country from which the person came to Canada has rejected their claim for refugee protection.

Appeals allowed with costs.

Solicitors for the appellant Charkaoui: Doyon Morin, Montréal.

Solicitors for the appellant Almrei: Jackman & Associates, Toronto.

Solicitors for the appellant Harkat: Copeland, Duncan, Toronto.

Solicitors for the respondents: Deputy Attorney General of Canada, Ottawa; Attorney General of Canada, Toronto and Vancouver.

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

Solicitors for the intervener Amnesty International: McCarthy Tétrault, Ottawa.

Principe du non-refoulement

115. (1) [Principe] Ne peut être renvoyée dans un pays où elle risque la persécution du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques, la torture ou des traitements ou peines cruels et inusités, la personne protégée ou la personne dont il est statué que la qualité de réfugié lui a été reconnue par un autre pays vers lequel elle peut être renvoyée.

(2) [Exclusion] Le paragraphe (1) ne s'applique pas à l'interdit de territoire :

a) pour grande criminalité qui, selon le ministre, constitue un danger pour le public au Canada;

b) pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux ou criminalité organisée si, selon le ministre, il ne devrait pas être présent au Canada en raison soit de la nature et de la gravité de ses actes passés, soit du danger qu'il constitue pour la sécurité du Canada.

(3) [Renvoi de réfugié] Une personne ne peut, après prononcé d'irrecevabilité au titre de l'alinéa 101(1)e), être renvoyée que vers le pays d'où elle est arrivée au Canada sauf si le pays vers lequel elle sera renvoyée a été désigné au titre du paragraphe 102(1) ou que sa demande d'asile a été rejetée dans le pays d'où elle est arrivée au Canada.

Pourvois accueillis avec dépens.

Procureurs de l'appellant Charkaoui : Doyon Morin, Montréal.

Procureurs de l'appellant Almrei : Jackman & Associates, Toronto.

Procureurs de l'appellant Harkat : Copeland, Duncan, Toronto.

Procureurs des intimés : Sous-procureur général du Canada, Ottawa; Procureur général du Canada, Toronto et Vancouver.

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

Procureurs de l'intervenante Amnistie internationale : McCarthy Tétrault, Ottawa.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Gregory P. DelBigio and Jason B. Gratl, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Canadian Bar Association: Waldman & Associates, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Greenspan, White, Toronto.

Solicitor for the interveners the Canadian Council for Refugees, the African Canadian Legal Clinic, the International Civil Liberties Monitoring Group and the National Anti-Racism Council of Canada: African Canadian Legal Clinic, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Arab Federation: Roy Elliott Kim O'Connor, Toronto.

Solicitors for the interveners the Canadian Council on American-Islamic Relations and the Canadian Muslim Civil Liberties Association: Bakerlaw, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitors for the intervener the Federation of Law Societies of Canada: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Solicitors for the interveners the University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic, and Human Rights Watch: Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.

Procureurs de l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association : Gregory P. DelBigio et Jason B. Gratl, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien : Waldman & Associates, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Greenspan, White, Toronto.

Procureur des intervenants le Conseil canadien pour les réfugiés, African Canadian Legal Clinic, la Coalition pour la surveillance internationale des libertés civiles et National Anti-Racism Council of Canada : African Canadian Legal Clinic, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Fédération canado-arabe : Roy Elliott Kim O'Connor, Toronto.

Procureurs des intervenants Canadian Council on American-Islamic Relations et Canadian Muslim Civil Liberties Association : Bakerlaw, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Procureurs des intervenantes University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic et Human Rights Watch : Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.

Cheatle v R [1993] HCA 44; (1993) 177 CLR 541 (26 August 1993)

Please see in particular para. 7

HIGH COURT OF AUSTRALIA

CHEATLE AND ANOTHER v. THE QUEEN [\[1993\] HCA 44](#); (1993) 177 CLR 541

F.C. 93/034

Number of pages - 14

Constitutional Law (Cth)

HIGH COURT OF AUSTRALIA

MASON CJ, BRENNAN, DEANE, DAWSON, TOOHEY, GAUDRON AND McHUGH

JJ

Per curiam

CATCHWORDS

Constitutional Law (Cth) - Law of Commonwealth - Offence - Trial by jury - Verdict of guilty - Need for unanimity - State law providing for majority verdicts - Validity - The [Constitution](#) (63 and 64 Vict. c. 12), [s. 80](#) - [Judiciary Act 1903](#) (Cth), [ss. 68\(2\)*](#), [79*](#) - [Acts Interpretation Act 1915](#) (SA), [s. 22a\(1\)+](#) - [Juries Act 1927](#) (SA), [s. 57\(1\)](#).

* [Section 68\(2\)](#) of the [Judiciary Act 1903](#) (Cth) provided in part that "The several Courts of a State exercising jurisdiction with respect to -- ... (c) the trial and conviction on indictment ... of offenders or persons charged with offences against the laws of the State ... shall have the like jurisdiction with respect to persons who are charged with offences against the laws of the Commonwealth committed within the State ...". [Section 79](#) provided that "The laws of each State, including the laws relating to procedure, evidence, and the competency of witnesses, shall, except as otherwise provided by the [Constitution](#) or the laws of the Commonwealth, be binding on all Courts

exercising federal jurisdiction in that State in all cases to which they are applicable."

+ [Section 22a\(1\)](#) of the [Acts Interpretation Act 1915](#) (SA) required every provision of a South Australian Act to be construed so as not to exceed the legislative power of the State.

HEARING

1993, February 2, June 3, August 26. 26:8:1993

ORDER

1. Appeal allowed.
2. Order of the Court of Criminal Appeal of South Australia set aside and in lieu thereof it be ordered that the appeal to that Court be allowed, and a new trial ordered.

DECISION

MASON CJ, BRENNAN, DEANE, DAWSON, TOOHEY, GAUDRON AND McHUGH

JJ The appellants, Mr and Mrs Cheatle, were charged in the Central District Criminal Court of South Australia with conspiracy to defraud the Commonwealth. Under s.86A of the [Crimes Act 1914](#) (Cth), that offence is "an indictable offence". At the conclusion of their joint trial, each of the appellants was convicted by a majority verdict of a jury of twelve persons. The jury's majority verdict was returned pursuant to [s.57](#) of the [Juries Act 1927](#) (S.A.) which, except in cases of murder and treason, prima facie applies generally to criminal trials by jury in South Australian courts, including the trial in those courts of offences against laws of the Commonwealth. For present purposes, [s.57](#) provides:

"(1) Subject to subsection (2), where a jury, having

retired to consider its verdict, has remained in

deliberation for at least four hours and the jurors have

not then reached a unanimous verdict -

(a) if a sufficient number agrees to enable the jury
to return a majority verdict - a majority
verdict shall be returned;

...

(2) No verdict that an accused person is guilty of
murder or treason shall be returned by majority.

...

(4) In this section -

"majority verdict" means -

(a) where the jury, at the time of returning
its verdict, consists of twelve jurors

- a verdict in which ten or eleven

jurors concur;

...

and "by majority" has a corresponding meaning."

2. Appeals by the appellants against conviction were unanimously dismissed
by the South Australian Court of Criminal Appeal (Olsson, Matheson and

Debelle JJ). The appellants now appeal against the judgment and orders of the Court of Criminal Appeal. The order of this Court granting special leave to appeal confined the appellants to a single ground. That ground, which was not raised before the Court of Criminal Appeal, is that the conviction of each appellant by majority verdict of the jury was a nullity by reason of [s.80](#) of the [Constitution](#).

3. [Section 80](#) of the [Constitution](#) provides:

"The trial on indictment of any offence against any law of the Commonwealth shall be by jury, and every such trial shall be held in the State where the offence was committed, and if the offence was not committed within any State the trial shall be held at such place or places as the Parliament prescribes."

It is common ground that the trial of the appellants was, for the purposes of [s.80](#), a "trial on indictment of (an) offence against (a) law of the Commonwealth". The question at issue is whether [s.80's](#) mandatory injunction that such a "trial ... shall be by jury" carries with it a requirement that any conviction must be by the agreement or consensus of all the persons constituting the jury at the time the verdict is pronounced. It will be convenient at times in this judgment to refer to such a requirement as "the requirement of unanimity".

4. By the time of Federation, the common law institution of trial by jury had been adopted in all the Australian Colonies as the method of trial of serious criminal offences ((1) See, generally, Castles, *An Australian Legal History*, (1982); Evatt, "The Jury System in Australia", (1936) 10 *Australian Law Journal* (Supp) 49.). The reference to "trial ... by jury" in [s.80](#) was to that common law institution ((2) *Williams v. Florida* [\[1970\] USSC 150](#); (1970) 399

US 78, per Harlan J, concurring in the result, at p 125: "The right to a trial by jury ... has no enduring meaning apart from historical form."; Story, Commentaries on the [Constitution](#) of the United States, 5th ed. (1891), vol.2, para 1779; Re B.C. Motor Vehicle Act (1985) 2 SCR 486, at pp 512-513.). As Griffith CJ commented in R. v. Snow ((3) [\[1915\] HCA 90](#); (1915) 20 CLR 315, at p 323.), s.80's requirement that the trial on indictment of any offence against any law of the Commonwealth shall be by jury represents a "fundamental law of the Commonwealth" which "ought prima facie to be construed as an adoption of the institution of 'trial by jury' with all that was connoted by that phrase in constitutional law and in the common law of England". Earlier, in Huddart, Parker and Co. Proprietary Ltd. v. Moorehead ((4) [\[1909\] HCA 36](#); (1909) 8 CLR 330, at p 375.), another of the original members of the Court, O'Connor J, had sought to identify "the essential features" of the institution of trial by jury adopted by s.80:

"It is the method of trial in which laymen selected by lot ascertain under the guidance of a Judge the truth in questions of fact arising either in a civil litigation or in a criminal process."

