

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Gerard Comeau *Respondent*

and

Attorney General of Canada, Attorney General of Ontario, Attorney General of Quebec, Attorney General of Nova Scotia, Attorney General of British Columbia, Attorney General of Prince Edward Island, Attorney General of Saskatchewan, Attorney General of Alberta, Attorney General of Newfoundland and Labrador, Attorney General of the Northwest Territories, Government of Nunavut as represented by the Minister of Justice, Liquidity Wines Ltd., Painted Rock Estate Winery Ltd., 50th Parallel Estate Limited Partnership, Okanagan Crush Pad Winery Ltd., Noble Ridge Vineyard and Winery Limited Partnership, Artisan Ales Consulting Inc., Montreal Economic Institute, Federal Express Canada Corporation, Canadian Chamber of Commerce, Canadian Federation of Independent Business, Cannabis Culture, Association of Canadian Distillers, operating as Spirits Canada, Canada's National Brewers, Dairy Farmers of Canada, Egg Farmers of Canada, Chicken Farmers of Canada, Turkey Farmers of Canada, Canadian Hatching Egg Producers, Consumers Council of Canada, Canadian Vintners Association and Alberta Small Brewers Association *Interveners*

INDEXED AS: R. v. COMEAU

2018 SCC 15

File No.: 37398.

2017: December 6; 2018: April 19.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Gerard Comeau *Intimé*

et

Procureur général du Canada, procureur général de l'Ontario, procureure générale du Québec, procureur général de la Nouvelle-Écosse, procureur général de la Colombie-Britannique, procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard, procureur général de la Saskatchewan, procureur général de l'Alberta, procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, procureur général des Territoires du Nord-Ouest, gouvernement du Nunavut, représenté par le ministre de la Justice, Liquidity Wines Ltd., Painted Rock Estate Winery Ltd., 50th Parallel Estate Limited Partnership, Okanagan Crush Pad Winery Ltd., Noble Ridge Vineyard and Winery Limited Partnership, Artisan Ales Consulting Inc., Institut économique de Montréal, Federal Express Canada Corporation, Chambre de commerce du Canada, Fédération canadienne de l'entreprise indépendante, Cannabis Culture, Association des distillateurs canadiens, faisant affaire sous le nom Spiritueux Canada, Canada's National Brewers, Producteurs laitiers du Canada, Producteurs d'œufs du Canada, Producteurs de poulet du Canada, Éleveurs de dindon du Canada, Producteurs d'œufs d'incubation du Canada, Consumers Council of Canada, Association des vignerons du Canada et Alberta Small Brewers Association *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. COMEAU

2018 CSC 15

N° du greffe : 37398.

2017 : 6 décembre; 2018 : 19 avril.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown and Rowe JJ.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown et Rowe.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NEW BRUNSWICK

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

Constitutional law — Interprovincial trade — Provincial offences — Restricted access to liquor from other provinces — New Brunswick resident charged under s. 134(b) of Liquor Control Act for having quantities of alcohol in excess of applicable limit — Whether s. 134(b) of Liquor Control Act infringes s. 121 of Constitution Act, 1867 — Whether s. 121 is free trade provision that bars any impediment to interprovincial commerce — Meaning of “admitted free” in s. 121 — Whether trial judge erred in departing from binding precedent on basis of historical evidence and expert’s opinion of evidence — Constitution Act, 1867, s. 121 — Liquor Control Act, R.S.N.B. 1973, c. L-10, s. 134(b).

Droit constitutionnel — Commerce interprovincial — Infractions provinciales — Accès restreint à des boissons alcooliques provenant d’autres provinces — Résident du Nouveau-Brunswick accusé en application de l’art. 134b) de la Loi sur la réglementation des alcools pour avoir eu en sa possession plus d’alcool que la limite permise — L’article 134b) de la Loi sur la réglementation des alcools contrevient-il à l’art. 121 de la Loi constitutionnelle de 1867? — L’article 121 est-il une disposition de libre-échange qui proscrit toute entrave au commerce interprovincial? — Quel est le sens de l’expression « admis en franchise » qui figure à l’art. 121? — Le juge du procès a-t-il eu tort de déroger aux précédents qui font autorité sur le fondement de la preuve historique et de l’opinion d’un expert sur le sens de cette preuve? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 121 — Loi sur la réglementation des alcools, L.R.N.-B. 1973, c. L-10, art. 134b).

Together with other provisions of the New Brunswick *Liquor Control Act*, s. 134(b) makes it an offence to “have or keep liquor” in an amount that exceeds a prescribed threshold purchased from any Canadian source other than the New Brunswick Liquor Corporation. C is a resident of New Brunswick who entered Quebec, visited three different stores, and purchased quantities of alcohol in excess of the applicable limit. Returning from Quebec to New Brunswick, C was stopped by the RCMP; he was charged under s. 134(b) and was issued a fine. C challenged the charge on the basis that s. 121 of the *Constitution Act, 1867* — which provides that all articles of manufacture from any province shall be “admitted free” into each of the other provinces — renders s. 134(b) unconstitutional. The trial judge found s. 134(b) to be of no force and effect against C and dismissed the charge. The Court of Appeal dismissed the Crown’s application for leave to appeal.

Conjugué à d’autres dispositions de la *Loi sur la réglementation des alcools* du Nouveau-Brunswick, l’al. 134b) de cette dernière érige en infraction le fait « [d’]avoir ou [de] garder des boissons alcooliques » en quantité supérieure à la limite prescrite de celles pouvant être achetées d’une source canadienne autre que la Société des alcools du Nouveau-Brunswick. C est un résident du Nouveau-Brunswick qui s’est rendu au Québec, puis dans trois magasins où il s’est procuré des quantités d’alcool excédant la limite applicable. Alors qu’il revenait au Nouveau-Brunswick, C a été arrêté par la GRC; il a été accusé, en application de l’al. 134b), et a été condamné à payer une amende. C a contesté l’accusation, faisant valoir que l’art. 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867* — qui prévoit que tous articles de la manufacture d’aucune des provinces seront « admis en franchise » dans chacune des autres provinces — rend l’al. 134b) inconstitutionnel. Le juge du procès a conclu que l’al. 134b) était inopérant contre C, et a rejeté l’accusation. La Cour d’appel a rejeté la demande d’autorisation d’appel du ministère public.

Held: The appeal should be allowed. Section 134(b) of the *Liquor Control Act* does not infringe s. 121 of the *Constitution Act, 1867*.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli. L’alinéa 134b) de la *Loi sur la réglementation des alcools* ne contrevient pas à l’art. 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Common law courts are bound by authoritative precedent. Subject to extraordinary exceptions, a lower court must apply the decisions of higher courts to the facts before

Les tribunaux de common law sont liés par les précédents faisant autorité. Sous réserve d’exceptions extraordinaires, une juridiction inférieure doit appliquer les

it. A legal precedent may be revisited if new legal issues are raised as a consequence of significant developments in the law, or if there is a change in the circumstances or evidence that fundamentally shifts the parameters of the debate. Not only is the exception narrow, it is not a general invitation to reconsider binding authority on the basis of any type of evidence. For a binding precedent from a higher court to be cast aside, the new evidence must fundamentally shift how jurists understand the legal question at issue.

This high threshold was not met in this case. The trial judge relied on evidence presented by an historian whom he accepted as an expert. The trial judge accepted the expert's description of the drafters' motivations for including s. 121 in the *Constitution Act, 1867*, and the expert's opinion that those motivations drive how s. 121 is to be interpreted. Neither class of evidence constitutes evolving legislative and social facts or a comparable fundamental shift; the evidence is simply a description of historical information and one expert's assessment of that information. The trial judge's reliance on the expert's opinion of the correct interpretation of s. 121 was erroneous. To depart from precedent on the basis of such opinion evidence is to cede the judge's primary task to an expert. And to rely on such evidence to rebut *stare decisis* is to substitute one expert's opinion on domestic law for that expressed by appellate courts in binding judgments. This would introduce the very instability in the law that the principle of *stare decisis* aims to avoid.

The modern approach to statutory interpretation provides a guide for determining how "admitted free" in s. 121 should be interpreted. The text of the provision must be read harmoniously with the context and purpose of the statute. Constitutional texts must be interpreted in a broad and purposive manner and in a manner that is sensitive to evolving circumstances. Applying this framework to s. 121, the text, historical context, legislative context, and underlying constitutional principles do not support the contention that s. 121 should be interpreted as prohibiting any and all burdens on the passage of goods over provincial boundaries, essentially imposing an absolute free trade regime within Canada. Rather, these considerations support a flexible, purposive view of s. 121 — one

décisions des juridictions supérieures aux faits dont elle est saisie. Un précédent juridique peut être réexaminé lorsque de nouvelles questions de droit sont soulevées par suite d'une évolution importante du droit ou lorsqu'une modification de la situation ou de la preuve change radicalement la donne. Non seulement l'exception est-elle restreinte, mais il ne s'agit pas d'une invitation générale à réexaminer les précédents qui font autorité sur le fondement de n'importe quel type de preuve. Pour qu'un précédent contraignant d'une juridiction supérieure puisse être écarté, les nouveaux éléments de preuve doivent changer la façon dont les juristes comprennent la question juridique en jeu.

En l'espèce, ce seuil exigeant n'a pas été atteint. Le juge du procès s'est fondé sur la preuve présentée par un historien auquel il a reconnu le statut d'expert. Le juge du procès a accepté la description qu'a donnée cet expert quant aux motivations des rédacteurs à l'appui de l'inclusion de l'art. 121 dans la *Loi constitutionnelle de 1867*, ainsi que son opinion selon laquelle ces motivations indiquent la façon dont l'art. 121 doit être interprété. Or, aucun de ces types de preuve ne constitue une preuve de l'évolution des faits législatifs et sociaux ou d'un changement comparable radical de la donne; il s'agit simplement d'une description de renseignements historiques et de l'évaluation de ces renseignements par un expert. Le juge du procès s'est appuyé sur l'opinion de l'expert concernant l'interprétation qu'il convient de donner à l'art. 121. Ce faisant, il a commis une erreur. Déroger à un précédent sur le fondement d'une telle preuve d'opinion revient à céder la principale tâche du juge à un expert. En outre, se fonder sur une telle preuve pour réfuter le *stare decisis* revient à substituer l'opinion de l'expert sur le droit interne à celle exprimée par les tribunaux d'appel dans des jugements qui font autorité. Une telle approche entraînerait l'instabilité du droit, ce que le principe de *stare decisis* vise spécifiquement à éviter.

La méthode moderne d'interprétation législative fournit les paramètres pour décider de quelle façon l'expression « admis en franchise » qui figure à l'art. 121 doit être interprétée. Le texte de la disposition doit être interprété d'une manière qui s'accorde avec le contexte et l'objet de la loi. Les textes constitutionnels doivent être interprétés généreusement en fonction de leur objet, et d'une façon qui tient compte de l'évolution des circonstances. Appliquant ce cadre d'analyse à l'art. 121, le libellé, les contextes historique et législatif de même que les principes constitutionnels sous-jacents n'étaient pas la prétention selon laquelle l'art. 121 doit s'interpréter comme interdisant toute entrave à la circulation des biens d'une province à une autre, ce qui équivaldrait pour l'essentiel

that respects an appropriate balance between federal and provincial powers.

With respect to the text of s. 121, the phrase “admitted free” is ambiguous, and falls to be interpreted on the basis of the historical, legislative and constitutional contexts. To achieve economic union, the framers of the Constitution agreed that individual provinces needed to relinquish their tariff powers. The historical context supports the view that, at a minimum, s. 121 prohibits the imposition of charges on goods crossing provincial boundaries — tariffs and tariff-like measures. But the historical evidence nowhere suggests that provinces would lose their power to legislate under s. 92 of the *Constitution Act, 1867* for the benefit of their constituents even if that might have impacts on interprovincial trade.

As well, the legislative context of s. 121 indicates that it was part of a scheme that enabled the shifting of customs, excise, and similar levies from the former colonies to the Dominion; that it should be interpreted as applying to measures that increase the price of goods when they cross a provincial border; and that it should not be read so expansively that it would impinge on legislative powers under ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*.

In addition, foundational principles underlying the Constitution may aid in its interpretation. In this case, the federalism principle is vital. It recognizes the autonomy of provincial governments to develop their societies within their respective spheres of jurisdiction and requires a court interpreting constitutional texts to consider how different interpretations impact the balance between federal and provincial interests. Reading s. 121 to require full economic integration would significantly undermine the shape of Canadian federalism, which is built upon regional diversity within a single nation. The need to maintain balance embodied in the federalism principle supports an interpretation of s. 121 that prohibits laws directed at curtailing the passage of goods over interprovincial borders, but allows legislatures to pass laws to achieve other goals within their powers, even though the laws may have the incidental effect of impeding the passage of goods over interprovincial borders.

à forcer l’existence d’un régime de libre-échange absolu au Canada. Ces éléments appuient plutôt une conception souple et téléologique de l’art. 121, une conception qui respecte un juste équilibre entre les compétences fédérales, d’une part, et provinciales, d’autre part.

En ce qui a trait au libellé de l’art. 121, l’expression « admis en franchise » est ambiguë, et il convient de l’interpréter en fonction des contextes historique, législatif et constitutionnel. Pour que l’union économique se réalise, les auteurs de la Constitution ont reconnu que chaque province devait renoncer à son pouvoir en matière de tarif. Le contexte historique appuie l’avis selon lequel, à tout le moins, l’art. 121 interdit l’imposition de tarifs et d’autres mesures semblables sur les biens qui circulent d’une province à une autre. La preuve historique n’indique toutefois nullement que les provinces perdraient leur pouvoir de légiférer en vertu de l’art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* dans l’intérêt de leurs citoyens, même si cela pouvait avoir une incidence sur le commerce interprovincial.

En outre, le contexte législatif de l’art. 121 indique qu’il faisait partie d’un régime permettant que les droits de douane et d’accise ainsi que les taxes semblables passent des anciennes colonies au Dominion; qu’il doit être interprété comme s’appliquant aux mesures qui ont pour effet d’augmenter le prix des biens lorsqu’ils franchissent une frontière provinciale; et qu’il ne doit pas recevoir une interprétation large au point qu’il empièterait sur les pouvoirs législatifs prévus aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Qui plus est, les principes fondamentaux à la base de la Constitution peuvent aider à son interprétation. Dans le présent cas, le principe du fédéralisme est primordial. Il reconnaît l’autonomie dont les gouvernements provinciaux disposent pour assurer le développement de leur société dans leurs propres sphères de compétence et il exige que le tribunal qui interprète des textes constitutionnels tienne compte des répercussions des différentes interprétations sur l’équilibre entre les intérêts du fédéral et ceux des provinces. Une interprétation de l’art. 121 qui exigerait une pleine intégration économique minerait considérablement la nature du fédéralisme canadien, qui repose sur la diversité des régions au sein d’une même nation. La nécessité de maintenir l’équilibre consacré par le principe du fédéralisme appuie l’interprétation de l’art. 121 qui interdit les lois visant à restreindre la circulation des biens entre les provinces, mais qui permet aux législatures d’en adopter qui visent la réalisation d’autres objectifs dans les limites de leurs pouvoirs, même si ces lois peuvent avoir comme effet accessoire d’entraver la circulation des biens d’une province à une autre.

The lines of jurisprudential authority about the ambit of s. 121 can be distilled into two related propositions. First, the purpose of s. 121 is to prohibit laws that in essence and purpose restrict or limit the free flow of goods across the country. Second, laws that pose only incidental effects on trade as part of broader regulatory schemes not aimed at impeding trade do not have the purpose of restricting interprovincial trade and hence do not violate s. 121. Therefore, s. 121 does not catch burdens on goods crossing provincial borders that are merely incidental effects of a law or scheme aimed at some other purpose. To prohibit incidental impacts on cross-border trade would allow s. 121 to trump valid exercises of legislative power, and create legislative hiatuses where neither level of government could act.

It follows that a claimant alleging that a law violates s. 121 must establish that the law in essence and purpose restricts trade across a provincial border. The law must impact the interprovincial movement of goods like a tariff, which, in the extreme, could be an outright prohibition. The claimant must establish that the law imposes an additional burden on goods by virtue of them coming in from outside the province. And, restriction of cross-border trade must be the primary purpose of the law, thereby excluding laws enacted for other purposes, such as laws that form rational parts of broader legislative schemes with purposes unrelated to impeding interprovincial trade.