That statement correctly draws attention to the representative character of a jury and to the fact-finding function which a jury traditionally served in civil litigation and in criminal committal and trial processes. It does not, however, attempt to address the more particular question of what, if any, are the minimum requirements which must be observed to ensure that a jury in a criminal trial is adequately representative of the community. It would, for example, be surprising if s.80's guarantee that the trial on indictment of an offence against a law of the Commonwealth shall be by jury were satisfied by a "jury" of two persons selected by lot from a panel of half a dozen "laymen" nominated by the Director of Public Prosecutions. More importantly for present purposes, O'Connor J's comments do not attempt to address the

question whether there are implicit in s.80's insistence upon trial by jury some minimum requirements about the process by which a jury reaches a verdict of guilty. It is, for example, clear that, at the time of the adoption of the [Constitution](#), it had long been an essential attribute of the institution of trial by jury that the function of the criminal jury was to determine guilt or innocence on the evidence led at the trial and not on personal pre-knowledge or prejudgment ((5) See, e.g., Stone, Evidence - Its History and Policies (rev. Wells), (1991), pp.16-23; Williams, The Proof of Guilt, 3rd ed. (1963), p.5; Windeyer, Lectures on Legal History, 2nd ed. (1949), p.66.). It had also long been settled under the common law that a verdict of guilty could only be returned by a criminal jury by the agreement or consensus of all the jurors.

THE REQUIREMENT OF UNANIMITY: HISTORY

5. As a matter of history, the common law's insistence that the verdict of the petty jury ((6) i.e., the jury empanelled to try the issues of fact and determine finally the question of guilt or innocence; to be distinguished from the grand jury, which returned bills of indictment.) on a criminal trial be by agreement of all the jurors can be traced back at least to the judgment of the Common Bench, delivered by Thorpe CJ, in an Anonymous Case ((7) (1367) 41 Lib Ass 11 translated in Thayer, A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law, (1898), p.89.) in 1367 when "it was finally settled ... that (the) verdict must be unanimous" ((8) Holdsworth, A History of English Law, vol.1, 7th ed. (1956), p.318; and see also, e.g., Hale, The History of the Common Law of England, 6th ed. (1820), pp.348-350; Forsyth, History of Trial by Jury, (1852), pp.238-239; Stephen, A History of the Criminal Law of England, (1883), vol.1, pp.304-305; Pollock and Maitland, The History of English Law, 2nd ed. (1898), vol.2, pp.625-626; von Moschzisker, Trial by Jury, (1922), p.298.). The origin of that requirement of unanimity would seem to lie not in any reasoned development of principle but in a requirement of the concurrence of twelve jurors in the verdict in the early days when jurors performed the function of local witnesses in trial by compurgation ((9) See, e.g., Forsyth, op cit; Stephen, op cit, p.304; Devlin, Trial by Jury, (1966), p.48; Ryan, "Less than Unanimous Jury Verdicts in Criminal Trials", (1967) 58 Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science 211, at p.212; Downie, "And Is That The

Verdict Of You All?", (1970) 44 Australian Law Journal 482, at pp.483-484; note also Ryan, *op cit*, at p.213 where he refers to the anomaly that "unanimity ... evolved from a system which did not require unanimity, but only required that the proper amount of evidence to support a verdict be that twelve of the jurors on the panel agree upon the verdict".). Be that as it may, the common law has, since the fourteenth century, consistently and unequivocally insisted upon the requirement of unanimity. The requirement was, at one stage, subjected to some distinguished criticism ((10) See, in particular, Bentham, *Rationale of Judicial Evidence*, (1827), vol.1, pp.239-240, 245; Hallam, *View of the State of Europe during the Middle Ages*, *supp. notes*, (1848), p.262; Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, 15th ed. (1809), bk 3, p.375 n.20; and, for criticism in verse, Pope, *The Rape of the Locke*, (1712), Canto I, ll.84-86.), mainly for the reason that it constituted the foundation and explanation of the practice in earlier times ((11) i.e. before the right of a trial judge to discharge the jury by reason of inability to agree on a verdict was authoritatively established in *Winsor v. The Queen* (1866) LR 1 QB 289.) of carrying the jurors around "in a wagon" ((12) (1367) 41 Lib Ass 11 in Thayer, *op cit*; Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, (1768), bk 3, p.376.) with the assize - "without meat or drinke, fire or candle" ((13) Coke, *Institutes*, 19th ed. (1832), vol.2, 227.b.(e).) - until they were starved or frozen into agreement. In more recent times, however, the requirement has commonly been seen as constituting "an essential and inseparable part" ((14) *Newell v. The King* [\[1936\] HCA 50](#); (1936) 55 CLR 707, per Evatt J at p 713.) of the right to trial by jury and an important "protection" of the citizen against wrongful conviction ((15) *ibid*, per Dixon J; and see, generally, Hale, *op cit*, p.336 n.A; Forsyth, *op cit*, pp.246-247; Stephen, *op cit*, p.305; Cooley, *A Treatise on the Constitutional Limitations*, 6th ed. (1890), pp.389-390; Downie, *op cit*, at p.490; New South Wales Law Reform Commission, *Criminal Procedure: The Jury in a Criminal Trial*, March 1986, p 142; and see, also, *Johnson v. Louisiana* [\[1972\] USSC 105](#); (1972) 406 US 356, per Douglas J, dissenting, at p 392; *Reg. v. Thatcher* (1987) 1 SCR 652, at p 705.). It is unnecessary for present purposes to trace the steps by which the common law institution of criminal trial by jury was initially introduced in New South Wales and Van Diemen's Land ((16) See, e.g., *Reg. v. Valentine* (1871) 10 (N.S.W.)SCR 113; Bennett, "The Establishment of Jury Trial in New South

Wales", [\[1961\] SydLawRw 4](#); (1961) 3 Sydney Law Review 463, at pp 473-482; see, also, Windeyer, op cit, pp.325-344; Neal, "Law and Authority: The Campaign for Trial by Jury in New South Wales", (1987) 8 The Journal of Legal History 107.) and subsequently established as the method of trial of serious criminal offences in the Australian colonies. It suffices to say that, by 1900, trial by jury was firmly established by legislation ((17) See, as to the position in 1900, Jury Act 1847 (N.S.W.); [Juries Act 1890](#) (Vict.); Jury Act 1862 (S.A.); Jury Act 1867 (Q.); Jury Act 1898 (W.A.); Jury Act 1899 (Tas.)) in each of the federating Colonies as the universal method of trial of serious crime. In the legislation of each Colony, some of the traditional characteristics of the common law institution of criminal trial by jury were assumed rather than specifically prescribed. That was certainly the case as regards the requirement of unanimity. Notwithstanding the absence of any specific legislative provision in that regard, it was recognized, as a basic principle of the administration of criminal justice in each of the Colonies, that the verdict of a criminal jury could be returned only by the agreement of all the jurors. Indeed, in the case of the New South Wales ((18) Criminal Law Amendment Act 1883 (N.S.W.), s.340.), Victorian ((19) [Juries Act 1890](#) (Vict.), s.73.), Queensland ((20) Criminal Code Act 1899 (Q.), s.626.) and Tasmanian ((21) Jury Act 1899 (Tas.), s.48.) legislation, the assumption of the requirement of unanimity was underlined by express provision authorizing the discharge of the jury in the event that the jurors were not agreed - in most cases, only after a specified minimum period of deliberation ((22) In the case of Queensland, no minimum period was specified.).

6. It follows from what has been said above that the history of criminal trial by jury in England and in this country up until the time of Federation establishes that, in 1900, it was an essential feature of the institution that an accused person could not be convicted otherwise than by the agreement or consensus of all the jurors. It is well settled that the interpretation of a constitution such as ours is necessarily influenced by the fact that its provisions are framed in the language of the English common law, and are to be read in the light of the common law's history ((23) See, e.g., *Australian Communist Party v. The Commonwealth* [\[1951\] HCA 5](#); (1951) 83 CLR 1, per Dixon J at p 193; *Uther v. Federal Commissioner of Taxation* [\[1947\] HCA 45](#); (1947) 74 CLR 508, per Latham CJ at p 521; *The Commonwealth v. Kreglinger*

and Fernau Ltd. and Bardsley [\[1926\] HCA 8](#); (1926) 37 CLR 393, at pp 411-412; R. v. Snow (1915) 20 CLR , at p 323; Smith v. Alabama [\[1888\] USSC 54](#); (1888) 124 US 465, at pp 478-479; and see, also, Dixon, *Jesting Pilate*, (1965), pp 174, 198-202, 203-213.). In the context of the history of criminal trial by jury, one would assume that s.80's directive that the trial to which it refers must be by jury was intended to encompass that requirement of unanimity.

THE REQUIREMENT OF UNANIMITY: PRINCIPLE

7. Considerations of principle also support the conclusion that the requirement of unanimity is an essential feature of the trial by jury guaranteed by s.80. Regardless of the origins of the requirement that the verdict of a criminal jury be unanimous, the common law's unwavering insistence upon the requirement since the fourteenth century has endowed it with the authority of settled doctrine. Indeed, the requirement constitutes one of the hallmarks of the common law institution of criminal trial by jury in that there is a significant difference in nature between a deliberative process in which a verdict can be returned only if consensus or agreement is reached by all jurors and a process in which a specified number of jurors can override any dissent and return a majority verdict. The requirement of a unanimous verdict ensures that the representative character and the collective nature of the jury are carried forward into any ultimate verdict ((24) "On Instructing Deadlocked Juries", (1968) 78 *The Yale Law Journal* 100, at p.128; see also Downie, *op cit*, at p.491.). A majority verdict, on the other hand, is analogous to an electoral process in that jurors cast their votes relying on their individual convictions ((25) See "On Instructing Deadlocked Juries", *op cit*, at p 107, and *Reg. v. Bain* (1992) 1 SCR 91, at p 128 where Gonthier, McLachlin and Iacobucci JJ observed, in the course of a dissent directed to a quite different point, that one of the "fundamental characteristics of criminal jury trials" is that "the verdict of the jury must be unanimous ... In our criminal law, the jury only exists as a collectivity, and not as a group of individuals."). The necessity of a consensus of all jurors, which flows from the requirement of unanimity, promotes deliberation and provides some insurance that the opinions of each of the jurors will be heard and discussed ((26) See *Johnson v. Louisiana* (1972) 406 US, per Brennan J, dissenting, at p 396.). Thereby, it reduces the danger of "hasty and unjust verdicts" ((27) Wellman, *Gentlemen*

of the Jury, (1931), p.283.). In contrast, and though a minimum time might be required to have elapsed before a majority verdict may be returned, such a verdict dispenses with consensus and involves the overriding of the views of the dissenting minority.