In this case, s. 134(b) impedes liquor purchases originating anywhere other than the New Brunswick Liquor Corporation. In essence, it functions like a tariff, even though it may have other purely internal effects. However, the text and effects are aligned and suggest the primary purpose of s. 134(b) is not to impede trade, but rather to restrict access to any non-Corporation liquor, not just liquor brought in from another province. The objective of the New Brunswick regulatory scheme is not to restrict trade across a provincial boundary, but to enable public supervision of the production, movement, sale, and use of alcohol within New Brunswick. Finally, s. 134(b) is not divorced from the objective of the larger scheme. It plainly serves New Brunswick's choice to control the supply and use of liquor within the province. The primary purpose of s. 134(b) is to prohibit holding excessive quantities of liquor from supplies not managed by the province. While one effect of s. 134(b) is to impede interprovincial trade, this effect is only incidental in light of the objective of the

Les courants jurisprudentiels quant à la portée de l'art. 121 peuvent être regroupés en deux propositions connexes. Premièrement, l'objet de l'art. 121 est d'interdire les lois qui, de par leur essence et leur objet, restreignent ou limitent la libre circulation des biens dans tout le pays. Deuxièmement, les lois qui n'ont qu'un effet accessoire sur le commerce dans le contexte de régimes réglementaires plus larges qui ne visent pas à entraver le commerce n'ont pas pour objet de restreindre le commerce interprovincial et n'enfreignent donc pas l'art. 121. Ainsi, ce dernier ne vise pas les entraves au passage des biens d'une province à une autre qui sont simplement accessoires à une loi ou à un régime législatif visant un autre objet. L'interdiction des effets accessoires d'une loi ou d'un régime sur le commerce transfrontalier permettrait à l'art. 121 de primer sur l'exercice valide d'un pouvoir législatif et créerait des lacunes législatives à l'égard desquelles aucun ordre de gouvernement ne pourrait agir.

Un demandeur qui plaide qu'une loi enfreint l'art. 121 doit donc démontrer que cette loi, de par son essence et son objet, restreint le commerce interprovincial. La loi doit avoir, comme un tarif, une incidence sur la circulation interprovinciale de biens, une incidence qui, à la limite, peut consister en une interdiction pure et simple. Le demandeur doit établir que la loi impose une charge supplémentaire sur les biens du fait qu'ils proviennent de l'extérieur de la province. Il faut aussi que la restriction au commerce interprovincial constitue l'objet principal de la loi, de sorte que ne sont pas visées les lois adoptées pour l'atteinte d'autres objets, comme des lois qui font rationnellement partie de régimes législatifs plus larges dont les objets ne sont pas liés à l'entrave au commerce interprovincial.

En l'espèce, l'al. 134b) entrave l'achat de boissons alcooliques provenant d'ailleurs que de la Société des alcools du Nouveau-Brunswick. De par son essence, il fonctionne comme un tarif, et ce, même s'il peut avoir d'autres effets strictement liés au commerce qui a cours dans la province. Cependant, le libellé et les effets de cette disposition pointent dans la même direction et laissent croire que son objet principal n'est pas d'entraver le commerce, mais plutôt de restreindre l'accès à toutes les boissons alcooliques obtenues de sources autres que la Société et non pas uniquement à celles qui proviennent d'une autre province. Le régime réglementaire du Nouveau-Brunswick ne vise pas à restreindre le commerce interprovincial. Il vise plutôt à permettre la supervision par des entités publiques de la production, de la circulation, de la vente et de l'utilisation de l'alcool au Nouveau-Brunswick. Enfin, l'al. 134b) n'est pas dissocié de l'objet du régime plus large. Il contribue clairement au choix de la province de contrôler l'approvisionnement et l'utilisation des boissons alcooliques sur

provincial scheme in general. Therefore, while s. 134(b) in essence impedes cross-border trade, this is not its primary purpose. Section 134(b) does not infringe s. 121 of the *Constitution Act, 1867*.

Cases Cited

Applied: *Gold Seal Ltd. v. Attorney-General for the Province of Alberta* (1921), 62 S.C.R. 424; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *Atlantic Smoke Shops Ltd. v. Conlon*, [1943] 4 D.L.R. 81; *Murphy v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1958] S.C.R. 626; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331; **referred to:** *MacDonald v. City of Montreal*, [1986] 1 S.C.R. 460; *Roberge v. Bolduc*, [1991] 1 S.C.R. 374; *Reference re Agricultural Products Marketing Act*, [1978] 2 S.C.R. 1198; *Black v. Law Society of Alberta*, [1989] 1 S.C.R. 591; *Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1133; *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, [1998] 3 S.C.R. 157; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] 1 D.L.R. 98; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Blais*, 2003 SCC 44, [2003] 2 S.C.R. 236; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Reference re Same-Sex Marriage*, 2004 SCC 79, [2004] 3 S.C.R. 698; *Reference re Employment Insurance Act (Can.), ss. 22 and 23*, 2005 SCC 56, [2005] 2 S.C.R. 669; *Reference re Supreme Court Act, ss. 5 and 6*, 2014 SCC 21, [2014] 1 S.C.R. 433; *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Reference re Senate Reform*, 2014 SCC 32, [2014] 1 S.C.R. 704; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432; *Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, 2016 SCC 12, [2016] 1 S.C.R. 99; *Caron v. Alberta*, 2015 SCC 56, [2015] 3 S.C.R. 511; *Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *Reference re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373; *Fédération des producteurs de volailles du Québec v. Pelland*, 2005 SCC 20, [2005] 1 S.C.R. 292; *NIL/TU, O Child and Family Services Society v. B.C. Government and Service Employees' Union*,

son territoire. L'objet principal de l'al. 134b) consiste à interdire la garde de quantités excessives de boissons alcooliques provenant de réserves qui ne sont pas régies par la province. Certes, l'al. 134b) a pour effet d'entraver le commerce interprovincial, mais cet effet n'est qu'accessoire compte tenu de l'objet du régime provincial pris dans son ensemble. Ainsi, bien que, de par son essence, l'al. 134b) entrave le commerce transfrontalier, il ne s'agit pas de son objet principal. L'alinéa 134b) ne contrevient pas à l'art. 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *Gold Seal Ltd. c. Attorney-General for the Province of Alberta* (1921), 62 R.C.S. 424; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *Atlantic Smoke Shops Ltd. c. Conlon*, [1943] 4 D.L.R. 81; *Murphy c. Canadian Pacific Railway Co.*, [1958] R.C.S. 626; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331; **arrêts mentionnés :** *MacDonald c. Ville de Montréal*, [1986] 1 R.C.S. 460; *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374; *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 R.C.S. 1198; *Black c. Law Society of Alberta*, [1989] 1 R.C.S. 591; *Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1133; *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] 1 D.L.R. 98; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Blais*, 2003 CSC 44, [2003] 2 R.C.S. 236; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79, [2004] 3 R.C.S. 698; *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.), art. 22 et 23*, 2005 CSC 56, [2005] 2 R.C.S. 669; *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6*, 2014 CSC 21, [2014] 1 R.C.S. 433; *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, 2014 CSC 32, [2014] 1 R.C.S. 704; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432; *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 CSC 12, [2016] 1 R.C.S. 99; *Caron c. Alberta*, 2015 CSC 56, [2015] 3 R.C.S. 511; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373; *Fédération des producteurs de volailles du Québec c. Pelland*,

2010 SCC 45, [2010] 2 S.C.R. 696; *Attorney-General for Manitoba v. Manitoba Egg and Poultry Assn.*, [1971] S.C.R. 689; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Air Canada v. Ontario (Liquor Control Board)*, [1997] 2 S.C.R. 581; *R. v. Gauthreau* (1978), 21 N.B.R. (2d) 701.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Wheat Board Act, R.S.C. 1952, c. 44.
Constitution Act, 1867, ss. 91, 92, Part VIII, 119, 121, 122, 123.
Importation of Intoxicating Liquors Act, R.S.C. 1985, c. I-3, s. 3.
Liquor Control Act, R.S.N.B. 1973, c. L-10, ss. 43(c), 134(b), 148(2).
New Brunswick Liquor Corporation Act, S.N.B. 1974, c. N-6.1 [now R.S.N.B. 2016, c. 105].
Provincial Offences Procedure Act, S.N.B. 1987, c. P-22.1, s. 116(3).
Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 40.

Treaties and Other International Instruments

General Agreement on Tariffs and Trade, Can. T.S. 1948 No. 31, Part I, Article I.
Reciprocity Treaty With Great Britain, June 5, 1854, 10 Stat. 1089.

Authors Cited

Black's Law Dictionary, 9th ed. by Bryan A. Gardner. St. Paul, Minn.: Thompson Reuters, 2009, "tariff".
 Hill, Derek, ed. *National Trade and Tariff Service*. Toronto: LexisNexis, 1999 (loose-leaf updated February 2018).
 Hogg, Peter W., and Wade K. Wright. "Canadian Federalism, the Privy Council and the Supreme Court: Reflections on the Debate about Canadian Federalism" (2005), 38 *U.B.C. L. Rev.* 329.
 Kong, Hoi L. "Republicanism and the division of powers in Canada" (2014), 64 *U.T.L.J.* 359.
 Leclair, Jean. "The Supreme Court of Canada's Understanding of Federalism: Efficiency at the Expense of Diversity" (2003), 28 *Queen's L.J.* 411.
 McLean, James A. *Essays in the Financial History of Canada*. New York: Columbia College, 1894.
 Monahan, Patrick J. "At doctrine's twilight: The structure of Canadian federalism" (1984), 34 *U.T.L.J.* 47.

2005 CSC 20, [2005] 1 R.C.S. 292; *NIL/TU, O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees' Union*, 2010 CSC 45, [2010] 2 R.C.S. 696; *Procureur général du Manitoba c. Manitoba Egg and Poultry Assn.*, [1971] R.C.S. 689; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Air Canada c. Ontario (Régie des alcools)*, [1997] 2 R.C.S. 581; *R. c. Gauthreau* (1978), 21 R.N.-B. (2^e) 701.

Lois et règlements cités

Loi constitutionnelle de 1867, art. 91, 92, partie VIII, 119, 121, 122, 123.
Loi sur l'importation des boissons enivrantes, L.R.C. 1985, c. I-3, art. 3.
Loi sur la Commission canadienne du blé, S.R.C. 1952, c. 44.
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, c. S-26, art. 40.
Loi sur la procédure applicable aux infractions provinciales, L.N.-B. 1987, c. P-22.1, art. 116(3).
Loi sur la réglementation des alcools, L.R.N.-B. 1973, c. L-10, art. 43(c), 134(b), 148(2).
Loi sur la Société des alcools du Nouveau-Brunswick, L.N.-B. 1974, c. N-6.1 [maintenant L.R.N.-B. 2016, c. 105].

Traité et autres instruments internationaux

Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, R.T. Can. 1948 n° 31, partie I, art. I.
Reciprocity Treaty With Great Britain, June 5, 1854, 10 Stat. 1089.

Doctrine et autres documents cités

Black's Law Dictionary, 9th ed. by Bryan A. Gardner, St. Paul (Minn.), Thompson Reuters, 2009, « *tariff* ».
 Hill, Derek, ed. *National Trade and Tariff Service*, Toronto, LexisNexis, 1999 (loose-leaf updated February 2018).
 Hogg, Peter W., and Wade K. Wright. « Canadian Federalism, the Privy Council and the Supreme Court : Reflections on the Debate about Canadian Federalism » (2005), 38 *U.B.C. L. Rev.* 329.
 Kong, Hoi L. « Republicanism and the division of powers in Canada » (2014), 64 *U.T.L.J.* 359.
 Leclair, Jean. « The Supreme Court of Canada's Understanding of Federalism : Efficiency at the Expense of Diversity » (2003), 28 *Queen's L.J.* 411.
 McLean, James A. *Essays in the Financial History of Canada*, New York, Columbia College, 1894.
 Monahan, Patrick J. « At doctrine's twilight : The structure of Canadian federalism » (1984), 34 *U.T.L.J.* 47.

- Oxford English Dictionary*, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, “essence”.
- Perry, J. Harvey. *Taxes, tariffs, & subsidies: A history of Canadian fiscal development*. Toronto: University of Toronto Press, 1955.
- Schneiderman, David. “Economic Citizenship and Deliberative Democracy: An Inquiry into Constitutional Limitations on Economic Regulation” (1995), 21 *Queen’s L.J.* 125.
- Scott, F. R. “Centralization and Decentralization in Canadian Federalism” (1951), 29 *Can. Bar Rev.* 1095.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.
- Swinton, Katherine. “Courting Our Way to Economic Integration: Judicial Review and the Canadian Economic Union” (1995), 25 *Can. Bus. L.J.* 280.
- Wexler, Stephen. “The Urge to Idealize: Viscount Haldane and the Constitution of Canada” (1984), 29 *McGill L.J.* 608.
- Perry, J. Harvey. *Taxes, tariffs, & subsidies : A history of Canadian fiscal development*, Toronto, University of Toronto Press, 1955.
- Petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, nouvelle éd., Paris, Le Robert, 2012, « essence ».
- Schneiderman, David. « Economic Citizenship and Deliberative Democracy : An Inquiry into Constitutional Limitations on Economic Regulation » (1995), 21 *Queen’s L.J.* 125.
- Scott, F. R. « Centralization and Decentralization in Canadian Federalism » (1951), 29 *R. du B. can.* 1095.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.
- Swinton, Katherine. « Courting Our Way to Economic Integration : Judicial Review and the Canadian Economic Union » (1995), 25 *Rev. can. dr. comm.* 280.
- Wexler, Stephen. « The Urge to Idealize : Viscount Haldane and the Constitution of Canada » (1984), 29 *R.D. McGill* 608.

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (Larlee J.A.), 2016 CanLII 73665, [2016] N.B.J. No. 232 (QL), 2016 CarswellNB 445 (WL Can.), dismissing an application for leave to appeal a decision of LeBlanc Prov. Ct. J., 2016 NBPC 3, 448 N.B.R. (2d) 1, 1179 A.P.R. 1, 398 D.L.R. (4th) 123, [2016] N.B.J. No. 87 (QL), 2016 CarswellNB 167 (WL Can.), declaring s. 134(b) of the *Liquor Control Act*, R.S.N.B. 1973, c. L-10, of no force or effect with respect to Mr. Comeau. Appeal allowed.

William B. Richards and Kathryn A. Gregory, Q.C., for the appellant.

Ian A. Blue, Q.C., Arnold Schwisberg, Mikael Bernard and Daria Peregoudova, for the respondent.

François Joyal and Ian Demers, for the intervener the Attorney General of Canada.

Michael S. Dunn and Padraic Ryan, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Jean-Vincent Lacroix and Laurie Anctil, for the intervener the Attorney General of Quebec.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick (la juge Larlee), 2016 CanLII 73665, [2016] A.N.-B. n° 232 (QL), 2016 CarswellNB 446 (WL Can.), qui a rejeté une demande d’autorisation d’appel d’une décision du juge LeBlanc de la Cour provinciale, 2016 NBPC 3, 448 R.N.-B. (2^e) 1, 1179 A.P.R. 1, 398 D.L.R. (4th) 123, [2016] A.N.-B. n° 87 (QL), 2016 CarswellNB 272 (WL Can.), qui avait déclaré inopérant contre M. Comeau l’al. 134b) de la *Loi sur la réglementation des alcools*, L.R.N.-B. 1973, c. L-10. Pourvoi accueilli.

William B. Richards et Kathryn A. Gregory, c.r., pour l’appelante.

Ian A. Blue, c.r., Arnold Schwisberg, Mikael Bernard et Daria Peregoudova, pour l’intimé.

François Joyal et Ian Demers, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

Michael S. Dunn et Padraic Ryan, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

Jean-Vincent Lacroix et Laurie Anctil, pour l’intervenante la procureure générale du Québec.

No one appeared for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

J. Gareth Morley and Tyna Mason, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Jonathan M. Coady and Thomas Laughlin, for the intervener the Attorney General of Prince Edward Island.

Theodore J. C. Litowski, for the intervener the Attorney General of Saskatchewan.

Robert J. Normey, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Philip Osborne and Barbara Barrowman, for the intervener the Attorney General of Newfoundland and Labrador.

Bradley Patzer, for the intervener the Attorney General of the Northwest Territories.

John L. MacLean and Adrienne Silk, for the intervener the Government of Nunavut as represented by the Minister of Justice.

Shea Coulson and Allan L. Doolittle, for the interveners Liquidity Wines Ltd., Painted Rock Estate Winery Ltd., 50th Parallel Estate Limited Partnership, Okanagan Crush Pad Winery Ltd. and Noble Ridge Vineyard and Winery Limited Partnership.

Malcolm Lavoie, for the intervener Artisan Ales Consulting Inc.

Mark Gelowitz and Robert Carson, for the intervener the Montreal Economic Institute.

J. Scott Maidment and Samantha Gordon, for the intervener Federal Express Canada Corporation.

Christopher D. Bredt and Ewa Krajewska, for the interveners the Canadian Chamber of Commerce and the Canadian Federation of Independent Business.

Personne n'a comparu pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

J. Gareth Morley et Tyna Mason, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Jonathan M. Coady et Thomas Laughlin, pour l'intervenant le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard.

Theodore J. C. Litowski, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Robert J. Normey, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Philip Osborne et Barbara Barrowman, pour l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador.

Bradley Patzer, pour l'intervenant le procureur général des Territoires du Nord-Ouest.

John L. MacLean et Adrienne Silk, pour l'intervenant le gouvernement du Nunavut, représenté par le ministre de la Justice.

Shea Coulson et Allan L. Doolittle, pour les intervenantes Liquidity Wines Ltd., Painted Rock Estate Winery Ltd., 50th Parallel Estate Limited Partnership, Okanagan Crush Pad Winery Ltd. et Noble Ridge Vineyard and Winery Limited Partnership.

Malcolm Lavoie, pour l'intervenante Artisan Ales Consulting Inc.

Mark Gelowitz et Robert Carson, pour l'intervenant l'Institut économique de Montréal.

J. Scott Maidment et Samantha Gordon, pour l'intervenante Federal Express Canada Corporation.

Christopher D. Bredt et Ewa Krajewska, pour les intervenantes la Chambre de commerce du Canada et la Fédération canadienne de l'entreprise indépendante.

Kirk Tousaw and Jack Lloyd, for the intervener Cannabis Culture.

Jennifer Klinck and Marion Sandilands, for the intervener the Association of Canadian Distillers, operating as Spirits Canada.

Steven I. Sofer and Paul Seaman, for the intervener Canada's National Brewers.

David K. Wilson, Owen M. Rees and Julie Mouris, for the interveners the Dairy Farmers of Canada, the Egg Farmers of Canada, the Chicken Farmers of Canada, the Turkey Farmers of Canada and the Canadian Hatching Egg Producers.

Paul J. Bates, Ronald Podolny, Tyler J. Planeta and Michael Sobkin, for the intervener the Consumers Council of Canada.

Robert W. Staley, Ranjan K. Agarwal and Jessica M. Starck, for the intervener the Canadian Vintners Association.

Robert Martz and Paul Chiswell, for the intervener the Alberta Small Brewers Association.

The following is the judgment delivered by

THE COURT —

I. Introduction

[1] In 1867, *The British North America Act, 1867* (U.K.), 30 & 31 Vict., c. 3, united individual British colonies into one new country, the Dominion of Canada. Prior to this, each colony had its own power to impose tariffs at its borders. Part VIII of that Act (now the *Constitution Act, 1867*) contains provisions for the transfer of this power to levy tariffs to the Dominion government. At the heart of Part VIII is s. 121, the provision at issue in this appeal:

All Articles of the Growth, Produce, or Manufacture of any one of the Provinces shall, from and after the Union, be admitted free into each of the other Provinces.

Kirk Tousaw et Jack Lloyd, pour l'intervenante Cannabis Culture.

Jennifer Klinck et Marion Sandilands, pour l'intervenante l'Association des distillateurs canadiens, faisant affaire sous le nom Spiritueux Canada.

Steven I. Sofer et Paul Seaman, pour l'intervenante Canada's National Brewers.

David K. Wilson, Owen M. Rees et Julie Mouris, pour les intervenants les Producteurs laitiers du Canada, les Producteurs d'œufs du Canada, les Producteurs de poulet du Canada, les Éleveurs de dindon du Canada et les Producteurs d'œufs d'incubation du Canada.

Paul J. Bates, Ronald Podolny, Tyler J. Planeta et Michael Sobkin, pour l'intervenant Consumers Council of Canada.

Robert W. Staley, Ranjan K. Agarwal et Jessica M. Starck, pour l'intervenante l'Association des vignerons du Canada.

Robert Martz et Paul Chiswell, pour l'intervenante Alberta Small Brewers Association.

Version française du jugement rendu par

LA COUR —

I. Introduction

[1] En 1867, l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3, a unifié des colonies britanniques distinctes en un nouveau pays, le Dominion du Canada. Avant l'adoption de cette loi, chaque colonie disposait de son propre pouvoir d'imposer des tarifs à ses frontières. La partie VIII de cet Acte (maintenant la *Loi constitutionnelle de 1867*) contient des dispositions prévoyant le transfert de ce pouvoir au gouvernement du Dominion. Au cœur de cette partie VIII se trouve l'art. 121, la disposition en cause dans le présent pourvoi :

Tous articles du crû, de la provenance ou manufacture d'aucune des provinces seront, à dater de l'union, admis en franchise dans chacune des autres provinces.

[2] The respondent, Mr. Gerard Comeau, contends that s. 121 is essentially a free trade provision — in his view, no barriers can be erected to impede the passage of goods across provincial boundaries. On the other side of the debate, the appellant, Her Majesty the Queen in Right of New Brunswick (“the Crown”), argues that s. 121 was only intended to dismantle the power to impose tariffs or tariff-like charges at provincial boundaries. The trial judge agreed with Mr. Comeau. The question before us is whether he erred in doing so. What does it mean for articles to be “admitted free” as stated in s. 121? How does that requirement constrain state action? Fundamentally, does s. 121 constitutionalize some particular form of economic union? These questions lie at the core of this appeal.

[3] The answers to these questions have broad implications. If to be “admitted free” is understood as a constitutional guarantee of free trade, the potential reach of s. 121 is vast. Agricultural supply management schemes, public health-driven prohibitions, environmental controls, and innumerable comparable regulatory measures that incidentally impede the passage of goods crossing provincial borders may be invalid.

[4] The dispute arises out of Mr. Comeau’s assertion that s. 121 of the *Constitution Act, 1867* prevents the Province of New Brunswick from legislating that New Brunswick residents cannot stock alcohol from another province. The appeal asks whether s. 134(b) of the *Liquor Control Act*, R.S.N.B. 1973, c. L-10, infringes s. 121. Section 134(b) of the *Liquor Control Act* provides:

134 Except as provided by this Act or the regulations, no person, within the Province, by himself, his clerk, employee, servant or agent shall

...

[2] L’intimé, M. Gerard Comeau, soutient que l’art. 121 est essentiellement une disposition de libre-échange — à son avis, aucune barrière ne peut être érigée pour entraver la circulation des biens d’une province à une autre. La partie adverse, appelante, Sa Majesté la Reine du chef du Nouveau-Brunswick (« ministère public »), fait valoir que l’art. 121 ne visait qu’à supprimer le pouvoir d’imposer des tarifs ou des charges semblables aux frontières provinciales. Le juge du procès a donné raison à M. Comeau. La question dont nous sommes saisis est celle de savoir s’il a eu tort de le faire. Quel sens faut-il donner, en ce qui a trait aux articles, à l’expression « admis en franchise » qui figure à l’art. 121? De quelle façon cette exigence limite-t-elle l’action de l’État? Fondamentalement, l’art. 121 constitutionnalise-t-il une forme particulière d’union économique? Voilà ce qui est au cœur du présent pourvoi.

[3] Les réponses à ces questions ont de vastes répercussions. Si l’on considère que l’expression « admis en franchise » représente une garantie constitutionnelle de libre-échange, l’art. 121 pourrait avoir une large portée. Les systèmes de gestion de l’approvisionnement agricole, les interdictions fondées sur la santé publique, les contrôles environnementaux et d’innombrables mesures réglementaires similaires qui entravent accessoirement la circulation des biens d’une province à une autre pourraient être invalides.

[4] Le litige découle de l’affirmation de M. Comeau selon laquelle l’art. 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867* empêche la province du Nouveau-Brunswick d’adopter des mesures législatives interdisant à ses résidents de faire des provisions de boissons alcooliques provenant d’une autre province. Il s’agit en l’espèce de décider si l’al. 134(b) de la *Loi sur la réglementation des alcools*, L.R.N.-B. 1973, c. L-10, contrevient à l’art. 121. Cette disposition est ainsi libellée :

134 Sauf dans les cas prévus par la présente loi et les règlements, nul ne doit, dans la province, soit personnellement, soit par l’entremise de son commis, employé, proposé ou représentant,

...

(b) have or keep liquor,

not purchased from the Corporation.

[5] Together with ss. 43(c) and 148(2) of the *Liquor Control Act*, s. 134(b) makes it an offence to “have or keep liquor” in an amount that exceeds a prescribed threshold purchased from any Canadian source other than the New Brunswick Liquor Corporation.

[6] In holding that s. 134(b) of the *Liquor Control Act* is invalid because it offends s. 121 of the *Constitution Act, 1867*, the trial judge departed from binding precedent from this Court on the basis of historical and opinion evidence tendered by an expert witness.

[7] The appeal therefore raises two issues. First, did the trial judge err in departing from precedent, and second, what is the proper interpretation of s. 121? Both issues go to the primary question in this appeal: Does s. 134(b) of the *Liquor Control Act* infringe s. 121 of the *Constitution Act, 1867*?

[8] We conclude that the trial judge erred in departing from previous decisions of this Court. Going on to interpret s. 121, we conclude that it prohibits laws that in essence and purpose impede the passage of goods across provincial borders and, therefore, does not prohibit laws that yield only incidental effects on interprovincial trade. The impediment to trade posed by s. 134(b) of the *Liquor Control Act* is an incidental effect of a regulatory scheme that does not, as its primary purpose, thwart interprovincial trade. Thus, s. 134(b) does not infringe s. 121. We would therefore allow the appeal.

b) avoir ou garder des boissons alcooliques

achetées ailleurs qu’à la Société.

[5] Conjugué à l’al. 43c) et au par. 148(2) de la *Loi sur la réglementation des alcools*, l’al. 134b) de cette dernière érige en infraction le fait « [d’]avoir ou [de] garder des boissons alcooliques » en quantité supérieure à la limite prescrite de celles pouvant être achetées d’une source canadienne autre que la Société des alcools du Nouveau-Brunswick.

[6] En concluant que l’al. 134b) de la *Loi sur la réglementation des alcools* est invalide parce qu’il contrevient à l’art. 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le juge du procès s’est écarté, sur le fondement du témoignage d’opinion livré par un témoin expert et de sa présentation du contexte historique de l’adoption de l’art. 121, de précédents de la Cour qui font autorité.

[7] Le pourvoi soulève donc deux questions. Premièrement, le juge du procès a-t-il eu tort de rompre avec les précédents? Deuxièmement, quelle est l’interprétation qu’il convient de donner à l’art. 121? Ces questions se rapportent toutes deux à l’enjeu principal dans le présent pourvoi : l’al. 134b) de la *Loi sur la réglementation des alcools* contrevient-il à l’art. 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

[8] Nous concluons que le juge du procès a eu tort de s’écarter de décisions antérieures de la Cour. Quant à l’interprétation de l’art. 121, nous concluons qu’il proscriit les mesures législatives qui, de par leur essence et leur objet, entravent la circulation des biens d’une province à une autre, et qu’il ne proscriit donc pas les lois qui n’ont que des effets accessoires sur le commerce interprovincial. L’entrave au commerce que met l’al. 134b) de la *Loi sur la réglementation des alcools* est un effet accessoire d’un régime de réglementation qui n’a pas pour objet principal de contrecarrer le commerce interprovincial. Cette disposition ne contrevient pas à l’art. 121. Nous sommes donc d’avis d’accueillir le pourvoi.

II. Factual History

[9] The respondent Mr. Comeau is a resident of the Tracadie-Sheila region on the Acadian Peninsula in northeastern New Brunswick. On October 6, 2012, Mr. Comeau drove to Campbellton in the north-west of the province, crossed the Restigouche River, and entered Quebec. Mr. Comeau did what many Canadians who live tantalizingly close to cheaper alcohol prices across provincial boundaries probably do. He visited three different stores and stocked up.

[10] Mr. Comeau was being watched. The Campbellton RCMP had become concerned with the frequency by which enterprising New Brunswick residents were sourcing large quantities of alcohol in Quebec in contravention of the law. In response, the RCMP started monitoring New Brunswick visitors to commonly frequented liquor stores on the Quebec side. Officers in Quebec would record visitors' information and pass it on to their New Brunswick colleagues, who were waiting across the border. During his October 6, 2012 trip, Mr. Comeau was so tracked.

[11] Returning from Quebec to New Brunswick, Mr. Comeau was stopped by the RCMP. The police found a large quantity of beer and some bottles of spirits in his vehicle. It is not in dispute that Mr. Comeau purchased quantities of alcohol in excess of the applicable limit prescribed by s. 43(c) of the *Liquor Control Act*. Mr. Comeau was charged under s. 134(b) and consequently issued a fine in the amount of \$240 plus administrative fees and the victim surcharge levy.

[12] Mr. Comeau challenged the charge on the basis that s. 121 of the *Constitution Act, 1867* renders s. 134(b) of the *Liquor Control Act* unconstitutional and therefore of no force and effect. It is not controversial that the beer and liquor at issue in this case are the “Articles of the Growth, Produce, or Manufacture” of a Canadian province — that

II. Les faits

[9] L'intimé, M. Comeau, est un résident de la région de Tracadie-Sheila située dans la péninsule acadienne, au nord-est du Nouveau-Brunswick. Le 6 octobre 2012, il s'est rendu en voiture à Campbellton dans le nord-ouest de la province, a traversé la rivière Restigouche et est entré au Québec. Ensuite, il a fait ce que font probablement de nombreux Canadiens habitant si près d'une province où le prix de l'alcool est moins élevé que dans leur province de résidence : il s'est rendu dans trois magasins différents et a fait des provisions.

[10] M. Comeau était surveillé. Le détachement de la GRC de Campbellton jugeait préoccupante la fréquence à laquelle des résidents entrepreneurs du Nouveau-Brunswick se procuraient de grandes quantités d'alcool au Québec en contravention de la loi. En réaction, ses agents ont commencé à surveiller les Néo-Brunswickois qui se rendaient à des points de vente d'alcool très fréquentés du côté du Québec. Les agents du Québec consignaient les renseignements relatifs à ces visiteurs et les transmettaient à leurs collègues du Nouveau-Brunswick, qui attendaient de l'autre côté de la frontière. C'est de cette façon que M. Comeau a été suivi lorsqu'il s'est rendu au Québec le 6 octobre 2012.

[11] Alors qu'il revenait au Nouveau-Brunswick, M. Comeau a été arrêté par la GRC. Les policiers ont trouvé une grande quantité de bière et des bouteilles de spiritueux dans son véhicule. Il n'est pas contesté que M. Comeau s'est procuré des quantités d'alcool excédant la limite applicable prescrite par l'al. 43c) de la *Loi sur la réglementation des alcools*. Il a été accusé, en application de l'al. 134b), et a été condamné à payer une amende de 240 \$, en plus des frais d'administration et de la suramende compensatoire.

[12] M. Comeau a contesté l'accusation, faisant valoir que l'art. 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867* rend l'al. 134b) de la *Loi sur la réglementation des alcools* inconstitutionnel et, par conséquent, inopérant. La bière et les spiritueux en cause en l'espèce sont, sans conteste, des « articles du crû, de la provenance ou manufacture » d'une province

is, they were produced in Quebec or elsewhere in Canada. The question of whether s. 121 concerns non-Canadian goods imported into one province and then shipped across the country either intact or as inputs in new manufactured goods is not before the Court and therefore we do not address it.

III. Judicial History

[13] The New Brunswick Provincial Court, per LeBlanc J., agreed with Mr. Comeau that s. 134(b) infringed s. 121 of the *Constitution Act, 1867*. The trial judge found s. 134(b) to be of no force and effect against Mr. Comeau and therefore dismissed the charge: 2016 NBPC 3, 448 N.B.R. (2d) 1.

[14] The trial judge accepted that this Court's 1921 decision in *Gold Seal Ltd. v. Attorney-General for the Province of Alberta* (1921), 62 S.C.R. 424, was binding authority. He noted that this Court in *Gold Seal* held that s. 121 prohibits direct tariff barriers (i.e. customs duties) on goods moving between provinces. He found that s. 134(b) of the *Liquor Control Act* imposed no tariff and therefore would not violate s. 121 under *Gold Seal*.

[15] The trial judge went on to hold, however, that *Gold Seal* was wrongly decided and should not be applied, given the evidence on the origins of s. 121 called by Mr. Comeau. This evidence, presented by an historian whom the trial judge accepted as an expert, comprised historical information about the intentions of the drafters of s. 121, and the expert's opinion as to the import of that historical evidence for the interpretation of s. 121. The trial judge accepted the expert's opinion "without hesitation": para. 52.

[16] On the basis of this evidence, the trial judge concluded that the drafters were highly motivated to open up trade between the provinces. This was a direct response to trade barriers that had been erected by the United States of America in response

canadienne — c.-à-d. qu'ils ont été produits au Québec ou ailleurs au Canada. La Cour n'est pas saisie de la question de savoir si l'art. 121 vise les biens produits à l'étranger, importés dans une province, puis expédiés ailleurs au pays, soit tels quels soit comme composants de nouveaux biens manufacturés; nous nous abstiendrons donc d'y répondre.

III. Historique judiciaire

[13] Le juge LeBlanc, de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick, a souscrit à l'opinion de M. Comeau selon laquelle l'al. 134b) contrevient à l'art. 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il a conclu que l'al. 134b) était inopérant contre M. Comeau, et a donc rejeté l'accusation : 2016 NBPC 3, 448 R.N.-B. (2^e) 1.