8. Moreover, the common law's insistence upon unanimity reflects a fundamental thesis of our criminal law, namely, that a person accused of a crime should be given the benefit of any reasonable doubt ((28) See *Reg. v. Thatcher* (1987) 1 SCR, at p 698.). It is true that there is no logical inconsistency involved in the co-existence in the law of the criminal onus of proof and majority verdicts of guilt ((29) See, e.g., *Johnson v. Louisiana* (1972) 406 US, per Douglas J, dissenting, at p 392; *Ryan*, op cit, at p 215.). Nonetheless, assuming that all jurors are acting reasonably, a verdict returned by a majority of the jurors, over the dissent of others, objectively suggests the existence of reasonable doubt and carries a greater risk of conviction of the innocent than does a unanimous verdict. As Sir James Stephen wrote in 1883 ((30) op cit, pp.304-305.) :

"The justification of the rule, now that the character of the jury has changed from that of witnesses to that of judges of fact, seems to me to be that it is a direct consequence of the principle that no one is to be convicted of a crime unless his guilt is proved beyond all reasonable doubt. How can it be alleged that this condition has been fulfilled so long as some of the judges by whom the matter is to be determined do in fact doubt?"

Those views were echoed nearly eighty years later by Sir Patrick Devlin ((31) op cit, p.56.):

"Whatever its origin, unanimity is now so ingrained in our procedure that its eradication would seem to take from the verdict a virtue that in the criminal law it needs. The criminal verdict is based on the absence of reasonable doubt. If there were a dissenting minority of a third or a quarter, that would of itself suggest to the popular mind the existence of a reasonable doubt and might impair public confidence in the criminal verdict."

THE REQUIREMENT OF UNANIMITY: AUTHORITY

9. There is no actual decision of the Court establishing that s.80's guarantee of trial by jury carries with it an immunity from conviction except by the unanimous verdict of the jurors. However, the clear weight of authority supports the conclusion that the requirement of unanimity is an essential feature of the institution of trial by jury adopted by s.80.

(i) English Authority:

10. It has been seen that the common law requirement of unanimity became settled in England by a decision of the Common Bench in an Anonymous Case ((32) See supra fn.(7).) in 1367. In that case, Thorpe CJ said that the justices "were all agreed" that a verdict could not be taken from eleven of the twelve jurors. Thayer's translation of the report of the case continues ((33) op

cit):

"Kirketon (of counsel) told how Wilughby ... in trespass took the verdict of eleven and sent the twelfth to prison; and the attainr was sued against the eleven. And also W. Thorpe ... in an assize in the twentieth year of the present king (1345-6) took the verdict of eleven. THORPE.

That is no example for us; he was heavily reproached for that. ... And afterwards by assent of all the justices it was declared that this was no verdict. It was therefore awarded that this panel be quashed and annulled, and that he who was in prison be enlarged ... Note, that the justices said that they ought to have taken the assize with them in a wagon until they were agreed."

11. Thereafter, the requirement of unanimity was accepted by courts and commentators alike as beyond question ((34) See, e.g., *Conway and Lynch v. The Queen* (1845) 7 ILR 149; *Reg. v. Charlesworth* (1861) 1 B and S 460 (121 ER 786); and see Blackstone (1768), *op cit*, p 343; Hale, *op cit*, p 348; Pollock and Maitland, *op cit*, pp 625-626; Thayer, *op cit*, pp.89-90; Holdsworth, *op cit*, p.318.). The area of dispute related to the means by which unanimity might be obtained. That dispute was not finally settled until 1866 when, in the case of *Winsor v. The Queen* ((35) (1866) LR 1 QB 289.), it was established that the

unanimity which the law required should not be the result of anything but "unanimity of conviction", as distinct from "the misery of men shut up without food, drink, or fire, so that the minority, or possibly the majority, may give way, and purchase ease to themselves by a sacrifice of their consciences" ((36) *ibid*, per Cockburn CJ at pp.305-306.). The actual decision in that case that the trial judge had been entitled to discharge the jury for failing to reach agreement was, however, based on acceptance of the requirement of unanimity. Indeed, Cockburn CJ expressly acknowledged that the requirement of unanimity was "one of those principles that lie at the foundation of our law" ((37) *ibid*, at p.303.) and that "(o)ur ancestors insisted on unanimity as the very essence of the verdict" ((38) *ibid*, at p 305.). In *R. v. Armstrong* ((39) (1922) 2 KB 555, at p 568.), Lord Hewart CJ, speaking for the English Court of Criminal Appeal, went so far as to say that "the inestimable value" of the verdict of a criminal jury "is created only by its unanimity".

(ii) United States Authority:

12. [Section 80](#) of the [Constitution](#) was modelled upon the guarantee of trial by jury contained in the last clause of [s.2](#) of Art.III of the United States [Constitution](#) which reads:

"The Trial of all Crimes, except in Cases of
Impeachment, shall be by Jury; and such Trial shall be
held in the State where the said Crimes shall have been
committed; but when not committed within any State, the
Trial shall be at such Place or Places as the Congress may
by Law have directed."

The most significant difference between [s.80](#) and that clause of the United States [Constitution](#) lies in the confinement of [s.80's](#) application to trials "on

indictment" ((40) See, Official Record of the Debates of the Australasian Federal Convention, Melbourne, 20 January 1898, p.382. The obvious explanation of the difference is the decisions of the United States courts confining Art.III to the trial of more serious offences: see, e.g., Cooley, op cit, pp.389-390 n.2.). Otherwise, the variations are either semantic or explained by context. What is important for present purposes is that, if one ignores the predilection of the United States model for capital letters, the central command of both provisions is framed in identical words: "The trial (of relevant offences) shall be by jury". It must be acknowledged that Art.III's guarantee of trial by jury must be construed in the context of related clauses of the United States [Constitution](#) which are not reproduced in our [Constitution](#) ((41) See, in particular, the Fifth Amendment (entrenching presentment or indictment by grand jury), the Sixth Amendment (amplifying Art.III's guarantee), the Seventh Amendment (preserving trial by jury in suits at common law where "the value in controversy" exceeds twenty dollars) and the Fourteenth Amendment (binding the States to accord due process).). Nonetheless, one would expect that it was the intention of the framers of our [Constitution](#) to carry over into [s.80](#) any settled interpretation of the words of that central command in the United States provision.

13. At the time of the adoption of the Australian [Constitution](#), there was no decision of the United States Supreme Court directly determining the question whether Art.III's guarantee of trial by jury carried with it a requirement of unanimity. There were, however, statements in judgments of the Supreme Court involving the Seventh Amendment's preservation of trial by jury in suits at common law which quite clearly indicated that it did. In *Walker v. Southern Pacific Railroad*, in an opinion delivered by Brewer J ((42) [\[1897\] USSC 68](#); (1897) 165 US 593, at p 596.), the Supreme Court recognized that the guarantee of trial by jury in the Seventh Amendment - and, presumably, also in Art.III - extended not merely to the form of trial by jury but to all the "substantial elements" of trial by jury at common law ((43) See *American Publishing Company v. Fisher* [\[1897\] USSC 87](#); (1897) 166 US 464, at p 467.). In *American Publishing Company v. Fisher* ((44) *ibid*), the Supreme Court expressly held that the guarantee of trial by jury contained in the Seventh Amendment did not permit a majority verdict. In the critical passage of the opinion of the court, also delivered by Brewer J, it was said

((45) *ibid*, at p.468.):

"unanimity was one of the peculiar and essential features of trial by jury at the common law. No authorities are needed to sustain this proposition. Whatever may be true as to legislation which changes any mere details of a jury trial, it is clear that a statute which destroys this substantial and essential feature thereof is one abridging the right. It follows, therefore, that the court erred in receiving a verdict returned by only nine jurors, the others not concurring."

The comments in that passage were obviously equally applicable to the guarantee of trial by jury contained in Art.III of the United States [Constitution](#). In *Springville v. Thomas* ((46) [\[1897\] USSC 115](#); (1897) 166 US 707, at p 708.), the Supreme Court, in an opinion delivered by Fuller CJ, commented that "unanimity in finding a verdict" is "an essential feature of trial by jury in common law cases". Not surprisingly, Sir John Quick and Sir Robert Garran, writing in 1900 ((47) *The Annotated Constitution* of the Australian Commonwealth, (1901), p.810.), saw the above statements by the United States Supreme Court as applicable to the guarantee of trial by jury contained in [s.80](#) of our [Constitution](#).

14. In a line of subsequent United States cases, it was consistently recognized that the United States Constitution's express guarantee of "trial ... by jury" in United States federal courts carries with it the requirement of unanimity ((48) See *Thompson v. Utah* [\[1898\] USSC 77](#); (1898) 170 US 343, at pp 351, 355;

Maxwell v. Dow [\[1900\] USSC 43](#); (1900) 176 US 581, at pp 586, 609; Hawaii v. Mankichi [\[1903\] USSC 157](#); (1903) 190 US 197, at pp 211-212; Patton v. United States [\[1930\] USSC 74](#); (1930) 281 US 276, at pp 287-290; Andres v. United States [\[1948\] USSC 53](#); (1948) 333 US 740, at pp 748-749; Swain v. Alabama [\[1965\] USSC 45](#); (1965) 380 US 202, at p 211.). Some more recent judgments in the Supreme Court have arguably cast doubt on that proposition ((49) See, in particular, Johnson v. Louisiana [\[1972\] USSC 105](#); (1972) 406 US 356; Apodaca v. Oregon [\[1972\] USSC 103](#); (1973) 406 US 404; Colgrove v. Battin [\[1973\] USSC 157](#); (1972) 413 US 149; Burch v. Louisiana [\[1979\] USSC 65](#); (1979) 441 US 130, at pp 136, 137.). But the Supreme Court has not, up until now, overturned the "unbroken line of cases reaching back into the late 1800s" in which it "recognized, virtually without dissent, that unanimity is one of the indispensable features of federal jury trial" ((50) Johnson v. Louisiana (1972) 406 US, per Powell J, concurring, at p 369; and see, e.g., United States v. Chavis [\[1983\] USCA2 950](#); (1983) 719 F 2d 46, at p 48; United States v. Smedes [\[1985\] USCA6 585](#); (1985) 760 F 2d 109, at p 113; "Twenty-first Annual Review of Criminal Procedure", (1992) 80 Georgetown Law Journal 1, at p 1377.). Be that as it may, the important point about United States authority for present purposes is that, at the time of the adoption of the Australian [Constitution](#), the overwhelming weight of authority in the United States ((51) See, in addition to the decisions of the United States Supreme Court referred to above, Cooley, op cit, p.392; Story, op cit, 1779, n.2.) favoured the conclusion that the words "trial ... shall be by jury" in Art.III, which were adopted in [s.80](#) of our [Constitution](#), carried with them the requirement of unanimity.

(iii) Australian Authority:

15. As has been seen, it was recognized in this Court from an early stage that [s.80's](#) mandatory direction that "a trial on indictment of any offence against any law of the Commonwealth shall be by jury" should be construed as prima facie encompassing "the essential features" ((52) Huddart, Parker and Co. Proprietary Ltd. v. Moorehead (1909) 8 CLR , per O'Connor J at p 375.) of "the institution of 'trial by jury' with all that was connoted by that phrase in constitutional law and in the common law of England" ((53) R. v. Snow (1915) 20 CLR , per Griffith CJ at p 323; and see, also, Brown v. The

Queen [\[1986\] HCA 11](#); [\[1986\] HCA 11](#); (1986) 160 CLR 171, at pp 201-202.). The present case is the first occasion on which the question whether the requirement of unanimity is one of the essential features of the common law institution of trial by jury adopted by [s.80](#) of the [Constitution](#) has directly arisen for decision. In *Newell v. The King* ((54) (1936) 55 CLR , at p 713.), however, Evatt J indicated a firm view that that question should be answered in the affirmative. The question in *Newell's Case* was whether a 1936 Tasmanian legislative provision allowing for majority verdicts in criminal trials (other than those involving a capital charge) was applicable to a trial for manslaughter in circumstances where the offence had been committed and the trial had begun before the commencement of the relevant legislation. Obviously, since the alleged offence was not against a law of the Commonwealth, [s.80](#) was inapplicable. In the course of his judgment, Evatt J referred to an argument which had been advanced on behalf of the Crown to the effect that, in criminal issues, unanimity, as opposed to majority decision, is a mere matter of procedure and said ((55) *ibid*):

"But this argument is answered by the fact that in Tasmania,

as elsewhere in common-law countries, trial by jury has been

universally regarded as a fundamental right of the subject,

and unanimity in criminal issues has been regarded as an

essential and inseparable part of that right, not a

subordinate or merely procedural aspect of it (Cf. Stephen,

History of the Criminal Law of England (1883), vol.I.,

pp 304, 305; *Ford v. Blurton* ((56) (1922) 38 Times LR 801, at

p 805.), per Atkin LJ; *R. v. Armstrong* ((57) (1922) 2 KB, at

p 568.), per Hewart LCJ; Australian Law Journal, vol.10, Supplement, p 64).

In the United States, the principle of unanimity has been treated as an integral part of the constitutional guarantee of the jury system, and a similar guarantee (in respect of offences against the laws of the Commonwealth) is contained in sec. 80 of the Commonwealth [Constitution](#)."

Evatt J went on to quote, with obvious approval, the extract from the opinion of the United States Supreme Court in *American Publishing Company v. Fisher* ((58) (1897) 166 US, at p 468.) which is set out in an earlier part of this judgment. His Honour's reference in the above passage to an article in the Supplement to vol.10 of the Australian Law Journal was to an article by himself in the course of which he had written ((59) op cit, at p.64.):

"One important question is whether, in cases under [s.80](#) of the [Constitution](#), unanimity of the jury is essential. The answer is yes."

16. The other two members of the Court (Latham CJ and Dixon J) in *Newell v. The King* did not refer to [s.80](#) of the [Constitution](#). However, each made clear that he saw the requirement of unanimity as an essential feature of the common law right to trial by jury. Latham CJ said ((60) (1936) 55 CLR , at pp.711-712.):

"The cases draw a distinction between substantive rights and rights under laws of procedure relating to proceedings in which substantive rights are in question. The right to a jury is one of the fundamental rights of citizenship and not a mere matter of procedure, and so the courts have said. In

Looker v. Halcomb ((61) [\[1827\] EngR 460](#); (1827) 4 Bing 183, at pp 188, 189 (130

ER 738, at pp 740, 741).), per Best CJ, it is said: 'An Act of Parliament which takes away the right of trial by jury, and abridges the liberty of the subject, ought to receive the strictest construction; nothing should be holden to come under its operation that is not expressly within the letter and spirit of the Act'. ... In my opinion, the rules of strict construction of Acts relating to trial by jury, of which I have cited an example, apply to this case; and further, the right to have only the verdict of the full twelve was an essential part of the right to trial by jury which the accused had before the amendment was made."

(emphasis added)

Dixon J pointed out ((62) *Newell v. The King* (1936) 55 CLR , at p 712.) that, at the time when the Tasmanian legislation had been enacted, the accused had already pleaded not guilty and that "his plea amounted to a demand that he be tried by a jury, and he became entitled to be tried accordingly". His Honour added ((63) *ibid*, at pp.712-713.):

"The right which his plea so asserted had this conspicuous feature, namely, that although he was placed in jeopardy, he was placed in jeopardy of the unanimous verdict of twelve men. This was the position he occupied when the Jury Act 1936 altered the law and made the concurrence of ten sufficient for a conviction or acquittal. When it says that this should be so 'on the trial of any criminal issue,' should these general words be understood as applying to a trial already begun of issues already joined? In my opinion they should not. ... They should not be construed as depriving a prisoner standing in peril at the time of their enactment of so important a thing as his protection from conviction except by a unanimous verdict." (emphasis again

added)

SOME ARGUMENTS AGAINST UNANIMITY

17. Several distinct arguments were advanced against the conclusion that the requirement of unanimity is implicit in s.80's guarantee of trial by jury. In our view, none of them is persuasive. It suffices to make specific reference to three of them.

(i) There were some undesirable characteristics of trial by jury in 1900.

18. Considerable reliance was placed by the Crown and some of the intervening Attorneys-General on the fact that some aspects of trial by jury, as it existed in the Australian Colonies at the time of Federation, are inconsistent with both the contemporary institution, and generally accepted standards of a modern democratic society. In particular, criminal juries in 1900 were constituted exclusively by males who satisfied some minimum property qualification ((64) See Jury Act 1847 (N.S.W.), s.1; [Juries Act 1890](#) (Vict.), s.5; Jury Act 1862 (S.A.), s.4; Jury Act 1867 (Q.), s.1; Jury Act 1898 (W.A.), ss.3, 5; Jury Act 1899 (Tas.), s.4.). There is, it was argued, no more justification for the perception that s.80 incorporates the requirement of unanimity than there would be for the approach that the section requires the preservation of those undesirable aspects of trial by jury in 1900. The answer to that argument is, however, clear enough. It is that to abrogate the requirement of unanimity involves an abandonment of an essential feature of the institution of trial by jury. In contrast, a liberalization of the qualifications of jurors involves no more than an adjustment of the institution to conform with contemporary standards and to bring about a situation in which it is more truly representative of the community.

19. Neither the exclusion of females nor the existence of some property qualification was an essential feature of the institution of trial by jury in 1900. The relevant essential feature or requirement of the institution was, and is, that the jury be a body of persons representative of the wider community. It may be that there are certain unchanging elements of that feature or requirement such as, for example, that the panel of jurors be randomly or

impartially selected rather than chosen by the prosecution or the state. The restrictions and qualifications of jurors which either advance or are consistent with it may, however, vary with contemporary standards and perceptions. The exclusion of women and unpropertied persons was, presumably, seen as justified in earlier days by a then current perception that the only true representatives of the wider community were men of property. It would, however, be absurd to suggest that a requirement that the jury be truly representative requires a continuation of any such exclusion in the more enlightened climate of 1993. To the contrary, in contemporary Australia, the exclusion of females and unpropertied persons would itself be inconsistent with such a requirement.

(ii) Unanimity was not necessary in the case of civil juries in some Colonies.

20. At common law, unanimity was required in the case of both criminal and civil juries. By the time of Federation, however, the legislation of some of the Australian Colonies provided for the return of a majority verdict by a civil jury. The legislative provisions to that effect mean, so it was argued, that the requirement of unanimity could not have been seen as an essential feature of the institution of trial by jury in 1900. Again, the answer to the argument is clear enough. It is that it is a mistake to see those legislative modifications in relation to civil juries as undermining the status of the requirement of unanimity as an essential feature of the institution of criminal trial by jury adopted by s.80.

21. As has been seen, the requirement of unanimity in the case of a criminal jury conforms with the fundamental thesis of the criminal law that a person should not be convicted of a criminal offence if there is any reasonable doubt of his or her guilt. There is no corresponding justification in principle for an insistence upon unanimity in the case of civil juries. Nor, in contrast to the due process clause of the United States [Constitution](#), is there any blurring in our [Constitution](#) of the distinction between criminal and civil juries. To the contrary, our Constitution's guarantee of trial by jury was expressly confined to certain categories of criminal trial. In that context, the fact that some legislatures had, at the time of Federation, abrogated the requirement of unanimity in the case of civil juries provides no foundation at all for a

conclusion that the common law requirement of unanimity, which had existed and continued to exist as an essential and universal feature of the institution of criminal trial by jury since the fourteenth century, should be excluded from [s.80's](#) adoption of that institution.

(iii) Argument of convenience.

22. The third argument to which specific reference should be made was to the effect that there are powerful practical considerations favouring the acceptance of majority verdicts in criminal trials in contemporary Australia. There are two answers to that argument. First, the abandonment, for reasons of contemporary convenience or practical utility, of an essential feature of the criminal trial by jury which is guaranteed by [s.80](#) of the [Constitution](#) is not a matter for this Court. It is a matter for the people of Australia ((65) See [Constitution](#), [s.128.](#)) for whose protection the guarantee, including the requirement of unanimity, was adopted. Second, it is not, in any event, apparent that considerations of contemporary convenience or practical utility favour an abandonment of the requirement of unanimity in the case of a criminal jury. To the contrary, one can point to strong support for the view that the requirement of unanimity of a criminal jury is, on balance, in the public interest in this country ((66) See, e.g., New South Wales Law Reform Commission, Criminal Procedure: The Jury in a Criminal Trial, March 1986; Victorian Bar Shorter Trials Committee, Report on Criminal Trials, (1985); and see, also, Law Reform Commission of Canada, The Jury in Criminal Trials, WP 27, (1980).). In particular, it is far from evident that the reduction in the number of cases in which a criminal jury is unable to return a verdict, which could be expected to result from an abandonment of the requirement of unanimity, would be of sufficient significance to outweigh the disadvantages which would result from such a course ((67) See, e.g., Willis, "Jury Disagreements in Criminal Trials - Some Victorian Evidence", (1983) 16 Australia and New Zealand Journal of Criminality 20; New South Wales Law Reform Commission, The Jury in a Criminal Trial: Empirical Studies, Research Report, June 1986, ch.5.).