[14] Le juge du procès a reconnu que la décision *Gold Seal Ltd. c. Attorney-General for the Province of Alberta* (1921), 62 R.C.S. 424, rendue par la Cour en 1921, est un précédent qui fait autorité. Il a noté que, suivant cet arrêt, l'art. 121 interdit l'imposition de barrières tarifaires directes (c.-à-d. les droits de douane) sur les biens qui circulent entre les provinces. Il a conclu que, suivant l'analyse prescrite par l'arrêt *Gold Seal*, l'al. 134b) de la *Loi sur la réglementation des alcools* n'impose pas de tarif et ne contrevient donc pas à l'art. 121.

[15] Cependant, le juge du procès a ensuite conclu que l'arrêt *Gold Seal* était erroné et que, à la lumière de la preuve que M. Comeau avait soumise quant à l'origine de l'art. 121, il ne devrait pas être appliqué. Cette preuve, présentée par un historien reconnu comme expert par le juge du procès, comprenait des renseignements historiques sur les intentions des rédacteurs de l'art. 121 ainsi que l'opinion du témoin à titre d'expert sur le sens de cette preuve historique pour l'interprétation de cette disposition. Le juge du procès a accepté cette opinion [TRADUCTION] « sans hésiter » : par. 52.

[16] Sur la foi de ces éléments de preuve, le juge du procès a conclu que les rédacteurs étaient déterminés à ouvrir le commerce entre les provinces, en réaction directe aux obstacles commerciaux érigés par les États-Unis d'Amérique face au sentiment

to anti-British sentiment in that country during the American Civil War. The trial judge accepted that the drafters would have been preoccupied with the continued economic prosperity of British North America after the American Civil War and that this depended on the availability of new barrier-free markets. The trial judge concluded that this motivation could be extracted from the expert's description of the political climate at the time, but also more specifically from the speeches of some of the Fathers of Confederation. On this basis, the trial judge agreed with the expert that the phrase "admitted free" in s. 121 alluded to free trade, and that, in the minds of the drafters, this meant barrier-free borders.

[17] The trial judge first concluded that the failure of the Court to consider this historical evidence and "embark on a large, liberal or progressive interpretation" of s. 121 in *Gold Seal* rendered that decision suspect: para. 116. He then concluded that the new evidence adduced at trial allowed him to depart from *Gold Seal* under the evidence-based exception to vertical *stare decisis* approved in *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101. The trial judge held, at para. 125:

What has occurred is that there has been a significant change in evidence, one that I believe has fundamentally shifted the parameters of the debate. To my knowledge, in none of the cases dealing with section 121 has there been any evidence presented to the trier of fact, or to the appellate court, addressing the issues presented before me respecting the following topics: the drafting of the *British North America Act, 1867*, the legislative history of the *Act*, the scheme of the *Act* and its legislative context. It has been the presentation of evidence on these issues that changed in a substantial way the parameters of the debate on the correct interpretation of the expression "admitted free" in section 121 of the *Constitution Act, 1867*. In my opinion, this allows this Court to proceed with its analysis and indeed mandates that it do so.

[18] After concluding that he was entitled to depart from binding precedent on the basis of the expert's evidence, the trial judge then held that this evidence of the "original purpose of the provision at issue"

anti-britannique qui régnait dans ce pays pendant la guerre de Sécession. Le juge du procès a reconnu que les rédacteurs devaient vouloir assurer la continuité de la prospérité économique de l'Amérique du Nord britannique après la guerre de Sécession, et que de nouveaux marchés libres d'obstacles commerciaux étaient essentiels à cette prospérité. Selon le juge du procès, la description que l'expert a faite du climat politique de l'époque, mais aussi, plus particulièrement, les discours prononcés par certains Pères de la Confédération, donnent à penser que telle était la motivation des rédacteurs. Ainsi, il a souscrit à l'opinion de l'expert voulant que l'expression « admis en franchise » qui figure à l'art. 121 se rapportait au libre-échange et que, dans l'esprit des rédacteurs, cela signifiait des frontières exemptes d'obstacles.

[17] Selon le juge du procès, le fait que, dans *Gold Seal*, la Cour n'ait pas tenu compte de cette preuve historique et ne se soit pas [TRADUCTION] « engagée dans une interprétation large, libérale ou progressiste » de l'art. 121 rend cette décision suspecte : par. 116. En outre, à son avis, la nouvelle preuve présentée au procès lui permettait de rompre avec l'arrêt en cause conformément à l'exception au *stare decisis* vertical fondée sur la preuve et approuvée dans *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101. Il a conclu, au par. 125 :

[TRADUCTION] Ce qui est arrivé, c'est qu'il y a eu un changement important dans la preuve, changement qui, selon moi, a changé radicalement la donne. À ma connaissance, dans aucune des affaires qui ont porté sur l'art. 121, une preuve n'a été présentée au juge des faits ou au tribunal d'appel au sujet des questions qui m'ont été soumises concernant la rédaction de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867*, l'historique législatif de l'*Acte*, son régime et son contexte législatif. C'est la présentation de la preuve sur ces questions qui a changé considérablement la donne concernant l'interprétation qu'il convient de donner à l'expression « admis en franchise » à l'art. 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. À mon avis, cela permet à notre Cour de procéder à son analyse; en fait, cela l'oblige à le faire.

[18] Après avoir conclu qu'il pouvait rompre avec le précédent qui fait autorité au vu du témoignage de l'expert, le juge du procès a statué que cette preuve de [TRADUCTION] l'« objectif original de la

is “elemental and fundamental” in the analysis and should not be “displaced” by other considerations stemming from a “long-standing misinterpretation of the intent of the Fathers of Confederation”: para. 165.

[19] The trial judge held that, given his conclusions regarding the drafters’ intent, s. 121, correctly construed, prohibits all barriers to interprovincial trade. As s. 134(b) of the *Liquor Control Act* discourages cross-border purchases and therefore limits access to extra-provincial liquor, the trial judge determined that it infringed s. 121.

[20] The Crown sought leave to appeal directly to the New Brunswick Court of Appeal, as it was authorized to do in this case by virtue of s. 116(3) of the *Provincial Offences Procedure Act*, S.N.B. 1987, c. P-22.1. The Court of Appeal dismissed the application for leave: 2016 CanLII 73665.

[21] The Crown now appeals to this Court. Although the Court of Appeal’s decision was limited to the question of leave, the substantive constitutional question is properly before this Court: *MacDonald v. City of Montreal*, [1986] 1 S.C.R. 460; *Roberge v. Bolduc*, [1991] 1 S.C.R. 374; s. 40 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26.

IV. Issues

[22] The main issue is whether s. 134(b) of the *Liquor Control Act* infringes s. 121 of the *Constitution Act, 1867*. This raises the following subsidiary issues:

- (a) Did the trial judge err in departing from binding precedent and providing his own interpretation of s. 121? and
- (b) What is the proper interpretation of s. 121?

disposition en litige » est « élémentaire et fondamentale » pour l’analyse et ne devrait pas être « écartée » par d’autres facteurs découlant d’une « fausse interprétation donnée depuis longtemps à l’intention des Pères de la Confédération » : par. 165.

[19] Pour le juge du procès, à la lumière de ses conclusions concernant l’intention des rédacteurs, l’art. 121, interprété correctement, proscrit tout obstacle au commerce interprovincial. Puisque l’al. 134b) de la *Loi sur la réglementation des alcools* vise à décourager les achats transfrontaliers et qu’il limite donc l’accès à l’alcool se trouvant dans d’autres provinces, le juge du procès a conclu qu’il contrevient à l’art. 121.

[20] Le ministère public a demandé l’autorisation d’interjeter appel directement à la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick, comme l’autorisait à le faire le par. 116(3) de la *Loi sur la procédure applicable aux infractions provinciales*, L.N.-B. 1987, c. P-22.1. La Cour d’appel a rejeté cette demande d’autorisation : 2016 CanLII 73665.

[21] Le ministère public interjette maintenant appel devant la Cour. Bien que la décision de la Cour d’appel n’a porté que sur la question de l’autorisation, la Cour est saisie à bon droit de la question constitutionnelle de fond : *MacDonald c. Ville de Montréal*, [1986] 1 R.C.S. 460; *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374; art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26.

IV. Questions

[22] La principale question en litige est celle de savoir si l’al. 134b) de la *Loi sur la réglementation des alcools* contrevient à l’art. 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cette question soulève à son tour les questions subsidiaires suivantes :

- a) Le juge du procès a-t-il eu tort de rompre avec les précédents qui font autorité et de donner sa propre interprétation à l’art. 121?
- b) Quelle interprétation convient-il de donner à l’art. 121?

V. Analysis

A. *Did the Trial Judge Err in Departing From Binding Precedent and Providing His Own Interpretation of Section 121 of the Constitution Act, 1867?*

[23] The trial judge accepted that this Court's decision in *Gold Seal* was binding authority and that, applying *Gold Seal*, s. 134(b) of the *Liquor Control Act* does not violate s. 121 of the *Constitution Act, 1867*. He went on to hold, however, that *Gold Seal* had been wrongly decided and that therefore he should not follow it.

[24] The decision of this Court in *Gold Seal* was expressly affirmed by the Judicial Committee of the Privy Council in *Atlantic Smoke Shops Ltd. v. Conlon*, [1943] 4 D.L.R. 81, at pp. 91-92, and by a majority of this Court in *Murphy v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1958] S.C.R. 626, at p. 634. It has never been overruled, although some Justices of this Court have interpreted it to apply not only to tariffs, but to tariff-like burdens on goods crossing provincial boundaries: *Murphy*, at p. 642, per Rand J.; *Reference re Agricultural Products Marketing Act*, [1978] 2 S.C.R. 1198, at p. 1268, per Laskin C.J.; *Black v. Law Society of Alberta*, [1989] 1 S.C.R. 591, at p. 609, per La Forest J.; *Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1133, at p. 1153, per La Forest J.; *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, [1998] 3 S.C.R. 157, at paras. 123 and 171, per McLachlin J. (as she then was).

[25] For the *stare decisis* issue, we need not decide between these interpretations (although we address them later in these reasons). The trial judge's reading of s. 121 — that it precludes any laws that impede goods crossing provincial boundaries — is incompatible with both interpretations.

[26] Common law courts are bound by authoritative precedent. This principle — *stare decisis* — is

V. Analyse

A. *Le juge du procès a-t-il eu tort de rompre avec les précédents qui font autorité et de donner sa propre interprétation à l'art. 121 de la Loi constitutionnelle de 1867?*

[23] Le juge du procès a reconnu que la décision de la Cour dans *Gold Seal* était un précédent qui fait autorité et que, selon cet arrêt, l'al. 134b) de la *Loi sur la réglementation des alcools* n'enfreint pas l'art. 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Il a toutefois conclu que cet arrêt était erroné et qu'il ne devait donc pas le suivre.

[24] La décision de la Cour dans *Gold Seal* a été expressément confirmée par le Comité judiciaire du Conseil privé dans l'arrêt *Atlantic Smoke Shops Ltd. c. Conlon*, [1943] 4 D.L.R. 81, p. 91-92, ainsi que par les juges majoritaires de la Cour dans *Murphy c. Canadian Pacific Railway Co.*, [1958] R.C.S. 626, p. 634. Elle n'a jamais été infirmée, bien que, selon l'interprétation de certains juges de la Cour, elle s'applique non seulement aux tarifs, mais aussi aux charges semblables à des tarifs imposées sur des biens qui traversent les frontières provinciales : *Murphy*, p. 642, le juge Rand; *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 R.C.S. 1198, p. 1268, le juge en chef Laskin; *Black c. Law Society of Alberta*, [1989] 1 R.C.S. 591, p. 609, le juge La Forest; *Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1133, p. 1153, le juge La Forest; *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157, par. 123 et 171, la juge McLachlin (maintenant juge en chef).

[25] Pour ce qui est de la question du *stare decisis*, nous n'avons pas à trancher entre ces interprétations (bien que nous les abordions plus loin). En effet, la lecture qu'a faite le juge du procès à l'art. 121 — selon laquelle ce dernier proscriit toute mesure législative entravant la circulation des biens d'une province à une autre — est incompatible avec les deux interprétations.

[26] Les tribunaux de common law sont liés par les précédents faisant autorité. Ce principe — celui

fundamental for guaranteeing certainty in the law. Subject to extraordinary exceptions, a lower court must apply the decisions of higher courts to the facts before it. This is called vertical *stare decisis*. Without this foundation, the law would be ever in flux — subject to shifting judicial whims or the introduction of new esoteric evidence by litigants dissatisfied by the status quo.

[27] The question before us is whether the trial judge erred in rejecting this Court’s precedent, which he acknowledged was binding, and re-interpreting s. 121. In doing so, he relied on one historian’s evidence of the drafters’ motivations for including s. 121 in the *Constitution Act, 1867* and that expert’s opinion of what those motivations tell us about how s. 121 should be interpreted today.

[28] The trial judge relied on one of the narrow exceptions to vertical *stare decisis* identified by this Court in *Bedford*. The respondent argues that the trial judge was entitled to do so on the basis of the expert’s evidence. The appellant demurs. We agree with the appellant.

[29] In *Bedford*, this Court held that a legal precedent “may be revisited if new legal issues are raised as a consequence of significant developments in the law, or if there is a change in the circumstances or evidence that fundamentally shifts the parameters of the debate”: para. 42. The trial judge, relying on the evidence-based exception identified in that excerpt from *Bedford*, held that the historical and opinion evidence he accepted “fundamentally shifts the parameters of the debate” over the correct interpretation of s. 121, referring to this Court’s treatment of the question in *Gold Seal*.

[30] The new evidence exception to vertical *stare decisis* is narrow: *Bedford*, at para. 44; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015]

du *stare decisis* — est fondamental pour assurer la certitude du droit. Sous réserve d’exceptions extraordinaires, une juridiction inférieure doit appliquer les décisions des juridictions supérieures aux faits dont elle est saisie. C’est ce qu’on appelle le *stare decisis* vertical. Sans ce fondement, le droit fluctuerait continuellement, selon les caprices des juges ou les nouveaux éléments de preuve ésotériques produits par des plaideurs insatisfaits du statu quo.

[27] La question dont nous sommes saisis est celle de savoir si le juge du procès a eu tort de rejeter des précédents établis par la Cour, auxquels il a reconnu être lié, et de réinterpréter l’art. 121. Ce faisant, il s’est fondé sur le témoignage d’un historien quant aux motivations des rédacteurs qui auraient justifié l’inclusion de l’art. 121 dans la *Loi constitutionnelle de 1867* et sur l’opinion de cet expert quant à ce que ces motivations nous indiquent relativement à la façon dont l’art. 121 devrait être interprété aujourd’hui.

[28] Le juge du procès s’est fondé sur une des exceptions restreintes au principe du *stare decisis* vertical que la Cour a énoncée dans *Bedford*. L’intimé soutient que le juge du procès pouvait invoquer cette exception sur le fondement du témoignage de l’expert. L’appelante affirme le contraire. Nous partageons l’avis de cette dernière.

[29] Dans *Bedford*, la Cour a affirmé qu’un précédent juridique « peut être réexaminé lorsque de nouvelles questions de droit sont soulevées par suite d’une évolution importante du droit ou qu’une modification de la situation ou de la preuve change radicalement la donne » : par. 42. Le juge du procès, invoquant l’exception fondée sur la preuve établie dans cet extrait de *Bedford*, a conclu, faisant référence au traitement de la question par la Cour dans *Gold Seal*, que la preuve historique et le témoignage d’opinion qu’il a acceptés « change[nt] radicalement la donne » à l’égard de l’interprétation qu’il convient de donner à l’art. 121.

[30] L’exception relative à la nouvelle preuve s’appliquant au principe du *stare decisis* vertical est restreinte : *Bedford*, par. 44; *Carter c. Canada (Procureur*

1 S.C.R. 331, at para. 44. We noted in *Bedford*, at para. 44, that

a lower court is not entitled to ignore binding precedent, and the threshold for revisiting a matter is not an easy one to reach. . . . This balances the need for finality and stability with the recognition that when an appropriate case arises for revisiting precedent, a lower court must be able to perform its full role.

[31] Not only is the exception narrow — the evidence must “fundamentally shif[t] the parameters of the debate” — it is not a general invitation to reconsider binding authority on the basis of *any* type of evidence. As alluded to in *Bedford* and *Carter*, evidence of a significant evolution in the foundational legislative and social facts — “facts about society at large” — is one type of evidence that can fundamentally shift the parameters of the relevant legal debate: *Bedford*, at paras. 48-49; *Carter*, at para. 47. That is, the exception has been found to be engaged where the underlying social context that framed the original legal debate is profoundly altered.