CONCLUSION

23. It follows from what has been said above that history, principle and authority combine to compel the conclusion that [s.80's](#) guarantee of trial by jury precludes a verdict of guilty being returned in a trial upon indictment of an offence against a law of the Commonwealth otherwise than by the agreement or consensus of all the jurors ((68) It is unnecessary, for the purposes of the present case, to consider the related question whether [s.80](#) would also invalidate a legislative provision allowing for an acquittal by majority verdict.). That being so, [s.57](#) of the [Juries Act 1927](#) (S.A.) cannot, consistently with s.80, operate to authorize the conviction of either of the appellants by a majority verdict. Their convictions were unconstitutional and must be set aside.

24. The conclusion that [s.57](#) cannot validly apply to authorize the return of a majority verdict of guilty in the trial on indictment of an offence against a law of the Commonwealth does not mean that the South Australian courts lack jurisdiction to entertain such trials. [Section 22a\(1\)](#) of the [Acts Interpretation Act 1915](#) (S.A.) requires that every provision of every Act of the Parliament of South Australia "be construed so as not to exceed the legislative power of the State". In compliance with that directive, the provisions of s.57 must be read down so as not to purport to apply, of their own force, to the trial on indictment of an offence against a law of the Commonwealth. The guarantee of trial by jury contained in s.80 also precludes any law of the Commonwealth from making the provisions of s.57 applicable to such a trial. For the reasons given in *Brown v. The Queen* ((69) (1986) 160 CLR , at pp 200-201, 206-207, 218-219.), however, [s.80](#) of the [Constitution](#) does not preclude the relevant provisions of the [Judiciary Act 1903](#) (Cth) ((70) [Section 68\(2\)](#) which is expressly made "subject to [section 80](#) of the [Constitution](#)" and [s.79](#) which is expressly subjected to any contrary provision of the [Constitution](#).) from otherwise operating to vest jurisdiction in respect of trials on indictment of offences against laws of the Commonwealth in the South Australian Supreme and District Criminal Courts constituted by a judge and jury.

25. The appeal should be allowed. The orders of the South Australian Court of Criminal Appeal should be set aside and in lieu thereof it should be ordered, in the case of each appellant, that the appeal to that court be allowed, that the conviction be quashed and a new trial ordered.

Court File No. CT-2012-003

THE COMPETITION TRIBUNAL**Please see in particular para. 4**

IN THE MATTER of the *Competition Act*, R.S.C. 1985, c. C-34 as amended, and the Competition Tribunal Rules SOR/94-290;

AND IN THE MATTER OF an application to the Competition Tribunal by the Commissioner of Competition for an order pursuant to subsections 79(1), 79(2) and 79(3.1) of the *Competition Act* regarding certain water heater return policies and procedures of Direct Energy Marketing Limited;

AND IN THE MATTER OF the filing and registration of a consent agreement pursuant to section 105 of the *Competition Act*.

B E T W E E N :

COMPETITION TRIBUNAL
TRIBUNAL DE LA CONCURRENCE
REGISTERED / ENREGISTRÉ
FILED / PRODUIT

October 30, 2015
CT-2012-003

Jos LaRose for / pour
REGISTRAR / REGISTRAIRE

OTTAWA, ONT

127

THE COMMISSIONER OF COMPETITION

Applicant

- and -

DIRECT ENERGY MARKETING LIMITED

Respondent

CONSENT AGREEMENT

WHEREAS the Commissioner has made an application to the Tribunal pursuant to subsections 79 (1), 79(2) and 79 (3.1) of the Act, alleging that Direct Energy abused a dominant position in the Residential Water Heater Rental Business in Ontario through exclusionary water heater return policies and procedures;

AND WHEREAS following an investigation, the Commissioner concluded that Direct Energy substantially or completely controlled a market and had engaged in a practice of anti-competitive acts which had the effect of preventing and lessening competition substantially in a market;

AND WHEREAS Direct Energy has sold its Residential Water Heater Rental Business in Ontario and is no longer engaged in the Residential Water Heater Rental Business in Ontario;

AND WHEREAS the Commissioner maintains and Direct Energy denies the Commissioner's allegations and conclusions;

AND WHEREAS the Commissioner and Direct Energy have agreed to settle the Commissioner's Application on the terms set out herein;

AND WHEREAS Direct Energy attorns to the jurisdiction of the Tribunal and the courts for the purposes of this Agreement and any proceeding initiated by the Commissioner relating to this Agreement;

AND WHEREAS the Commissioner and Direct Energy agree to the immediate registration of this Agreement with the Tribunal, pursuant to section 105 of the Act;

AND WHEREAS IT IS AGREED AND UNDERSTOOD THAT only for the purposes of this Agreement, including execution, registration, enforcement, variation or rescission, including in any proceedings under section 106 of the Act, Direct Energy does not contest the Commissioner's conclusions or that the circumstances that led to the making of this Agreement are as specified herein, but Direct Energy does not accept the Commissioner's allegations and nothing in this Agreement will be taken as an admission or acceptance by Direct Energy of any facts, allegations or conclusions for any other purpose;

THEREFORE, the Parties agree as follows:

I. DEFINITIONS

1. Whenever used in this Agreement, the following words and terms have the following meanings:

- (a) **"Act"** means the *Competition Act*, R.S.C. 1985, c. C-34, as amended;
- (b) **"affiliate"** means, in relation to another person, control of or by that person or that both persons are controlled by the same person;
- (c) **"Agreement"** means this Consent Agreement, entered into by Direct Energy and the Commissioner pursuant to section 105 of the Act;
- (d) **"Commissioner"** means the Commissioner of Competition, appointed pursuant to section 7 of the Act, or any person designated by the Commissioner to act on his behalf;
- (e) **"control"** means "control" as defined in subsection 2(4) of the Act, and also includes the ability to materially influence the economic behaviour of a person;

- (f) **“day”** means a calendar day;
- (g) **“Direct Energy”** means Direct Energy Marketing Limited and the business names under which it operates, and includes its directors, officers, employees, agents, successors and assigns; and its affiliates, joint ventures, divisions, groups, committees and task forces, and the respective directors, officers, employees, agents, predecessors, successors and assigns of each of the foregoing;
- (h) **“Effective Date”** means the date on which this Agreement is recorded by the Tribunal as having been registered, pursuant to section 105 of the Act;
- (i) **“including”** and **“includes”** mean including but not limited to;
- (j) **“Parties”** means the Commissioner and Direct Energy together, each of which separately being a **“Party”**;
- (k) **“person”** means any individual, sole proprietorship, partnership, joint venture, firm, corporation, association, trust, unincorporated organization or other business or government entity, and any subsidiaries, divisions, groups or affiliates thereof, whether acting alone or in concert with another person;
- (l) **“record”** means “record” as defined in subsection 2(1) of the Act;
- (m) **“Re-enter the Residential Water Heater Rental Business”** means to establish or acquire a Significant Interest in a business engaged in the Residential Water Heater Rental Business;
- (n) **“related to”, “relating to”** and **“in relation to”** mean in whole or in part constituting, containing, concerning, pertaining to, discussing, describing, analyzing, identifying or stating;
- (o) **“Residential Water Heater Rental Business”** means the supply of residential water heaters for rent and the supply of related services, including installation, maintenance, repair and disconnection services, to water heater rental customers in Ontario;
- (p) **“Significant Interest”** in a business means the ability to materially influence the economic behaviour of the business;
- (q) **“Tribunal”** means the Competition Tribunal, established by the *Competition Tribunal Act*, R.S.C. 1985, c.19 (2nd Supp.), as amended; and
- (r) **“water heater”** means an electric or natural gas-fuelled water heater of any design type, including conventional and power-vented units and tank and tankless units, installed for residential use and not for any commercial, industrial, institutional or any other non-residential use.

II. APPLICATION

2. The provisions of this Agreement apply to:

- (a) Direct Energy; and
- (b) the Commissioner.

III. TERM

3. Unless otherwise agreed to by the Parties, and subject to any order of the Tribunal or a court, the Parties shall be bound by the provisions of this Agreement for a period of ten (10) years from the Effective Date.

IV. OBLIGATIONS OF DIRECT ENERGY

4. Direct Energy shall pay an administrative monetary penalty in the amount of one million dollars (\$1,000,000).

5. The payment referred to in paragraph 4 shall be made within 10 days of the Effective Date, by certified cheque or wire transfer payable to the Receiver General for Canada.

6. In the event that Direct Energy Re-enters the Residential Water Heater Rental Business at any time within ten (10) years of the Effective Date, Direct Energy shall do the following before commencing any such business:

- (a) provide the Commissioner with 60 days advance written notice of its intention to Re-enter the Residential Water Heater Rental Business;
- (b) establish, and thereafter maintain, a corporate compliance program in regard to the Residential Water Heater Rental Business, which shall be consistent with the Commissioner's Information Bulletin on Compliance Programs published in 2015, as revised from time to time; and
- (c) subject to any legally recognized privilege, within thirty (30) days of having received a written request from the Commissioner, Direct Energy shall, forthwith and without restraint or interference:

- (i) provide to the Commissioner certified true copies of any records in the possession or under the control of Direct Energy related to any matters referred to in this Agreement as are requested by the Commissioner, such response to be accompanied by an affidavit certifying that all requested records have been provided, and with any copying services to be provided by Direct Energy at its sole expense;
- (ii) respond to any written questions from the Commissioner related to any matters referred to in this Agreement, such response to be accompanied by an affidavit certifying its accuracy and completeness; and
- (iii) provide to the Commissioner a sufficient opportunity to interview directors, officers, managers or employees of Direct Energy in relation to any matters referred to in this Agreement;

it being understood that nothing in this section shall be construed so as to derogate from any protections afforded by section 29 of the Act.