[32] In *Carter*, for example, new evidence about the harms associated with prohibiting assisted death, public attitudes toward assisted death, and measures that can be put in place to limit risk was relevant. This evidence was unknowable or not pertinent, given the existing legal framework, when *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, was decided. These new legislative and social facts did not simply provide an alternate answer to the question posed in *Rodriguez*. Instead, the new evidence fundamentally shifted how the Court could assess the nature of the competing interests at issue.

[33] This focus on shifting legislative and social facts is conceptually linked to Lord Sankey’s famous “living tree” metaphor, which acknowledges that interpretations of the *Constitution Act, 1867* evolve

général), 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331, par. 44. Dans *Bedford*, nous avons souligné ce qui suit au par. 44 :

. . . la juridiction inférieure ne peut faire abstraction d’un précédent qui fait autorité, et la barre est haute lorsqu’il s’agit de justifier le réexamen d’un précédent. [. . .] Cette approche met en balance les impératifs que sont le caractère définitif et la stabilité avec la reconnaissance du fait qu’une juridiction inférieure doit pouvoir exercer pleinement sa fonction lorsqu’elle est aux prises avec une situation où il convient de revoir un précédent.

[31] Non seulement l’exception est-elle restreinte — la preuve doit « change[r] radicalement la donne » —, mais il ne s’agit pas d’une invitation générale à réexaminer les précédents qui font autorité sur le fondement de *n’importe quel* type de preuve. Comme le laisse entendre les arrêts *Bedford* et *Carter*, la preuve d’une évolution importante des faits législatifs et sociaux fondamentaux — « qui intéressent la société en général » — constitue un type de preuve qui peut radicalement changer la donne dans le débat juridique visé : *Bedford*, par. 48-49; *Carter*, par. 47. Ainsi, il a été jugé que l’exception s’applique lorsque le contexte social sous-jacent qui encadrait le débat juridique original examiné a profondément changé.

[32] Dans *Carter*, par exemple, de nouveaux éléments de preuve relatifs aux préjudices associés à l’interdiction de l’aide médicale à mourir, aux attitudes du public envers cette aide et aux mesures qui peuvent être mises en place pour limiter le risque étaient pertinents. Compte tenu du cadre juridique qui existait alors, il était impossible de connaître cette preuve, ou alors celle-ci n’était pas pertinente, au moment où l’arrêt *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, a été rendu. Ces nouveaux faits législatifs et sociaux n’ont pas simplement fourni une autre réponse à la question posée dans *Rodriguez*. Ils ont plutôt changé radicalement la donne quant à la façon dont la Cour pouvait évaluer la nature des intérêts opposés en jeu.

[33] Mettre ainsi l’accent sur la mutation des faits législatifs et sociaux est lié sur le plan conceptuel à la célèbre métaphore de l’« arbre vivant » de Lord Sankey, qui reconnaît que les interprétations de la

over time, given shifts in the relevant legislative and social context: *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] 1 D.L.R. 98 (P.C.), at pp. 106-7. In *Edwards*, both legal and social changes that had opened the door to women's increased integration into public life after Confederation confirmed that it was no longer appropriate to read the term "person" in the impugned constitutional provision as anything other than its plain gender-neutral meaning: pp. 110-12.

[34] To reiterate: departing from vertical *stare decisis* on the basis of new evidence is not a question of disagreement or interpretation. For a binding precedent from a higher court to be cast aside on the basis of new evidence, the new evidence must "fundamentally shif[t]" how jurists understand the legal question at issue. It is not enough to find that an alternate perspective on existing evidence might change how jurists would answer the same legal question.

[35] This high threshold was not met in this case.

[36] The trial judge accepted the expert's evidence in question on two points — one of history, the other of law. He accepted (1) the expert's description of the drafters' motivations for including s. 121 in the *Constitution Act, 1867*, and (2) the expert's opinion that those motivations drive how s. 121 is to be interpreted. Neither class of evidence constitutes evidence, for example, of evolving legislative and social facts; the evidence is simply a description of historical information and one expert's assessment of that information. This does not evince a profound change in social circumstances from the time *Gold Seal* was decided. It is evidence of one perspective of events that occurred decades before the Gold Seal company brought its case to the courts and a century before this Court's discussion of s. 121 in *Murphy*. Historical evidence can be helpful for interpreting constitutional texts: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*,

Loi constitutionnelle de 1867 évoluent au fil du temps, compte tenu des changements qui surviennent dans les contextes législatifs et sociaux pertinents : *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] 1 D.L.R. 98 (C.P.), p. 106-107. Dans cet arrêt, les changements juridiques et sociaux qui avaient ouvert la porte à l'intégration accrue des femmes à la vie publique après la création de la Confédération ont confirmé qu'il ne convenait plus de donner au mot « personne » figurant dans la disposition constitutionnelle contestée un sens autre qu'un sens neutre sur le plan du genre : p. 110-112.

[34] Il convient de rappeler qu'on ne peut déroger au principe du *stare decisis* vertical sur le fondement de nouveaux éléments de preuve en raison d'un désaccord ou d'une interprétation différente. Pour qu'un précédent contraignant d'une juridiction supérieure puisse être écarté sur le fondement de nouveaux éléments de preuve, ces derniers doivent « change[r] radicalement la donne » pour ce qui est de la façon dont les juristes comprennent la question juridique en jeu. Il ne suffit pas de conclure qu'une perspective différente sur la preuve existante pourrait changer la réponse des juristes à la même question juridique.

[35] En l'espèce, ce seuil exigeant n'a pas été atteint.

[36] Le juge du procès a accepté la preuve de l'expert en cause sur deux points — l'histoire et le droit. Il a accepté (1) la description qu'a donnée cet expert quant aux motivations des rédacteurs à l'appui de l'inclusion de l'art. 121 dans la *Loi constitutionnelle de 1867*, et (2) son opinion selon laquelle ces motivations indiquent la façon dont l'art. 121 doit être interprété. Or, aucun de ces types de preuve ne constitue une preuve, par exemple, de l'évolution des faits législatifs et sociaux; il s'agit simplement d'une description de renseignements historiques et de l'évaluation de ces renseignements par un expert. Cette preuve ne démontre pas qu'un changement profond des circonstances sociales est survenu depuis l'époque où l'arrêt *Gold Seal* a été rendu. C'est la preuve d'un point de vue quant à des événements qui ont eu lieu des décennies avant que la compagnie Gold Seal soumette son dossier aux tribunaux

[1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344; *R. v. Blais*, 2003 SCC 44, [2003] 2 S.C.R. 236. However, a re-discovery or re-assessment of historical events is not evidence of social change.

[37] Because the historical evidence accepted by the trial judge is not evidence of changing legislative and social facts or some other fundamental change, it cannot justify departing from vertical *stare decisis*. Differing interpretations of history do not fundamentally shift the parameters of the legal debate in this case. While one's particular collection of historical facts or one's view of that historical evidence may push in favour of a statutory interpretation different from that in a prior decision, the mere existence of that evidence does not permit the judge to depart from binding precedent.

[38] The trial judge held otherwise. He concluded that this Court in *Gold Seal* did not conduct a broad and purposive interpretation of the provision — the approach established by *Edwards* about a decade after *Gold Seal* was decided. He went on to conclude that this gap meant that the expert's "new" evidence of historical context could open the door to a re-interpretation: paras. 42 and 116.

[39] Although it is true that *Gold Seal* was decided prior to *Edwards* and was arguably interpreted under a different rubric than constitutional provisions under the shadow of the living tree, it does not follow that the historical evidence permitted the trial judge to bypass an existing binding interpretation on the basis of a new understanding of the legislative context and history. First, *Atlantic Smoke Shops* and *Murphy*, which applied *Gold Seal*, were decided after *Edwards*. Second, the trial judge's interpretation was limited entirely to the words and context of the provision in light of the historical evidence. This methodology does not conform to the purposive approach to constitutional interpretation that has grown out of *Edwards* and decades of subsequent

et un siècle avant que la Cour ne traite de l'art. 121 dans *Murphy*. La preuve historique peut être utile à l'interprétation des textes constitutionnels : *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344; *R. c. Blais*, 2003 CSC 44, [2003] 2 R.C.S. 236. Une redécouverte ou un nouvel examen d'événements historiques ne constitue toutefois pas une preuve de changement social.

[37] Puisque la preuve historique acceptée par le juge du procès n'est pas une preuve que les faits législatifs et sociaux ont changé ou qu'un autre changement fondamental est survenu, elle ne peut justifier la dérogation au principe du *stare decisis* vertical. Les interprétations divergentes de l'histoire ne changent pas radicalement la donne en l'espèce. Bien que la description particulière de faits historiques ou la perspective de quiconque à l'égard de cette preuve puisse militer pour une interprétation législative différente de celle adoptée dans une décision antérieure, la simple existence de cette preuve ne permet pas au juge de rompre avec un précédent qui fait autorité.

[38] Le juge du procès en a conclu autrement. Il a statué que, dans *Gold Seal*, la Cour n'avait pas réalisé une interprétation large et téléologique de la disposition, et qu'elle n'avait donc pas appliqué l'approche établie dans *Edwards* environ une décennie après que l'arrêt *Gold Seal* a été rendu. Pour lui, cette lacune signifiait que la « nouvelle » preuve de l'expert quant au contexte historique pouvait ouvrir la porte à une nouvelle interprétation : par. 42 et 116.

[39] Il est vrai que l'arrêt *Gold Seal* a été rendu avant *Edwards*, et qu'il a sans doute été interprété selon un angle différent de celui adopté pour interpréter les dispositions constitutionnelles sous l'influence de la théorie de l'arbre vivant. Cela ne signifie pas pour autant que la preuve historique permettait au juge du procès de contourner une interprétation contraignante existante sur le fondement d'une nouvelle interprétation du contexte législatif et de l'histoire. Premièrement, les arrêts *Atlantic Smoke Shops* et *Murphy*, dans lesquels *Gold Seal* a été appliqué, ont été rendus après *Edwards*. Deuxièmement, l'interprétation du juge du procès a porté uniquement sur les mots et le contexte de la disposition à la lumière de la preuve historique. Or, cette méthode ne

jurisprudence: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at pp. 155-56; *Big M Drug Mart*, at p. 344; *Reference re Same-Sex Marriage*, 2004 SCC 79, [2004] 3 S.C.R. 698, at paras. 29-30; *Reference re Employment Insurance Act (Can.)*, ss. 22 and 23, 2005 SCC 56, [2005] 2 S.C.R. 669, at para. 9; *Reference re Supreme Court Act*, ss. 5 and 6, 2014 SCC 21, [2014] 1 S.C.R. 433, at para. 19.

[40] In addition to the historical evidence of the founders' intentions, the trial judge also relied on the expert's opinion of the correct interpretation of s. 121. This reliance was erroneous. As a preliminary observation, it is difficult if not impossible to contemplate a situation where evidence on domestic law (e.g. interpreting a Canadian statute) would ever be admissible as expert opinion evidence under *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9. The application of contextual factors, including drafters' intent, to the interpretation of a statutory provision is not something that is "outside the experience and knowledge of a judge": *Mohan*, at p. 23. To depart from precedent on the basis of such opinion evidence is to cede the judge's primary task to an expert.

[41] More to the point in the present matter: to rely on such evidence to rebut vertical *stare decisis* is to substitute one expert's opinion on domestic law for that expressed by appellate courts in binding judgments. This would introduce the very instability in the law that the principle of *stare decisis* aims to avoid. This is precisely why the exceptions provided in *Bedford* and *Carter* are narrow. If a constitutional provision could be reinterpreted by a lower court whenever a litigant finds an expert with an alternate interpretation, the common law system would be left in disarray. This is not what *Bedford* and *Carter* teach. The approach to *stare decisis* is strict. *Bedford* and *Carter* do not alter that principle.

cadre pas avec l'approche téléologique applicable à l'interprétation constitutionnelle qui a découlé de l'arrêt *Edwards* et de la jurisprudence qui a suivi pendant des décennies : *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 155-156; *Big M Drug Mart*, p. 344; *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79, [2004] 3 R.C.S. 698, par. 29-30; *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.)*, art. 22 et 23, 2005 CSC 56, [2005] 2 R.C.S. 669, par. 9; *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, art. 5 et 6, 2014 CSC 21, [2014] 1 R.C.S. 433, par. 19.

[40] En plus de s'être fondé sur la preuve historique des intentions des fondateurs, le juge du procès s'est appuyé sur l'opinion de l'expert concernant l'interprétation qu'il convient de donner à l'art. 121. Ce faisant, il a commis une erreur. À titre préliminaire, disons qu'il est difficile, voire impossible, d'imaginer une situation où des éléments de preuve sur le droit interne (p. ex. l'interprétation d'une loi canadienne) pourraient être admissibles à titre d'opinion d'expert sur le fondement de l'arrêt *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9. L'application de facteurs contextuels, y compris l'intention des rédacteurs, à l'interprétation d'une disposition législative n'est pas quelque chose qui « dépasse [...] l'expérience et la connaissance d'un juge » : *Mohan*, p. 23. Déroger à un précédent sur le fondement d'une telle preuve d'opinion revient à céder la principale tâche du juge à un expert.

[41] Plus précisément, en l'espèce, se fonder sur une telle preuve pour réfuter le *stare decisis* vertical revient à substituer l'opinion de l'expert sur le droit interne à celle exprimée par les tribunaux d'appel dans des jugements qui font autorité. Une telle approche entraînerait l'instabilité du droit, ce que le principe de *stare decisis* vertical vise spécifiquement à éviter. C'est précisément la raison pour laquelle les exceptions définies dans *Bedford* et dans *Carter* sont restreintes. Si une juridiction inférieure pouvait réinterpréter une disposition constitutionnelle chaque fois qu'une partie à un litige soumet une interprétation différente avancée par un expert, le système de common law sombrerait dans le chaos. Ce n'est pas ce qu'enseignent les arrêts *Bedford* et *Carter*. L'approche relative au principe du *stare decisis* est stricte. Les arrêts *Bedford* et *Carter* ne changent pas ce principe.

[42] Moreover, a difference in opinion about the interpretation of a statutory provision does not evince a fundamental shift in the parameters of the debate. The debate and its parameters remain unchanged. The only change is the answer provided.

[43] The trial judge erred in departing from binding precedent on the basis of the historical evidence and the expert's opinion of how that evidence should inform the interpretation of s. 121. Neither is new evidence that meets the threshold of fundamentally shifting the parameters of the debate about how to interpret s. 121. The historical evidence is one non-dispositive ingredient in the multi-faceted statutory interpretation exercise. The opinion evidence is simply one unique articulation of an alternate resolution flowing out of a particular appreciation of those ingredients — the recipe remains the same.

B. *What Is the Proper Interpretation of Section 121?*

[44] The trial judge refused to apply binding precedent and instead adopted a different conclusion on the basis of an expert witness' evidence about the intention of the founding fathers at the time of Confederation and the impact of that intention on how we are to understand s. 121. As just discussed, he erred in doing this. The appeal could be allowed on this ground alone.

[45] However, this Court has been invited to offer guidance on the scope of s. 121. We take up this invitation in this section. First, we lay out the competing interpretations of s. 121. Then, we consider these competing interpretations of s. 121 in light of its text, its historical context, its legislative context, and the principles that guide the interpretation of constitutional provisions in the federal-provincial context. Finally, we consider the existing jurisprudence and how it accords with our purposive interpretation of s. 121 in the aim of defining the ambit of the prohibition provided in s. 121.

[42] De plus, une différence d'opinions concernant l'interprétation d'une disposition législative ne fait pas la preuve d'un changement radical de la donne. Le débat et ses paramètres demeurent les mêmes. Seule change la réponse donnée.

[43] Le juge du procès a eu tort de déroger aux précédents qui font autorité sur le fondement de la preuve historique et de l'opinion de l'expert concernant la façon dont cette preuve devrait guider l'interprétation de l'art. 121. Aucun de ces nouveaux éléments de preuve n'atteint le seuil requis, soit de changer radicalement la donne concernant l'interprétation que doit recevoir l'art. 121. La preuve historique constitue un ingrédient non décisif de la démarche d'interprétation législative à multiples facettes. Le témoignage d'opinion n'est qu'une formulation d'une solution différente découlant d'une appréciation particulière de ces ingrédients — la recette reste la même.

B. *Quelle est l'interprétation qu'il convient de donner à l'art. 121?*

[44] Le juge du procès a refusé d'appliquer les précédents qui font autorité et a plutôt adopté une conclusion différente sur le fondement du témoignage d'un expert concernant l'intention des rédacteurs de la Constitution au moment de la création de la Confédération et des répercussions de cette intention sur la façon dont nous devrions comprendre l'art. 121. Comme nous venons de le voir, il a eu tort de le faire. Pour ce seul motif, le pourvoi pourrait être accueilli.

[45] La Cour a toutefois été invitée à donner des indications sur la portée de l'art. 121. Nous répondons à cette invitation dans la présente section de nos motifs. D'abord, nous exposerons les interprétations divergentes de l'art. 121. Ensuite, nous examinerons ces interprétations compte tenu du libellé de cette disposition, de ses contextes historique et législatif et des principes qui guident l'interprétation des dispositions constitutionnelles dans le contexte fédéral-provincial. Enfin, nous examinerons la jurisprudence actuelle et la façon dont elle s'accorde avec notre interprétation téléologique de l'art. 121, dans le but de définir la portée de l'interdiction prévue par ce dernier.

(1) “Admitted Free”: the Competing Interpretations

[46] Section 121 of the *Constitution Act, 1867*, provides:

All Articles of the Growth, Produce, or Manufacture of any one of the Provinces shall, from and after the Union, be admitted free into each of the other Provinces.

[47] Section 121 is found in Part VIII of the *Constitution Act, 1867*, which deals with how revenues, debts, property, and fiscal authority were to be transferred between existing legislatures and the new federal government upon Confederation. The scheme specifically provides for the power to levy border tariffs to be transferred from the former colonies to the new Dominion, as described in ss. 122 and 123.

[48] The appellant Crown submits that “admitted free” in s. 121 should be read as prohibiting laws that, like tariffs, place burdens *on the price of goods crossing interprovincial boundaries*. There are two versions of this position, one slightly broader than the other, which we will discuss in due course. At this point it suffices to note that on either version, Mr. Comeau would not succeed. Even on the second broader version of this position — that s. 121 prohibits laws that in essence and purpose impede the passage of goods across provincial borders (see *Murphy*, per Rand J.) — s. 134(b) would stand, because it is part of a comprehensive scheme to control liquor in the province of New Brunswick and is not directed to impeding interprovincial trade in both essence and purpose.

[49] Mr. Comeau does not quibble about the fine points of precisely what kind of charge or burden is

(1) « Admis en franchise » — interprétations divergentes

[46] L’article 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867* dispose :

Tous articles du crû, de la provenance ou manufacture d’aucune des provinces seront, à dater de l’union, admis en franchise dans chacune des autres provinces.

[47] Cette disposition se trouve dans la partie VIII de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui porte sur la façon dont les revenus, les dettes, les propriétés et les autorités fiscales devaient être répartis entre les corps législatifs existants et le nouveau gouvernement fédéral une fois la Confédération créée. Le régime prévoit expressément que le pouvoir de percevoir des tarifs douaniers allait être transféré des anciennes colonies au nouveau Dominion, conformément aux art. 122 et 123.

[48] Selon le ministère public appelant, l’expression « admis en franchise » utilisée à l’art. 121 devrait être interprétée comme proscrivant les mesures législatives qui, comme les tarifs, imposent des charges *sur le prix des biens qui traversent les frontières interprovinciales*. Il existe deux versions de cette position, une légèrement plus large que l’autre, que nous aborderons plus loin. Pour le moment, il suffit de noter que, peu importe la version, M. Comeau n’obtiendrait pas gain de cause. Même selon la deuxième interprétation plus large de cette position — soit que l’art. 121 proscrit les mesures législatives qui, de par leur essence et leur objet¹, entravent la circulation des biens d’une province à une autre (voir *Murphy*, le juge Rand) —, l’al. 134(b) demeurerait valide, parce qu’il fait partie d’un régime complet de réglementation de l’alcool dans la province du Nouveau-Brunswick et ne vise pas, de par son essence et son objet, à entraver le commerce interprovincial.

[49] M. Comeau ne tatillonne pas sur les détails quant au type précis de frais ou de charge qui est

¹ Dans le contexte de l’interprétation de l’art. 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, la Cour a rendu antérieurement l’expression anglaise « *in essence and purpose* » par « dans sa nature ou son but » et par « en droit et en fait ». Dorénavant, par souci d’exactitude et d’uniformité, c’est l’expression « de par son essence et son objet » qui sera utilisée dans la version française des jugements.

caught by s. 121 on the basis of the jurisprudence. He advances a new and much more radical proposition — that “admitted free” in s. 121 means that provincial laws cannot do anything that impedes, or makes more difficult, the flow of goods across provincial borders, directly or indirectly. In his view, s. 134(b) of the *Liquor Control Act* impedes the flow of goods across the New Brunswick border by prohibiting New Brunswickers from stocking liquor from other provinces at home. Therefore, it violates s. 121 of the *Constitution Act, 1867*.

[50] Mr. Comeau essentially contends that s. 121 is a “free trade” provision that bars any impediment to interprovincial commerce. The purpose of s. 121, he says, was to foster the full unimpeded economic integration of the new federation.

[51] The implications of these competing interpretations of s. 121 of the *Constitution Act, 1867* are significant. If Mr. Comeau’s broad interpretation of s. 121 is correct, federal and provincial legislative schemes of many types — environmental, health, commercial, social — may be invalid. If a narrower interpretation is correct, the legal force of s. 121 is circumscribed to tariffs, or their functional equivalents.

[52] The modern approach to statutory interpretation provides our guide for determining how “admitted free” should be interpreted. The text of the provision must be read harmoniously with the context and purpose of the statute: R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at §2.6. Constitutional provisions must be “placed in [their] proper linguistic, philosophic and historical contexts”: *Big M Drug Mart*, at p. 344. Constitutional texts must be interpreted in a broad and purposive manner: *Hunter*, at pp. 155-56; *Big M Drug Mart*, at p. 344; *Reference re Supreme Court Act*, at para. 19. Constitutional texts must also be interpreted in a manner that is sensitive to evolving circumstances because they “must continually adapt to cover new realities”: *Reference re Same-Sex*

visé par l’art. 121 selon la jurisprudence. Il avance une nouvelle proposition beaucoup plus radicale, soit que l’expression « admis en franchise » utilisée à l’art. 121 signifie que les lois provinciales ne peuvent d’aucune façon entraver, ou compliquer, la circulation des biens d’une province à une autre, directement ou indirectement. À son avis, l’al. 134b) de la *Loi sur la réglementation des alcools* entrave le libre passage des biens à la frontière du Nouveau-Brunswick en interdisant aux Néo-Brunswickois de faire des provisions chez eux d’alcool provenant d’autres provinces. Par conséquent, il contreviendrait à l’art. 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[50] M. Comeau prétend essentiellement que l’art. 121 est une disposition de « libre-échange » qui proscrit toute entrave au commerce interprovincial. Selon lui, l’objet de l’art. 121 était de favoriser l’intégration économique intégrale sans entrave de la nouvelle fédération.

[51] Les répercussions de ces interprétations divergentes de l’art. 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867* sont considérables. Si l’interprétation large que préconise M. Comeau est celle qui convient, des régimes législatifs fédéraux et provinciaux dans de nombreux domaines — environnement, santé, commerce, politiques sociales — pourraient être invalides. Si c’est une interprétation plus étroite qui convient, l’effet juridique de l’art. 121 se limite aux tarifs, ou à ses équivalents fonctionnels.

[52] La méthode moderne d’interprétation législative nous fournit les paramètres pour décider de quelle façon l’expression « admis en franchise » devrait être interprétée. Selon R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6^e éd. 2014), §2.6, le texte de la disposition doit être interprété d’une manière qui s’accorde avec le contexte et l’objet de la loi. Les dispositions constitutionnelles doivent être « située[s] dans [leurs] contextes linguistique, philosophique et historique appropriés » : *Big M Drug Mart*, p. 344. Les textes constitutionnels doivent être interprétés généreusement en fonction de leur objet : *Hunter*, p. 155-156; *Big M Drug Mart*, p. 344; *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, par. 19. Ils doivent également être interprétés d’une façon qui tient compte de l’évolution des circonstances

Marriage, at para. 30; see also *Reference re Employment Insurance Act*, at para. 9. This is the living tree doctrine: *Edwards*, at pp. 106-7. Finally, the underlying organizational principles of the constitutional texts, like federalism, may be relevant to their interpretation: *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at para. 32; *Reference re Senate Reform*, 2014 SCC 32, [2014] 1 S.C.R. 704, at para. 25; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721.

[53] Applying this framework to s. 121 of the *Constitution Act, 1867*, we conclude — as detailed below — that the interpretation of “admitted free” proposed by Mr. Comeau should be rejected. Section 121 does not impose absolute free trade across Canada. We further conclude that s. 121 prohibits governments from levying tariffs or tariff-like measures (measures that in essence and purpose burden the passage of goods across a provincial border); but, s. 121 does not prohibit governments from adopting laws and regulatory schemes directed to other goals that have incidental effects on the passage of goods across provincial borders.

(2) Text

[54] The introductory words of s. 121 of the *Constitution Act, 1867* are broad; the phrase “All Articles of Growth, Produce, or Manufacture of any one of the Provinces” comprehensively covers all articles of trade of Canadian origin. (We need not decide in this case whether s. 121 applies to articles coming into Canada and then moved around the country.) This text on its own does not answer the question of how “admitted free” should be interpreted. That phrase remains ambiguous, and falls to be interpreted on the basis of the historical, legislative and constitutional contexts.

puisqu’ils « doi[vent] être continuellement adapté[s] à de nouvelles réalités » : *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, par. 30; voir aussi *Renvoi relatif à la Loi sur l’assurance-emploi*, par. 9. Il s’agit de la doctrine de l’arbre vivant : *Edwards*, p. 106-107. Enfin, les principes organisationnels sous-jacents des textes constitutionnels, comme le fédéralisme, peuvent être utiles à leur interprétation : *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 32; *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, 2014 CSC 32, [2014] 1 R.C.S. 704, par. 25; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721.

[53] Appliquant ce cadre d’analyse à l’art. 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, nous concluons — comme nous l’expliquerons plus loin — que l’interprétation de l’expression « admis en franchise » proposée par M. Comeau doit être rejetée. L’article 121 n’impose pas de libre-échange absolu dans l’ensemble du Canada. Nous concluons aussi que cette disposition interdit aux gouvernements de percevoir des tarifs ou de mettre en place des mesures semblables (qui entraveraient de par leur essence et leur objet la circulation de biens d’une province à une autre), mais qu’elle n’interdit pas aux gouvernements d’adopter des mesures législatives et des régimes de réglementation visant d’autres objectifs et qui ont des effets accessoires sur la circulation des biens d’une province à une autre.

(2) Texte

[54] Les premiers mots de l’art. 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867* sont généraux; l’expression « Tous articles du crû, de la provenance ou manufacture d’aucune des provinces » vise tous les articles du commerce d’origine canadienne, de façon exhaustive. (Nous n’avons pas à décider en l’espèce si l’art. 121 s’applique aux articles importés au Canada et qui circulent ensuite à l’intérieur des frontières.) Ce texte, pris isolément, ne répond toutefois pas à la question de savoir comment l’expression « admis en franchise » doit être interprétée. Elle demeure ambiguë, et il convient de l’interpréter en fonction des contextes historique, législatif et constitutionnel.

(3) Historical Context

[55] Historical circumstances surrounding the adoption of s. 121 form part of the contextual interpretation of the provision. Historical evidence serves to put a provision in its “proper linguistic, philosophical and historical context[t]”: *Big M Drug Mart*, at p. 344. Evidence of the intent of the drafters for the purpose of interpreting constitutional texts is not conclusive: *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432, at paras. 61-62; *Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, 2016 SCC 12, [2016] 1 S.C.R. 99, at para. 44.

[56] For our purposes, the relevant historical context can be summarized as follows. Economic issues were among the most important drivers of Confederation — the union in the Dominion of Canada of certain colonies of the Maritimes and the Province of Canada. The economies of the colonies were driven by resource exports.

[57] For a long period, England was a predictable and lucrative market for these colonial exports. However, by 1850, British preferences for Canadian exports had declined: J. H. Perry, *Taxes, tariffs, & subsidies: A history of Canadian fiscal development* (1955), at p. 24.

[58] Loss of British markets provoked two developments. First, Lord Elgin, Governor General of the Province of Canada (now Ontario and Quebec) was pushed to negotiate a trade agreement between British North America and the United States of America. The result was the 1854 *Reciprocity Treaty*, 10 Stat. 1089, which opened new markets for Canadian exports that mimicked the provinces’ earlier access to British demand: Perry, at p. 25. Under the Treaty, prescribed products flowed across the international border free from customs duties.

[59] Second, the colonies began negotiating reciprocal trade agreements with each other. Many of these arrangements meant “substantial freedom

(3) Contexte historique

[55] Les circonstances historiques dans lesquelles l’art. 121 a été adopté font partie de l’interprétation contextuelle de la disposition. La preuve historique sert à situer une disposition dans ses « contextes linguistique, philosophique et historique appropriés » : *Big M Drug Mart*, p. 344. Aux fins d’interprétation des textes constitutionnels, la preuve de l’intention des rédacteurs n’est toutefois pas concluante : *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432, par. 61-62; *Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 CSC 12, [2016] 1 R.C.S. 99, par. 44.

[56] Pour les besoins du présent pourvoi, le contexte historique pertinent peut être résumé de la façon suivante. Les questions de nature économique faisaient partie des plus importants moteurs de la Confédération — l’union de certaines colonies des Maritimes et de la province du Canada pour former le Dominion du Canada. Les économies des colonies reposaient sur les exportations de ressources.

[57] Pendant longtemps, l’Angleterre a représenté un marché prévisible et lucratif pour ces exportations des colonies. Cependant, en 1850, la préférence des Britanniques pour les exportations canadiennes était en baisse : J. H. Perry, *Taxes, tariffs, & subsidies : A history of Canadian fiscal development* (1955), p. 24.

[58] La perte des marchés britanniques a entraîné deux conséquences. D’abord, lord Elgin, gouverneur général de la province du Canada (maintenant l’Ontario et le Québec) a été poussé à négocier une entente commerciale entre l’Amérique du Nord britannique et les États-Unis d’Amérique, ce qui a donné lieu en 1854 au *Reciprocity Treaty*, 10 Stat. 1089 (« *Traité de réciprocité* »). Celui-ci prévoyait l’ouverture de nouveaux marchés pour les exportations canadiennes, à l’image de l’accès au marché britannique dont bénéficiaient auparavant les provinces : Perry, p. 25. Selon le *Traité de réciprocité*, les produits visés circulaient d’un pays à l’autre sans que des droits de douane soient imposés.

[59] Ensuite, les colonies ont commencé à négocier des accords commerciaux réciproques entre elles. Bon nombre de ces accords avaient pour

from duty” for interprovincial “natural” imports: Perry, at p. 25.

[60] For a while, the economies of the colonies developed with the aid of reciprocity with the United States and the other intercolonial agreements. However, in 1866 the United States abrogated the *Reciprocity Treaty*. Once again the colonies found themselves cut off from an accessible and profitable market for their exports. Forced to look for a new solution, they plotted their continued economic growth by looking to increased economic integration.

[61] However, that integration faced a roadblock: the colonies’ general power to impose tariffs like customs duties and other burdens on goods crossing borders for the purpose of generating revenues. The pre-Confederation colonies could not rely solely on exports. By the early 1850s, the colonies had considerable autonomy over tariffs, particularly for manufactured goods. They controlled their own tariff-based income-generating activities, which were important revenue-generating measures: Perry, at pp. 26-28; J. A. McLean, *Essays in the Financial History of Canada* (1894), at pp. 33-34.

[62] These regional tariff powers were incompatible with economic integration. To achieve economic union, the framers agreed that individual provinces needed to relinquish their tariff powers. As this Court stated in *Black*, at pp. 608-9, per La Forest J.:

The attainment of economic integration occupied a place of central importance in the scheme. “It was an enterprise which was consciously adopted and deliberately put into execution.”: [D. Creighton, *British North America Act at Confederation: A Study Prepared for the Royal Commission on Dominion-Provincial Relations* (1939)]; see also *Lawson v. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, [1931] S.C.R. 357, at p. 373. The creation

conséquence que les importations interprovinciales de produits [TRADUCTION] « naturels » étaient « en grande partie exemptes de droits de douane » : Perry, p. 25.

[60] Pendant un certain temps, les économies des colonies se sont épanouies grâce à la réciprocité avec les États-Unis et à d’autres accords conclus entre elles. Cependant, en 1866, les États-Unis ont aboli le *Traité de réciprocité*. Encore une fois, les colonies se sont retrouvées coupées d’un marché accessible et profitable pour leurs exportations. Forcées de trouver une nouvelle solution, elles ont cherché à poursuivre leur croissance économique en se tournant vers une intégration économique accrue.

[61] Cette intégration s’est toutefois heurtée à un obstacle : le pouvoir général des colonies d’imposer des tarifs semblables à des droits de douane et d’autres charges sur les biens qui franchisaient les frontières en vue de la production de recettes. Avant la création de la Confédération, les colonies ne pouvaient pas dépendre uniquement des exportations. Au début des années 1850, elles jouissaient d’une autonomie considérable à l’égard des tarifs, notamment quant aux biens manufacturés. Elles dirigeaient leurs propres activités génératrices de revenus fondées sur les tarifs qui constituaient d’importantes mesures génératrices de recettes : Perry, p. 26-28; J. A. McLean, *Essays in the Financial History of Canada* (1894), p. 33-34.