V. NOTICES

7. Notices, reports and other communications required or permitted by the Commissioner and Direct Energy pursuant to any of the provisions of this Agreement or in any proceedings arising herefrom before the Tribunal or the courts shall be in writing and shall be considered to be given if dispatched by personal delivery, registered mail or facsimile transmission to the Parties as follows:

- a. If to the Commissioner:

Commissioner of Competition

Competition Bureau
Place du Portage, Phase I
50 Victoria Street Gatineau, Québec K1A 0C9
Facsimile: (819) 953-5013

With a copy to:

Executive Director and Senior General Counsel
Competition Bureau Legal Services
Department of Justice
Place du Portage, Phase I
50 Victoria Street
Gatineau, Québec K1A 0C9

Facsimile: (819) 953-9267

b. If to Direct Energy:

General Counsel
Direct Energy Marketing Limited
12 Greenway Plaza, Suite 250
Houston, Texas 77046
Facsimile: (713) 621-5648

With a copy to:

McCarthy Tétrault LLP
66 Wellington Street West, Suite 5300
TD Bank Tower, PO Box 48
Toronto, Ontario M5K 1N2

Facsimile: (416) 868-0673

Attn.: Mr. Donald Houston

or to such other street address, individual or electronic communication number or address as may be designated by notice given by any Party to the other Party in accordance with the provisions of this section. Any notice, report or other communication given by personal delivery will be conclusively deemed to have been given on the day of actual delivery and, if given by registered mail, on the fifth (5th) day following the deposit thereof in the mail and, if given by electronic communication, on the day of transmittal thereof if given during the normal business hours of the recipient and on the day during which such normal business hours next occur if not given during such hours on any day. If the Party giving any notice, report or other communication knows or ought reasonably to know of any difficulties with the postal system that might affect the delivery of mail, any such notice, report or other communication may not be mailed but must be given by personal delivery or by electronic communication.

VI. GENERAL

8. The recitals of this Agreement are integral to, and deemed to be a part of, this Agreement.
9. The headings in this Agreement are for convenience of reference only and shall not affect the construction or interpretation of this Agreement.
10. This Agreement shall be governed by and interpreted in accordance with the laws of Ontario and the laws of Canada applicable therein.

11. Computation of time periods contemplated by this Agreement shall be in accordance with the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. 1-21. For the purposes of this Agreement, the definition of “holiday” in the *Interpretation Act* shall be deemed to include a Saturday.
12. This Agreement constitutes the entire agreement between the Parties with respect to the subject matter hereof and supersedes all prior agreements, understandings, negotiations and discussions, whether written or oral, with respect to the subject matter hereof.
13. The Parties may mutually agree to amend this Agreement in any manner pursuant to section 106 of the Act. Other than in respect of the term of this Agreement, the Commissioner may extend any of the time periods under this Agreement within which any action must be taken.
14. Nothing in this Agreement precludes Direct Energy or the Commissioner from bringing an application under section 106 of the Act (or a successor or equivalent provision under the Act) to rescind or vary this Agreement. For greater certainty, the Tribunal shall retain jurisdiction for the purposes of any application by the Commissioner or Direct Energy to rescind or vary this Agreement pursuant to section 106 of the Act.
15. In the event of a dispute regarding the interpretation, application or implementation of this Agreement, including any decision by the Commissioner pursuant to this Agreement or any alleged breach of this Agreement on the part of Direct Energy, any of the Commissioner or Direct Energy may apply to the Tribunal for directions or a further order.
16. In the event of any discrepancy between the English language version of this Agreement and the French language version of this Agreement, the English language version of this Agreement shall prevail.
17. This Agreement may be executed in counterparts, each of which shall constitute an original instrument and all of which taken together shall constitute one and same the instrument.

DATED this 28th day of October, 2015

Direct Energy Marketing Limited

[Original signed by Jeanne Pratt for:]

[Original signed by Len Diplock]

John Pecman
Commissioner of Competition

Per: Len Diplock, Vice President of
Corporate Development

CT-2012—002

Please see in particular para. 13**COMPETITION TRIBUNAL**

IN THE MATTER OF the *Competition Act*, R.S.C. 1985, c. C-34, and the *Competition Tribunal Rules*, SOR/94-290;

AND IN THE MATTER OF an application to the Competition Tribunal by the Commissioner of Competition for an order pursuant to subsections 79(1), 79(2) and 79(3.1) of the *Competition Act* regarding certain water heater return policies and procedures of Reliance Comfort Limited Partnership;

AND IN THE MATTER OF the filing and registration of a consent agreement pursuant to section 105 of the *Competition Act*.

BETWEEN:

COMPETITION TRIBUNAL
TRIBUNAL DE LA CONCURRENCE
REGISTERED / ENREGISTRÉ
FILED / PRODUIT

November 5, 2014
CT-2012-002

Jos LaRose for / pour
REGISTRAR / REGISTRAIRE

OTTAWA, ONT

170

THE COMMISSIONER OF COMPETITION**Applicant**

— and —

RELIANCE COMFORT LIMITED PARTNERSHIP**Respondent**

CONSENT AGREEMENT

RECITALS

WHEREAS the Commissioner has made an application to the Tribunal for an order pursuant to subsections 79(1), 79(2) and 79(3.1) of the Act, prohibiting Reliance from abusing its dominant position by imposing exclusionary water heater return policies and procedures; directing Reliance to take certain other actions necessary to overcome the effects of its practice of anti-competitive acts; and directing Reliance to pay an administrative monetary penalty and costs;

AND WHEREAS following an investigation the Commissioner has concluded that Reliance substantially or completely controls the Relevant Market;

AND WHEREAS the Commissioner has concluded that Reliance has engaged in and is engaging in a practice of anti-competitive acts by implementing water heater return policies and procedures with the purpose and effect of excluding actual and/or potential competitors from the Relevant Market;

AND WHEREAS the Commissioner has concluded that Reliance's practice of anti-competitive acts has had, is having and is likely to have the effect of preventing and lessening competition substantially in the Relevant Market;

AND WHEREAS the Commissioner has concluded that implementation of this Agreement, pursuant to section 105 of the Act, is necessary to remedy the substantial prevention and lessening of competition in the Relevant Market;

AND WHEREAS Reliance attorns to the jurisdiction of the Tribunal and the courts for the purposes of this Agreement and any proceeding initiated by the Commissioner relating to this Agreement;

AND WHEREAS the Commissioner and Reliance agree to the immediate registration of this Agreement with the Tribunal, pursuant to section 105 of the Act;

AND WHEREAS IT IS AGREED AND UNDERSTOOD THAT for the purposes of this Agreement, including execution, registration, enforcement, variation or rescission, including in any proceedings under section 106 of the Act, Reliance does not and will not contest the Commissioner's conclusions or that the circumstances that led to the making of this Agreement are as specified herein, but Reliance does not accept the Commissioner's allegations and nothing in this Agreement will be taken as an admission or acceptance by Reliance of any facts, liability, wrongdoing, submissions, legal argument or conclusions for any other purpose;

THEREFORE the Parties agree as follows:

I. DEFINITIONS

1. Whenever used in this Agreement, the following words and terms have the following meanings:
 - a. **"Act"** means the *Competition Act*, R.S.C. 1985, c. C-34, as amended;
 - b. **"affiliate"** means, in relation to another person, control of or by that person or that both persons are controlled by the same person;
 - c. **"Agency Agreement"** means a written agreement, including any subsequent amending agreements, pursuant to which a Customer appoints a person as its Agent;
 - d. **"Agent"** means a person validly appointed or designated by a Customer, pursuant to an Agency Agreement, to act for or on behalf of the Customer in its dealings with Reliance,

and includes any contractors, sub-contractors or employees of the Agent or any other person acting for or under the authority of the Agent;

- e. **“Agreement”** means this Consent Agreement, entered into by Reliance and the Commissioner pursuant to section 105 of the Act;
- f. **“Commissioner”** means the Commissioner of Competition, appointed pursuant to section 7 of the Act, or any person designated by the Commissioner to act on his behalf;
- g. **“Consumer Protection Act”** means the *Consumer Protection Act*, 2002 (Ontario), as amended;
- h. **“control”** means “control” as defined in subsection 2(4) of the Act, and also includes the ability to materially influence the economic behaviour of a person;
- i. **“Customer”** means a person who is subject to a Rental Agreement with an Installed Address in the Relevant Market, including a person who has become subject to a Rental Agreement by reason of purchasing or renting a residential dwelling in which a Reliance rental water heater previously has been installed;
- j. **“day”** means a calendar day;
- k. **“Effective Date”** means the date on which this Agreement is recorded by the Tribunal as having been registered, pursuant to section 105 of the Act;
- l. **“Exempt Agreements”** means:
 - i. Rental Agreements entered into prior to the Effective Date that are subject to minimum 84 month terms;
 - ii. Rental Agreements acquired by Reliance through portfolio acquisitions between January 1, 2007 and the Effective Date; and
 - iii. National Rental Agreements;
- m. **“Exit Charge”** means, unless specifically permitted in this Agreement, any amount levied, imposed, debited or otherwise charged, directly or indirectly, by Reliance to a Customer or its Agent on or after the earlier of Reliance’s receipt of a Notification of Termination or the termination date set out in paragraph 5(e) of this Agreement;
- n. **“Incentive”** means a promotion, discount, rebate, allowance or other similar incentive offered to a Customer;
- o. **“including”** and **“includes”** mean including but not limited to;
- p. **“Installed Address”** means the residential address where the water heater that is the subject of a Rental Agreement was or is installed;
- q. **“National”** means National Energy Corporation and its affiliates;
- r. **“National Rental Agreement”** means rental agreements entered into between National and a customer prior to the Effective Date relating to the rental by National to the

customer of a water heater for residential use and/or to any maintenance or repair services provided by National to the customer in relation to such water heater;