[62] Ces pouvoirs régionaux en matière de tarifs étaient incompatibles avec l’intégration économique. Pour que cette union se réalise, les auteurs de la Constitution ont reconnu que chaque province devait renoncer à son pouvoir en cette matière. Comme l’a affirmé la Cour sous la plume du juge La Forest dans *Black*, p. 609 :

La réalisation d’une intégration économique occupait une place de premier plan dans le programme. [TRADUCTION] « Il s’agissait d’une initiative adoptée consciemment et mise en œuvre volontairement. » : [D. Creighton, *British North America Act at Confederation: A Study Prepared for the Royal Commission on Dominion-Provincial Relations* (1939)]; voir également l’arrêt *Lawson v. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, [1931] R.C.S. 357,

of a central government, the trade and commerce power, s. 121 and the building of a transcontinental railway were expected to help forge this economic union. The concept of Canada as a single country comprising what one would now call a common market was basic to the Confederation arrangements and the drafters of the *British North America Act* attempted to pull down the existing internal barriers that restricted movement within the country.

Section 121 of the *Constitution Act, 1867*, was one of the pillars of the Confederation scheme for achieving the economic union sought by the Fathers of Confederation.

[63] Excerpts from speeches given by political leaders at the time of Confederation provide a sense of their vision of economic union as the new nation was forged. In some passages, leaders refer to abolishing customs houses that existed on provincial boundaries pre-Confederation: trial reasons, at paras. 97-98. Other passages, however, indicate concern for impediments on interprovincial trade beyond formal tariffs: trial reasons, at para. 93. Still other passages refer more generally to unencumbered trade across boundaries: trial reasons, at paras. 92, 96 and 100.

[64] The framers of the Constitution were familiar with tariffs and charges on goods crossing borders. But, in drafting s. 121, they chose the broad phrase “admitted free” rather than a narrower phrase like “free from tariffs”. We do not know why they chose this broader, and arguably ambiguous, phrase. We do know there were debates on the issue, and those that wanted a more expansive term than “tariffs” or “customs duties” won the day.

[65] What light does this history shed on the question that divides Mr. Comeau and the Crown? Was s. 121 conceived to eradicate *all* impediments on trade at provincial borders, direct and indirect, as

à la p. 373. La création d’un gouvernement central, le pouvoir en matière d’échanges et de commerce, l’art. 121 et la construction d’un chemin de fer transcontinental devaient permettre de réaliser cette union économique. L’idée d’un Canada formant un seul pays comportant ce que l’on appellerait aujourd’hui un marché commun était fondamentale aux arrangements de la Confédération et les rédacteurs de l’*Acte de l’Amérique du Nord britannique* ont tenté de supprimer les barrières internes existantes qui limitaient les déplacements à l’intérieur du pays.

L’article 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867* constituait l’un des piliers du pacte confédératif qui permettrait de réaliser l’union économique recherchée par les Pères de la Confédération.

[63] Des extraits de discours prononcés par des dirigeants politiques à l’époque de la création de la Confédération nous aident à comprendre leur vision de l’union économique au moment où la nouvelle nation est née. Dans certains passages, les dirigeants parlent de l’abolition des bureaux de douane qui existaient aux frontières provinciales avant la Confédération : motifs de première instance, par. 97-98. Dans d’autres passages, ils se disent par ailleurs préoccupés par les obstacles au commerce interprovincial autres que les tarifs officiels : motifs de première instance, par. 93. D’autres extraits enfin abordent de façon plus générale le commerce sans entraves par-delà les frontières : motifs de première instance, par. 92, 96 et 100.

[64] Les auteurs de la Constitution étaient bien au fait des tarifs et des charges imposés sur les biens qui circulaient d’une province à une autre. Cependant, lorsqu’ils ont rédigé l’art. 121, ils ont choisi l’expression générale « admis en franchise » plutôt qu’une expression plus restreinte comme « libres de tout tarif ». Nous ignorons pourquoi ils ont choisi cette expression plus large et, dans une certaine mesure, ambiguë. Nous savons que ces questions ont suscité des débats, et que ce sont ceux qui voulaient une expression plus large que « tarifs » ou « droits de douane » qui l’ont emporté.

[65] Quel éclairage ces éléments historiques donnent-ils à la question qui oppose M. Comeau et le ministère public? L’article 121 a-t-il été conçu pour supprimer *toutes* les entraves au commerce

Mr. Comeau contends? Or was it conceived as a provision to eradicate tariffs and charges at provincial borders, and to otherwise allow the adoption of valid laws that may have the incidental effect of impeding trade across interprovincial boundaries, as the Crown argues?

[66] Mr. Comeau’s expert witness acknowledged that what he interprets as the drafters’ broad view of “free trade” was not specifically grounded in how fiscal measures were operating on the ground at the time of Confederation. He characterizes what he sees as the drafters’ intent to eliminate *all* barriers to trade as anticipatory and prescient in light of how certain observers understand the benefits of free trade *in our time*: A.R., vol. V, at pp. 129 and 151. He also notes that “[t]he Fathers of Confederation saw no contradiction between supporting [free trade] with a pragmatic willingness to adopt forms of state intervention” that implicated the economy: A.R., vol. V, at p. 135.

[67] We conclude that the historical context supports the view that, at a minimum, s. 121 prohibits the imposition of charges on goods crossing provincial boundaries — tariffs and tariff-like measures. At the same time, the historical evidence nowhere suggests that provinces, for example, would lose their power to legislate under s. 92 of the *Constitution Act, 1867* for the benefit of their constituents even if that might have impacts on interprovincial trade. The historical evidence, at best, provides only limited support for the view that “admitted free” in s. 121 was meant as an absolute guarantee of trade free of *all* barriers.

(4) Legislative Context

[68] Section 121 is found in Part VIII of the *Constitution Act, 1867*, which is entitled “REVENUES; DEBTS; ASSETS; TAXATION”. Its provisions describe the establishment of Canada’s Consolidated Revenue Fund; the timing for the cessation of certain

interprovincial, directes et indirectes, comme le soutient M. Comeau, ou a-t-il été conçu comme une disposition visant à supprimer les tarifs et les charges aux frontières provinciales, et à permettre par ailleurs l’adoption de lois valides qui peuvent avoir pour effet accessoire d’entraver le commerce entre les provinces, comme le fait valoir le ministère public?

[66] Le témoin expert appelé par M. Comeau a reconnu que ce qui représente, selon son interprétation, la conception large du « libre-échange » des rédacteurs n’était pas fondée précisément sur la façon dont les mesures fiscales s’appliquaient sur le terrain lors de la création de la Confédération. Il a qualifié ce qu’il considère être l’intention des rédacteurs d’éliminer *tous* les obstacles au commerce d’anticipatif et de prescient compte tenu de la façon dont certains observateurs voient les avantages du libre-échange *à notre époque* : d.a., vol. V, p. 129 et 151. Il a également souligné que [TRADUCTION] « [l]es Pères de la Confédération ne voyaient aucune contradiction entre le soutien [au libre-échange] et la volonté pragmatique d’adopter certaines formes d’intervention de l’État » qui portaient sur l’économie : d.a., vol. V, p. 135.

[67] Nous concluons que le contexte historique appuie l’avis selon lequel, à tout le moins, l’art. 121 interdit l’imposition de tarifs et d’autres mesures semblables sur les biens qui circulent d’une province à une autre. Parallèlement, la preuve historique n’indique nullement que les provinces, par exemple, perdraient leur pouvoir de légiférer en vertu de l’art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* dans l’intérêt de leurs citoyens, même si cela pouvait avoir une incidence sur le commerce interprovincial. Tout au plus, la preuve historique n’offre qu’un appui limité à l’avis selon lequel l’expression « admis en franchise » à l’art. 121 se voulait une garantie absolue de commerce libre de *tout* obstacle.

(4) Contexte législatif

[68] L’article 121 figure dans la partie VIII de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui a pour titre « REVENUES; DETTES; ACTIFS; TAXE ». Les dispositions qui s’y trouvent décrivent la création du fonds consolidé de revenu du Canada; le moment où allait

provincial revenue-generating activities, like tariffs, inconsistent with consolidation; the terms by which the federal government would assume provinces' debts; and stipulations about provincial fiscal matters that would continue after Confederation. The placement of s. 121 within Part VIII of the *Constitution Act, 1867* is significant for three reasons.

[69] First, s. 121 is part of a trio of provisions that concern interprovincial trade. Section 122 states that the excise and customs laws of the provinces are to be maintained until otherwise determined by Canada. Section 123 provides that where more than one province has comparable excise and customs laws, proof of payment in one province constitutes payment in the other. Read together, it is apparent that ss. 121, 122 and 123 address the shifting of customs and excise levies from the provincial level to the federal level. Sections 122 and 123 are concerned with how the shift is accomplished; s. 121 reflects the new arrangement once the shift is accomplished.

[70] Sections 121, 122 and 123 may be read together as covering the field with respect to re-arranging customs and excise duties upon union. Interprovincial tariffs would be abandoned and international tariffs would become the responsibility of Canada. The reference to excise laws suggests that the provisions were drafted in recognition that other fiscal tools like excise taxes could operate to impede trade in a manner equivalent to customs duties.

[71] Second, Part VIII is concerned with revenue-generating instruments and their consolidation: excise taxes, customs duties, levies. All of these are measures that attach to commodities and function by increasing the price of goods. Nothing in Part VIII suggests that s. 121 should be read to capture merely incidental impacts on demand for goods from other provinces; the focus of Part VIII is direct burdens on the price of commodities.

cesser l'application de certaines mesures provinciales génératrices de recettes, comme les tarifs, parce qu'elles étaient incompatibles avec la consolidation; les modalités selon lesquelles le gouvernement fédéral allait assumer les dettes des provinces; et les dispositions portant sur les questions fiscales provinciales qui se poseraient toujours après la création de la Confédération. L'insertion de l'art. 121 dans cette partie de la *Loi constitutionnelle de 1867* est importante pour trois raisons.

[69] Premièrement, l'art. 121 fait partie d'un trio de dispositions portant sur le commerce interprovincial. L'article 122 prévoit que les lois de douane et d'accise de chaque province allaient demeurer en vigueur jusqu'à ce que le Canada en décide autrement. Selon l'art. 123, lorsque deux provinces ont des lois de douane et d'accise comparables, la preuve du paiement dans une province constitue le paiement dans l'autre. Interprétés conjointement, il est évident que les art. 121, 122 et 123 visaient le transfert des droits de douane et d'accise du palier provincial au palier fédéral; les art. 122 et 123 portant sur la façon dont ce transfert allait se faire, et l'art. 121 rendant compte du nouveau régime une fois le transfert fait.

[70] Lus conjointement, les art. 121, 122 et 123 prévoyaient la façon dont les droits de douane et d'accise allaient être imposés à la suite de l'union. Les tarifs interprovinciaux seraient abandonnés, et les tarifs internationaux relèveraient du Canada. Le renvoi aux lois d'accise donne à penser que les dispositions ont été rédigées en reconnaissance du fait que l'application d'autres mesures fiscales, comme les taxes d'accise, pourrait entraver le commerce comme le font les droits de douane.

[71] Deuxièmement, la partie VIII porte sur les instruments générateurs de recettes et leur consolidation : les taxes d'accise, les droits de douane, les taxes perçues. Ce sont toutes des mesures qui se rapportent aux marchandises et qui ont pour effet d'augmenter le prix des biens. Rien dans la partie VIII ne suggère que l'art. 121 devrait être interprété de telle sorte qu'il vise seulement les répercussions accessoires sur la demande de biens provenant d'autres provinces; cette partie de la loi vise principalement les charges directes sur le prix des marchandises.

[72] Third, s. 121's position in Part VIII, as well as its text, make it clear that it does not confer power, but limits the exercise of the powers conferred on legislatures by ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*. The federal and provincial heads of power delineated in ss. 91 and 92 are exhaustive: *Reference re Same-Sex Marriage*, at para. 34. Limits on these powers by provisions like s. 121 must be interpreted in a way that does not deprive Parliament and provincial legislatures of the powers granted to them to deal effectively with problems that arise. Otherwise, there would be constitutional hiatuses — circumstances in which no legislature could act. This is something constitutional interpretation does not countenance: see, e.g., *Murphy*, at p. 642, per Rand J. Prohibition of impediments to interprovincial trade engages several of these heads of power, including trade and commerce (s. 91(2)), taxation (ss. 91(3) and 92(2)), property and civil rights (s. 92(13)), provincial sanctions (s. 92(15)), and local matters (s. 92(16)). It follows that s. 121 should be interpreted in a way that allows governments to enact proactive policies for the good of their citizens and in a way that maintains an appropriate balance between federal and provincial powers — even if the exercise of those powers may have an incidental effect on other matters, like bringing goods across provincial boundaries.

[73] We conclude that the legislative context of s. 121 indicates that it was part of a scheme that enabled the shifting of customs, excise, and similar levies from the former colonies to the Dominion; that it should be interpreted as applying to measures that increase the price of goods when they cross a provincial border; and that it should not be read so expansively that it would impinge on legislative powers under ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*. Before leaving the legislative context, we deal with an additional argument.

[72] Troisièmement, la position de l'art. 121 dans la partie VIII, ainsi que son libellé, indiquent clairement qu'il ne confère pas de pouvoir, mais qu'il limite l'exercice des pouvoirs que confèrent les art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* aux assemblées législatives. Les champs de compétences fédéraux et provinciaux énoncés aux art. 91 et 92 sont exhaustifs : *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, par. 34. L'interprétation des limites que des dispositions comme l'art. 121 imposent à ces pouvoirs doit être telle qu'elle ne prive pas le Parlement et les législatures des pouvoirs qui leur sont conférés pour traiter efficacement les problèmes qui se posent. Autrement, il y aurait des lacunes constitutionnelles — c'est-à-dire des situations dans lesquelles aucune assemblée législative ne pourrait agir —, ce que ne peut autoriser l'interprétation constitutionnelle : voir, p. ex., *Murphy*, p. 642, le juge Rand. L'interdiction d'entraves au commerce interprovincial fait intervenir plusieurs champs de compétences, notamment : le trafic et le commerce (par. 91(2)), l'imposition (par. 91(3) et 92(2)), la propriété et les droits civils (par. 92(13)), les sanctions provinciales (par. 92(15)) et les matières d'une nature locale (par. 92(16)). L'article 121 doit donc être interprété de façon à ce que les gouvernements puissent adopter des politiques préventives pour le bien de leurs citoyens et qu'un juste équilibre soit assuré entre les pouvoirs fédéraux et provinciaux, même si l'exercice de ces pouvoirs peut avoir un effet accessoire dans d'autres domaines, comme le transport de biens d'une province à une autre.

[73] Nous concluons que le contexte législatif de l'art. 121 indique qu'il faisait partie d'un régime permettant que les droits de douane et d'accise ainsi que les taxes semblables passent des anciennes colonies au Dominion; qu'il doit être interprété comme s'appliquant aux mesures qui ont pour effet d'augmenter le prix des biens lorsqu'ils franchissent une frontière provinciale; et qu'il ne doit pas recevoir une interprétation large au point qu'il empièterait sur les pouvoirs législatifs prévus aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Avant de clore la section sur le contexte législatif, nous aborderons un argument supplémentaire.

[74] It is suggested by some that the legislative context shows that s. 121 was a purely transitional provision and was “spent” once the transfer of powers from the former colonies to the new Canada was accomplished. Some of s. 121’s neighbouring provisions — ss. 119 and 122 for example — are clearly transitional and time-limited.

[75] Declaring a constitutional provision to be “spent” amounts to judicial excision of the provision from the constitutional text in question. Absent clear language, a court should not hold that a constitutional provision is of no continued application. To do so would overstep the court’s interpretive role, and would instead confer on it a legislative one.

[76] Comparison of the text of s. 121 to the text of ss. 119 and 122 undermines the argument that s. 121 is spent. The required clear language is absent. Section 121 is not only transitional. Both ss. 119 and 122 impose explicit temporal limits on their continued operation. Section 119 establishes a 10-year scheme for debt reconciliation between Canada and New Brunswick from the time of Confederation — the provision is clearly spent. Section 122 includes a condition by which the provision becomes spent: “The Customs and Excise Laws of each Province shall [. . .] continue in force until altered by the Parliament of Canada”.

(5) Foundational Principles

[77] In *Reference re Secession of Quebec*, at para. 32, this Court held that foundational principles underlying the Constitution may aid in its interpretation. Three of these — the federalism principle, the democratic principle and the protection of minorities principle — were raised in this case. The latter two do not shed much light on how s. 121 should be interpreted, in our view. However, the federalism principle is vital.

[78] Federalism refers to how states come together to achieve shared outcomes, while simultaneously

[74] Pour certains, le contexte législatif indique que l’art. 121 était une disposition purement transitoire, et qu’elle est devenue « périmée » une fois accompli le transfert des pouvoirs des anciennes colonies au nouveau Canada. Certaines dispositions voisines de l’art. 121 — les art. 119 et 122, par exemple — étaient manifestement transitoires et d’une durée limitée.