- s. **“Notification of Termination”** means the notification of the Customer’s termination of a Rental Agreement, provided by a Customer or its Agent to Reliance in accordance with the provisions of this Agreement, and for which Reliance shall not require any information beyond the following:
 - i. the Customer’s name, as it appears on the Customer’s Reliance bill;
 - ii. the Customer’s address, as it appears on the Customer’s Reliance bill;
 - iii. the Customer’s Reliance account number for the account the Customer intends to terminate, as it appears on the Customer’s Reliance bill; and
 - iv. where the Customer or Agent intends to proceed pursuant subparagraph 5(c)(ii) of this Agreement, an indication of such;
- t. **“Parties”** means the Commissioner and Reliance together, each of which separately being a **“Party”**;
- u. **“person”** means any individual, sole proprietorship, partnership, joint venture, firm, corporation, association, trust, unincorporated organization or other business or government entity, and any subsidiaries, divisions, groups or affiliates thereof, whether acting alone or in concert with another person;
- v. **“record”** means “record” as defined in subsection 2(1) of the Act;
- w. **“related to”, “relating to” and “in relation to”** mean in whole or in part constituting, containing, concerning, pertaining to, discussing, describing, analyzing, identifying or stating;
- x. **“Relevant Market”** means the supply of water heaters and related services, including installation, maintenance, repair and disconnection services, to residential consumers in the local markets of Ontario where natural gas is not distributed by Enbridge, Inc.;
- y. **“Reliance”** means Reliance Comfort Limited Partnership and the business names under which it operates, including Reliance Home Comfort, and includes its directors, officers, employees, agents, successors and assigns; and its affiliates, joint ventures, divisions, groups, committees and task forces, and the respective directors, officers, employees, agents, predecessors, successors and assigns of each of the foregoing;
- z. **“Rental Agreement”** means any rental agreement or arrangement between Reliance and a Customer relating to the rental by Reliance to the Customer of a water heater for residential use and/or to any maintenance or repair services provided by Reliance to the Customer in relation to any such water heater;
- aa. **“Residential Water Heater Business”** means that part of Reliance’s business that involves the supply of water heaters for rent and the supply of related services, including installation, maintenance, repair and disconnection services, to Customers in the Relevant Market;

- bb. **“Tribunal”** means the Competition Tribunal, established by the *Competition Tribunal Act*, R.S.C. 1985, c.19 (2nd Supp.), as amended; and
- cc. **“water heater”** means an electric or natural gas-fuelled water heater of any design type, including conventional and power-vented units and tank and tankless units, installed for residential use and not for any commercial, industrial, institutional or any other non-residential use.

II. APPLICATION

- 2. The provisions of this Agreement apply to:
 - a. Reliance; and
 - b. the Commissioner.

III. TERM

- 3. Unless otherwise agreed to by the Parties, and subject to any order of the Tribunal or a court, the Parties shall be bound by the provisions of this Agreement for a period of ten (10) years from the Effective Date.

IV. OBLIGATIONS OF RELIANCE

OBLIGATIONS RELATING TO RENTAL AGREEMENT TERMINATION AND WATER HEATER RETURN

- 4. If a Customer appoints or designates an Agent pursuant to an Agency Agreement, Reliance shall deal with the Agent in relation to any and all aspects of a Customer's termination of the Rental Agreement and return of the rental water heater, provided the Agency Agreement has not been found by a court of competent jurisdiction to be in contravention of applicable law and contains at least each of the following provisions:
 - a. the Agent's full legal name and principal address;
 - b. the Customer's name, address and Reliance account number, as each appears on the Customer's Reliance bill;
 - c. a clause by which the Customer appoints the Agent to deal with Reliance in relation to specified or all aspects of a Customer's termination of the Rental Agreement and return to Reliance of the rental water heater;
 - d. the date the Agency Agreement is entered into and its effective date;
 - e. the date the Customer received a written copy of the agreement for the supply of a water heater from the Agent;
 - f. the process by which the Customer or the Agent may terminate the Agency Agreement;
 - g. a clause by which the agency appointment is subject to the Agent notifying Reliance of the Agent's appointment by the Customer within seven (7) days of the earlier of such appointment or the execution by the Customer of a new agreement for the supply of a water heater from the Agent;

- h. the signature of the person executing the Agency Agreement on behalf of the Agent; and
- i. the signature of the customer.

Reliance may, at its own expense, verify that a Customer has entered into an Agency Agreement and that the Agency Agreement remains in effect, but such verification may not be used by Reliance to delay complying with the Agent's instructions, or to affect in any way the obligation of Reliance to comply with all other provisions of this Agreement, including the time periods set out herein. Notwithstanding the foregoing, it is acknowledged that if the items (a) to (i) (inclusive) above are not provided and complied with in the Agency Agreement, Reliance shall have no obligation to comply with the Agent's instructions until such items are provided.

- 5. Reliance shall permit a Customer or its Agent to terminate a Rental Agreement and to return to Reliance the water heater that is the subject of such Rental Agreement as follows:
 - a. Reliance shall permit a Customer or its Agent to terminate a Rental Agreement at any time by submitting a Notification of Termination;
 - b. Reliance shall permit a Customer or its Agent to submit a Notification of Termination by telephone, facsimile, e-mail or webform, and upon receipt of such Notification of Termination, Reliance shall:
 - i. record the date of the Notification of Termination; and
 - ii. provide the Customer or Agent who submitted the Notification of Termination with a unique identifier for the sole purpose of confirming the date of the Notification of Termination, such unique identifier to be provided by Reliance immediately in the case of receipt of the Notification of Termination by telephone and within two (2) days in the case of receipt of the Notification of Termination by facsimile, e-mail or webform to the reply address of the Customer or Agent indicated in the Notification of Termination facsimile, e-mail or webform. For greater clarity, Reliance shall not require the Customer or Agent to produce the unique identifier as a condition of returning to Reliance the water heater that is the subject of the Rental Agreement;
 - c. Reliance shall permit a Customer or its Agent to:
 - i. drain, disconnect, remove and/or return to Reliance the water heater that is the subject of the Rental Agreement; or
 - ii. request that Reliance drain, disconnect, remove and/or pick up at the Installed Address the water heater that is the subject of the Rental Agreement;
 - d. if a Customer or its Agent proceeds in accordance with subparagraph 5(c)(ii) of this Agreement, within two (2) days of receipt of the Notification of Termination, Reliance shall use commercially reasonable efforts to contact the Customer or its Agent to arrange a mutually acceptable time, which is to be within a four (4) hour time window to occur within five (5) days following expiry of any applicable "cooling off" period prescribed pursuant to subsection 43(1) of the *Consumer Protection Act* or within ten (10) days of receipt of the Notification of Termination from a Customer or an Agent in the case of there being no applicable "cooling off" period prescribed pursuant to subsection 43(1) of the *Consumer Protection Act*, during which Reliance will attend at the Installed Address and drain, disconnect, remove and/or pick up the water heater that is the subject of the Notification

of Termination, unless the Customer or its Agent requests and Reliance agrees to schedule a later date when Reliance will attend at the Installed Address and drain, disconnect, remove and/or pick up the water heater, the proof of any such agreement resting with Reliance;

- e. the Rental Agreement shall terminate and is hereby deemed to terminate upon the occurrence of the earlier of the following:
 - i. the date on which a Customer returns a water heater to Reliance;
 - ii. the date on which an Agent returns a water heater to Reliance in accordance with the applicable process above; or
 - iii. the date established under paragraph 5(d) of this Agreement on which Reliance is scheduled to pick up a water heater at the Installed Address. If the Customer or its Agent and the water heater are not present at the Installed Address on the date and within the time window established under paragraph 5(d) of this Agreement, the Rental Agreement shall terminate on such later date as Reliance and the Customer or its Agent may arrange for Reliance to attend at the Installed Address and drain, disconnect, remove and/or pick up the water heater.
- 6. In addition to, but not in lieu of, any mechanism or procedure under this Agreement by which a Customer or its Agent shall be permitted to terminate a Rental Agreement, including the termination procedures set out in section 5 of this Agreement, Reliance may permit a Customer or its Agent to terminate a Rental Agreement by any other means, including by purchasing the water heater that is the subject of the Rental Agreement.

OBLIGATIONS RELATING TO RENTAL FEES AND EXIT CHARGES

- 7. Other than relating to Exempt Agreements, when a Customer or its Agent provides Reliance with a Notification of Termination or after the termination date set out in paragraph 5(e) of this Agreement:
 - a. Reliance shall not charge any Exit Charges, other than the following (which items (iii), (v) and (vi) may only be adjusted in accordance with any annual increase in the Canadian Consumer Price Index):
 - i. a pro-rated monthly or quarterly rental rate;
 - ii. outstanding rental fee payments, interest charges on outstanding rental fee payments and insufficient funds charges related to outstanding rental fee payments;
 - iii. a Rental Agreement termination charge not more than \$200, where the Customer's water heater is less than one year old, and not more than \$40 where the Customer's water heater is more than one year old but less than ten years old;
 - iv. Reliance's wholesale cost to repair damage to Reliance water heaters only when the following two conditions are met: (1) the damaged water heater is less than seven (7) years old; and (2) the damage was caused by a Person other than Reliance, the proof of any such damage being caused by a Person other than Reliance resting with Reliance.

- v. where the Customer or its Agent proceeds pursuant to subparagraph 5(c)(ii) of this Agreement, a pick-up charge (not including draining or disconnection) not more than \$65 in respect of a natural gas water heater, and not more than \$125 in respect of an electric water heater;
 - vi. where the Customer or its Agent proceeds pursuant to subparagraph 5(c)(ii) of this Agreement, a pick-up charge (including draining and disconnection) of not more than \$125 in respect of a natural gas or electric water heater; and
 - vii. the purchase price voluntarily agreed to by a Customer pursuant to paragraph 6 of this Agreement.
- b. For greater clarity, Reliance shall pro-rate the existing monthly or quarterly rental fee it charges to the Customer, as set out in paragraph 7(a)(i) above, to correspond with the date on which the Rental Agreement is deemed to be terminated, as such date is specified in paragraph 5(e) of this Agreement, and cease billing any additional rental fees after this date; and
- c. Reliance shall provide the Customer at least twenty-five (25) days from the termination date set out in paragraph 5(e) of this Agreement within which to pay and settle the pro-rated monthly or quarterly rental fee or any other outstanding rental fees (except for any such past due rental fees incurred prior to the termination date set out in paragraph section 5(e)), as set out in paragraph 7(a)(i) and 7(a)(ii) above, prior to Reliance applying any interest charges to such fees. Reliance shall not take any actions to collect such fees for at least sixty (60) days from the termination date set out in paragraph 5(e) of this Agreement.

OBLIGATION TO FACILITATE WATER HEATER RETURNS

8. Reliance shall not, directly or indirectly prohibit or unreasonably delay, impede or interfere in any manner whatsoever with the termination of a Rental Agreement by a Customer or its Agent or the draining, disconnection, removal, pick-up and/or return to Reliance of the water heater by a Customer or its Agent. However, for greater certainty, nothing in this section or this Agreement shall limit Reliance's ability to:
- i. communicate with its Customers or former Customers; or
 - ii. through an Incentive, retain a Customer or re-acquire a former Customer.
9. Reliance shall not enter into or withdraw from any arrangement, agreement or transaction in regards to water heaters or make any changes to its operations, policies or procedures that would be contrary to or inconsistent with the intended purpose of this Agreement; namely, to eliminate the anti-competitive behavior for the ultimate purpose of promoting and protecting competition in the Relevant Market. For greater certainty, and without limiting the generality of the foregoing, Reliance shall not:
- a. adopt exclusionary policies and procedures relating to the return of water heaters by Customers or their Agents, including frustrating Customer attempts to switch water heater providers;
 - b. adopt exclusionary water heater return depot policies and procedures; and
 - c. levy exclusionary exit charges.

10. Reliance shall maintain, on a conspicuous location of its website, a search and “look-up” function that provides an up-to-date list of facilities that accept returns of Reliance water heaters, including the addresses and hours of operation of such facilities.

OBLIGATION RELATING TO RENTAL AGREEMENTS

11. Reliance shall ensure that any Rental Agreement subsequently entered into by Reliance during the term of this Agreement is drafted in accordance with, and complies with, the provisions of this Agreement.
12. Other than relating to Exempt Agreements, where there is a conflict between the terms of this Agreement and the terms of any Rental Agreement:
- a. executed prior to the Effective Date; or
 - b. acquired by Reliance from another Person,

Reliance shall be required to follow the terms of this Agreement. For greater clarity, and by way of example only, if a pre-existing or newly-acquired Rental Agreement (other than an Exempt Agreement) permitted Reliance to charge Customers Exit Charges in excess of those set out in paragraph 7(a) above, the Exit Charges in paragraph 7(a) would comprise the maximum amount Reliance could charge a Customer.

OBLIGATION TO MAKE CERTAIN PAYMENTS

13. Reliance shall pay an administrative monetary penalty in the amount of five million dollars (\$5,000,000).
14. Reliance shall pay costs and disbursements incurred by the Competition Bureau during the course of its investigation into this matter in the amount of five hundred thousand dollars (\$500,000).
15. The payments referred to in paragraphs 13 and 14 above shall be made as soon as possible and no later than ten (10) days after the Effective Date, by certified cheque or wire transfer payable to the Receiver General for Canada.

OBLIGATION RELATING TO ANY SALE OF THE RESIDENTIAL WATER HEATER BUSINESS

16. Reliance shall cause any agreement or arrangement transferring ownership or operation, in whole or in part, in Reliance or in its Residential Water Heater Business or the assets thereof to contain a specific written clause indicating the acceptance by any purchaser or operator thereof of, and its agreement to adhere to, the terms of this Agreement.

V. IMPLEMENTATION, REPORTING AND COMPLIANCE

17. Within fourteen (14) days of the Effective Date, Reliance shall provide a copy of this Agreement to each of its officers, employees and agents who have managerial responsibility in relation to any matters referred to in this Agreement, and in doing so Reliance shall indicate that compliance with this Agreement is the policy of Reliance.
18. Within thirty (30) days of the Effective Date, Reliance shall establish, and thereafter maintain, a corporate compliance program (the “Compliance Program”), the goal of which is to promote the compliance of Reliance personnel, including senior management, with the Act. The Compliance

Program shall be consistent with the Commissioner's Information Bulletin on "Corporate Compliance Programs" published on 27 September 2010, as revised from time to time.

19. Within thirty (30) days of the Effective Date, Reliance shall notify in writing all of its Customers, by way of its website and press releases, of the provisions of this Agreement. Reliance shall also notify all of its Customers of the provisions of this Agreement by way of a bill insert to be included in its next scheduled billing cycle, which shall occur not more than ninety (90) days after the Effective Date. The content of these notifications shall be subject to consultation and joint agreement between Reliance and the Commissioner. Further, for the term of this Agreement, Reliance shall maintain a link, titled "Competition Bureau Consent Agreement", on the home page of its website to electronic copies of these notifications.
20. Within thirty (30) days of the Effective Date, the President and Chief Executive Officer of Reliance shall provide an affidavit to the Commissioner that describes in reasonable detail:
 - a. all actions Reliance has taken, and all steps Reliance has implemented on an ongoing basis, to comply with the provisions of this Agreement; and
 - b. the calculation methodology used to determine the damage charges in paragraph 7(a)(iv) of this Agreement,

and where Reliance alters the calculation methodology used to determine the damage charges in paragraph 7(a)(iv) of this Agreement at any time during the term of this Agreement, it shall immediately notify the Commissioner of such alteration, describe the altered methodology and provide the rationale for the alteration.

21. For purposes of determining or securing compliance with this Agreement, and subject to any legally recognized privilege, within thirty (30) days of having received a written request from the Commissioner, Reliance shall, forthwith and without restraint or interference:
 - a. provide to the Commissioner certified true copies of any records in the possession or under the control of Reliance related to any matters referred to in this Agreement as are requested by the Commissioner, such response to be accompanied by an affidavit certifying that all requested records have been provided, and with any copying services to be provided by Reliance at its sole expense;
 - b. respond to any written questions from the Commissioner related to any matters referred to in this Agreement, such response to be accompanied by an affidavit certifying its accuracy and completeness; and
 - c. provide to the Commissioner a sufficient opportunity to interview directors, officers, managers or employees of Reliance in relation to any matters referred to in this Agreement;

it being understood that nothing in this section shall be construed so as to derogate from any protections afforded by section 29 of the Act.

22. Reliance shall notify the Commissioner forthwith of any actual or possible breach by Reliance of any of the provisions of this Agreement, and shall provide details sufficient to describe the nature, date and effect (actual or anticipated) of the breach, and the actions taken and proposed to be taken by Reliance to remedy the breach.

VI. NOTICES

23. Notices, reports and other communications required or permitted by the Commissioner and Reliance pursuant to any of the provisions of this Agreement or in any proceedings arising herefrom before the Tribunal or the courts shall be in writing and shall be considered to be given if dispatched by personal delivery, registered mail or facsimile transmission to the Parties as follows:

a. If to the Commissioner:

Commissioner of Competition
Competition Bureau
Place du Portage, Phase I
50 Victoria Street
Gatineau, Québec K1A 0C9

Facsimile: (819) 953-5013

With a copy to:

Executive Director and Senior General Counsel
Competition Bureau Legal Services
Department of Justice
Place du Portage, Phase I
50 Victoria Street
Gatineau, Québec K1A 0C9

Facsimile: (819) 953-9267

b. If to Reliance:

General Counsel
Reliance Comfort Limited Partnership
2 Lansing Square, 12th Floor
Toronto, Ontario M2J 4P8

Facsimile: (416) 756-8220

With a copy to:

Torys LLP
79 Wellington Street West, Suite 3000
TD Centre, PO Box 270
Toronto, Ontario M5K 1N2

Facsimile: (416) 865-7380

Attn.: Mr. Dany H. Assaf

and

Borden Ladner Gervais LLP
Scotia Plaza
40 King Street West, 44th Floor
Toronto, Ontario M5H 3Y4

Facsimile: (416) 367-6000

Attn.: Mr. Robert S. Russell

or to such other street address, individual or electronic communication number or address as may be designated by notice given by any Party to the other Party in accordance with the provisions of this section. Any notice, report or other communication given by personal delivery will be conclusively deemed to have been given on the day of actual delivery and, if given by registered mail, on the fifth (5th) day following the deposit thereof in the mail and, if given by electronic communication, on the day of transmittal thereof if given during the normal business hours of the recipient and on the day during which such normal business hours next occur if not given during such hours on any day. If the Party giving any notice, report or other communication knows or ought reasonably to know of any difficulties with the postal system that might affect the delivery of mail, any such notice, report or other communication may not be mailed but must be given by personal delivery or by electronic communication.

VII. GENERAL

24. The recitals of this Agreement are integral to, and deemed to be a part of, this Agreement.
25. The headings in this Agreement are for convenience of reference only and shall not affect the construction or interpretation of this Agreement.
26. This Agreement shall be governed by and interpreted in accordance with the laws of Ontario and the laws of Canada applicable therein.
27. Computation of time periods contemplated by this Agreement shall be in accordance with the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. 1-21. For the purposes of this Agreement, the definition of "holiday" in the *Interpretation Act* shall be deemed to include a Saturday.
28. This Agreement constitutes the entire agreement between the Parties with respect to the subject matter hereof and supersedes all prior agreements, understandings, negotiations and discussions, whether written or oral, with respect to the subject matter hereof.
29. The Parties may mutually agree to amend this Agreement in any manner pursuant to section 106 of the Act. Other than in respect of the term of this Agreement, the Commissioner may extend any of the time periods under this Agreement within which any action must be taken.
30. Nothing in this Agreement precludes Reliance or the Commissioner from bringing an application under section 106 of the Act (or a successor or equivalent provision under the Act) to rescind or vary this Agreement. For greater certainty, the Tribunal shall retain jurisdiction for the purposes of any application by the Commissioner or Reliance to rescind or vary this Agreement pursuant to section 106 of the Act.
31. In the event of a dispute regarding the interpretation, application or implementation of this Agreement, including any decision by the Commissioner pursuant to this Agreement or any alleged breach of this Agreement on the part of Reliance, any of the Commissioner or Reliance may apply to the Tribunal for directions or a further order.

32. In the event of any discrepancy between the English language version of this Agreement and the French language version of this Agreement, the English language version of this Agreement shall prevail.
33. This Agreement may be executed in counterparts, each of which shall constitute an original instrument and all of which taken together shall constitute one and same the instrument.

DATED this 3rd day of November, 2014.

[Original signed by John Pecman]
John Pecman
Commissioner of Competition

Reliance Comfort Limited Partnership

[Original signed by Sean O'Brien]
Sean O'Brien
President & Chief Executive Officer