[75] Déclarer qu’une disposition constitutionnelle est « périmée » équivaut à une suppression judiciaire de la disposition du texte constitutionnel en question. En l’absence d’un libellé clair, il ne convient pas qu’un tribunal juge qu’une disposition constitutionnelle n’a pas d’application continue. Une telle conclusion outrepasserait son rôle interprétatif, et lui conférerait plutôt un rôle législatif.

[76] La comparaison du texte de l’art. 121 à ceux des art. 119 et 122 affaiblit l’argument selon lequel le premier est périmé. En effet, il n’a pas le libellé clair requis. L’article 121 n’est pas uniquement transitoire. Les articles 119 et 122 imposent des limites temporelles expresses à leur application continue. L’article 119 crée un régime décennal pour le rapprochement des dettes entre le Canada et le Nouveau-Brunswick une fois la Confédération créée; cette disposition est donc manifestement périmée. L’article 122 comprend pour sa part une condition par laquelle la disposition devient périmée : « Les lois de douanes et d’accise de chaque province demeureront en force [. . .] jusqu’à ce qu’elles soient modifiées par le Parlement du Canada ».

(5) Principes fondamentaux

[77] Dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, par. 32, la Cour a conclu que les principes fondamentaux à la base de la Constitution peuvent aider à son interprétation. Dans le cas qui nous occupe, trois de ceux-ci, soit le fédéralisme, la démocratie et la protection des minorités, ont été invoqués. À notre avis, les deux derniers ne nous éclairent pas beaucoup sur l’interprétation que doit recevoir l’art. 121. Le principe du fédéralisme est toutefois primordial.

[78] Le fédéralisme se rapporte à la façon dont certains États s’unissent pour atteindre des résultats

pursuing their unique interests. The principle of federalism recognizes the “autonomy of provincial governments to develop their societies within their respective spheres of jurisdiction”: *Reference re Secession of Quebec*, at para. 58; see also *Caron v. Alberta*, 2015 SCC 56, [2015] 3 S.C.R. 511, at para. 5. The tension between the centre and the regions is regulated by the concept of jurisdictional balance: *Reference re Secession of Quebec*, at paras. 56-59. The federalism principle requires a court interpreting constitutional texts to consider how different interpretations impact the balance between federal and provincial interests. The same concern has led to, for example, the development of doctrines like the necessarily incidental doctrine and the ancillary powers doctrine.

[79] An expansive interpretation of federal powers is typically met with calls for recognition of broader provincial powers, and vice versa; the two are in a symbiotic relationship. Many of the doctrinal tools used by courts in division of powers cases reflect the tension between federal and provincial capacity: see, e.g., H. L. Kong, “Republicanism and the division of powers in Canada” (2014), 64 *U.T.L.J.* 359, at pp. 393-97. As this Court noted in *Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837, at para. 7:

It is a fundamental principle of federalism that both federal and provincial powers must be respected, and one power may not be used in a manner that effectively eviscerates another. Rather, federalism demands that a balance be struck, a balance that allows both the federal Parliament and the provincial legislatures to act effectively in their respective spheres.

[80] This Court has consistently interpreted the scope of economic powers under the *Constitution Act, 1867* through the lens of jurisdictional balance. An example is the development of the “necessarily incidental” indicator for tolerated provincial/federal overlap under the trade and commerce power:

communs, tout en poursuivant leurs intérêts uniques. Le principe du fédéralisme reconnaît « l'autonomie dont les gouvernements provinciaux disposent pour assurer le développement de leur société dans leurs propres sphères de compétence » : *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, par. 58; voir aussi *Caron c. Alberta*, 2015 CSC 56, [2015] 3 R.C.S. 511, par. 5. Le concept de l'équilibre des compétences régit les tensions entre le centre et les régions : *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, par. 56-59. Le principe du fédéralisme exige que le tribunal qui interprète des textes constitutionnels tienne compte des répercussions des différentes interprétations sur l'équilibre entre les intérêts du fédéral et ceux des provinces. Cette considération a donné lieu, par exemple, à l'élaboration de théories comme celle du caractère nécessairement accessoire et celle des pouvoirs accessoires.

[79] Une interprétation large des pouvoirs fédéraux s'accompagne habituellement d'appels à la reconnaissance de pouvoirs provinciaux plus larges, et vice versa; ces pouvoirs sont en symbiose. D'ailleurs, un grand nombre des théories élaborées par la doctrine qu'utilisent les tribunaux dans les causes relatives au partage des compétences reflètent la tension entre les pouvoirs du fédéral et des provinces respectivement : voir, p. ex., H. L. Kong, « Republicanism and the division of powers in Canada » (2014), 64 *U.T.L.J.* 359, p. 393-397. Comme l'a noté la Cour dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837, par. 7 :

La proposition suivant laquelle tant les pouvoirs fédéraux que ceux des provinces doivent être respectés et qu'un pouvoir ne peut être utilisé d'une manière telle que cela revienne en réalité à en vider un autre de son essence constitue un principe fondamental du fédéralisme. En effet, ce dernier exige plutôt d'établir un équilibre qui permet tant au Parlement qu'aux législatures d'agir efficacement dans leurs sphères de compétence respectives.

[80] La Cour a toujours interprété la portée des pouvoirs économiques prévus dans la *Loi constitutionnelle de 1867* sous l'angle de l'équilibre des compétences. En est un exemple l'élaboration de la théorie du caractère « nécessairement accessoire » relativement au chevauchement acceptable

General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing, [1989] 1 S.C.R. 641; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *Reference re Securities Act*.

[81] Much has been written on the principle of federalism as an interpretive aid. Some say it leads to divergent outcomes and is inherently policy driven: see, e.g., P. J. Monahan, “At doctrine’s twilight: The structure of Canadian federalism” (1984), 34 *U.T.L.J.* 47, at p. 48. Others argue that it boils down to a principle of efficiency that favours centralization and privileges federal heads of power: see, e.g., J. Leclair, “The Supreme Court of Canada’s Understanding of Federalism: Efficiency at the Expense of Diversity” (2003), 28 *Queen’s L.J.* 411, at p. 423. Still others counter by pointing to the vast scope of regional autonomy promised by the powers conferred on the provinces by ss. 92(13) and 92(16): see, e.g., S. Wexler, “The Urge to Idealize: Viscount Haldane and the Constitution of Canada” (1984), 29 *McGill L.J.* 608, at pp. 641-42.

[82] For our purposes, it suffices to state that the federalism principle reminds us of the careful and complex balance of interests captured in constitutional texts. An interpretation that disregards regional autonomy is as problematic as an interpretation that underestimates the scope of the federal government’s jurisdiction. We agree with Professor Scott that “[t]he Canadian constitution cannot be understood if it is approached with some preconceived theory of what federalism is or should be”: F. R. Scott, “Centralization and Decentralization in Canadian Federalism” (1951), 29 *Can. Bar Rev.* 1095, at p. 1095; see also P. W. Hogg and W. K. Wright, “Canadian Federalism, the Privy Council and the Supreme Court: Reflections on the Debate about Canadian Federalism” (2005), 38 *U.B.C. L. Rev.* 329, at p. 350.

[83] Thus, the federalism principle does not impose a particular vision of the economy that courts must apply. It does not allow a court to say “This

des compétences provinciales et fédérales dans le domaine des échanges et du commerce : *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *Banque canadienne de l’Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*.

[81] Le principe du fédéralisme en tant qu’outil d’interprétation a fait couler beaucoup d’encre. Certains affirment qu’il mène à des résultats divergents et qu’il repose par sa nature même sur des considérations de principe : voir, p. ex., P. J. Monahan, « At doctrine’s twilight : The structure of Canadian federalism » (1984), 34 *U.T.L.J.* 47, p. 48. D’autres font valoir qu’il s’agit essentiellement d’un principe d’efficacité qui favorise la centralisation et qui privilégie les compétences fédérales : voir, p. ex., J. Leclair, « The Supreme Court of Canada’s Understanding of Federalism : Efficiency at the Expense of Diversity » (2003), 28 *Queen’s L.J.* 411, p. 423. D’autres encore répliquent en invoquant la vaste portée de l’autonomie régionale que promettent les pouvoirs conférés aux provinces par les par. 92(13) et 92(16) : voir, p. ex., S. Wexler, « The Urge to Idealize : Viscount Haldane and the Constitution of Canada » (1984), 29 *R.D. McGill* 608, p. 641-642.

[82] Pour les besoins du présent pourvoi, il suffit de préciser que le principe du fédéralisme nous rappelle l’équilibre juste et complexe des intérêts visés par les textes constitutionnels. L’interprétation qui fait fi de l’autonomie régionale est tout aussi problématique que celle qui sous-estime la portée de la compétence du gouvernement fédéral. À l’instar du professeur Scott, nous estimons qu’on [TRADUCTION] « ne peut pas comprendre la Constitution canadienne si on l’aborde avec une idée préconçue de ce que le fédéralisme est ou devrait être » : F. R. Scott, « Centralization and Decentralization in Canadian Federalism » (1951), 29 *R. du B. can.* 1095, p. 1095; voir aussi P. W. Hogg et W. K. Wright, « Canadian Federalism, the Privy Council and the Supreme Court : Reflections on the Debate about Canadian Federalism » (2005), 38 *U.B.C. L. Rev.* 329, p. 350.

[83] Ainsi, le principe du fédéralisme n’impose pas une vision précise de l’économie que les tribunaux doivent appliquer. Il ne permet pas à une

would be good for the country, therefore we should interpret the Constitution to support it.” Instead, it posits a framework premised on jurisdictional balance that helps courts identify the range of economic mechanisms that are constitutionally acceptable. The question for a court is squarely constitutional compliance, not policy desirability: see, e.g., *Reference re Securities Act*, at para. 90; *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, at pp. 471-72, per Wilson J.; *Reference re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373, at pp. 424-25, per Laskin C.J. Similarly, the living tree doctrine is not an open invitation for litigants to ask a court to constitutionalize a specific policy outcome. It simply asks that courts be alert to evolutions in, for example, how we understand jurisdictional balance and the considerations that animate it.

[84] With these cautions in mind, we turn to the parties’ submissions on the principle of federalism. Both Mr. Comeau and the Crown refer to the federalism principle to support their own particular views of desirable policy outcomes — in Mr. Comeau’s case, the policy of no impediments, direct or incidental, on trade across provincial borders; in the Crown’s submission, a view of cooperative federalism that poses few, if any, limits on provinces’ authority to impose such impediments. Asserting what they see as the contemporary goals of federalism by pointing to the living tree doctrine (*Edwards*, at pp. 106-7), the parties urge the Court to interpret s. 121 in accordance with their preferred visions of how federalism functions. We will consider each of these arguments in turn.

[85] We begin with Mr. Comeau’s submission that the principle of federalism supports full economic integration. We cannot accept this submission. The federalism principle emphasizes balance and the ability of each level of government to achieve its

cour d’affirmer que « ceci serait bon pour le pays et il faudrait interpréter la Constitution en conséquence ». Il pose plutôt en principe un cadre fondé sur l’équilibre des compétences, qui aide les cours de justice à cerner l’éventail des mécanismes économiques qui sont constitutionnellement acceptables. Il s’agit strictement pour les cours d’une question de respect de la Constitution et non de l’opportunité de la mesure en cause sur le plan des principes : voir, p. ex., *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, par. 90; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, p. 471-472, la juge Wilson; *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373, p. 424-425, le juge en chef Laskin. De la même façon, la doctrine de l’arbre vivant n’équivaut pas à une invitation générale pour que les plaideurs demandent aux tribunaux de constitutionnaliser un résultat de principe en particulier. Elle requiert seulement que les tribunaux tiennent compte de l’évolution, par exemple, de la façon dont nous interprétons l’équilibre des compétences et les facteurs qui le sous-tendent.

[84] Avec ces mises en garde à l’esprit, nous allons maintenant examiner les observations des parties sur le principe du fédéralisme. Tant M. Comeau que le ministère public renvoient au principe du fédéralisme pour soutenir leur vision respective particulière des résultats souhaitables sur le plan des principes — dans le cas de M. Comeau, le principe de l’absence d’obstacles, directs ou accessoires, au commerce interprovincial; dans le cas du ministère public, une vision du fédéralisme coopératif qui n’impose que peu de limites, voire aucune, au pouvoir des provinces d’imposer de tels obstacles. Faisant valoir ce qu’elles considèrent être les objectifs contemporains du fédéralisme en invoquant la doctrine de l’arbre vivant (*Edwards*, p. 106-107), les parties exhortent la Cour à interpréter l’art. 121 conformément à la vision qu’elles préconisent du fonctionnement du fédéralisme. Nous analyserons chacun de ces arguments à tour de rôle.

[85] Examinons d’abord la prétention de M. Comeau selon laquelle le principe du fédéralisme appuie une pleine intégration économique. Nous ne pouvons souscrire à ce point de vue. Ce principe met l’accent sur l’équilibre et sur la capacité de chaque

goals in the exercise of its powers under ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*. Full economic integration would “curtail the freedom of action — indeed, the sovereignty — of governments, especially at the provincial level”: K. Swinton, “Courting Our Way to Economic Integration: Judicial Review and the Canadian Economic Union” (1995), 25 *Can. Bus. L.J.* 280, at p. 291; see also D. Schneiderman, “Economic Citizenship and Deliberative Democracy: An Inquiry into Constitutional Limitations on Economic Regulation” (1995), 21 *Queen’s L.J.* 125, at p. 152. Reading s. 121 to require full economic integration would significantly undermine the shape of Canadian federalism, which is built upon regional diversity within a single nation: *Reference re Secession of Quebec*, at paras. 57-58; *Canadian Western Bank*, at para. 22. A key facet of this regional diversity is that the Canadian federation provides space to each province to regulate the economy in a manner that reflects local concerns.

[86] The federalism principle supports the view that provinces within a federal state should be allowed leeway to manage the passage of goods while legislating to address particular conditions and priorities within their borders. For example, the Northwest Territories and Nunavut have adopted laws governing the consumption of liquor, which include controls on liquor coming across the border into their territories. The primary objective of the laws is public health, but they have the incidental effect of curtailing cross-border trade in liquor. The Northwest Territories and Nunavut argue that these sorts of laws do not fall under the spectre of s. 121. We agree that to interpret s. 121 in a way that renders such laws invalid despite their non-trade-related objectives is to misunderstand the import of the federalism principle.

[87] The Crown and other intervening Attorneys General, for their part, advocate interpreting s. 121 narrowly to give governments expansive scope to

ordre de gouvernement d’atteindre ses objectifs en exerçant les compétences que lui confèrent les art. 91 ou 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Une pleine intégration économique reviendrait à [TRADUCTION] « restreindre la liberté d’action — voire la souveraineté — des gouvernements, particulièrement au palier provincial » : K. Swinton, « Courting Our Way to Economic Integration : Judicial Review and the Canadian Economic Union » (1995), 25 *Rev. can. dr. comm.* 280, p. 291; voir aussi D. Schneiderman, « Economic Citizenship and Deliberative Democracy : An Inquiry into Constitutional Limitations on Economic Regulation » (1995), 21 *Queen’s L.J.* 125, p. 152. Une interprétation de l’art. 121 qui exigerait une pleine intégration économique minerait considérablement la nature du fédéralisme canadien, qui repose sur la diversité des régions au sein d’une même nation : *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, par. 57-58; *Canadian Western Bank*, par. 22. D’ailleurs, une facette clé de cette diversité régionale est précisément que la fédération canadienne confère à chaque province le pouvoir de régler l’économie à l’image des préoccupations locales.

[86] Le principe du fédéralisme étaye l’opinion selon laquelle les provinces d’un état fédéral devraient avoir la marge de manœuvre leur permettant de gérer le passage des biens tout en adoptant des lois qui tiennent compte de conditions ou de priorités particulières sur leur territoire. Par exemple, les Territoires du Nord-Ouest et le Nunavut ont adopté des lois qui régissent la consommation de boissons alcooliques et assurent le contrôle de celles qui arrivent sur leur territoire. La santé publique constitue certes l’objet principal de ces lois, mais elles ont comme effet accessoire de restreindre le commerce transfrontalier des boissons alcooliques. Les Territoires du Nord-Ouest et le Nunavut font valoir que les lois de ce type ne tombent pas sous le coup de l’art. 121. Nous sommes d’accord pour dire qu’une interprétation de l’art. 121 qui invaliderait de telles lois malgré leurs objectifs étrangers au commerce serait le fruit d’une compréhension erronée de l’importance du principe du fédéralisme.

[87] Le ministère public et certains procureurs généraux intervenants ont plaidé pour une interprétation étroite de l’art. 121 afin que les gouvernements

impose barriers on goods crossing their borders. This interpretation, they argue, is a natural consequence of their position that “cooperative federalism” is a distinct foundational principle for constitutional interpretation, as such principles are understood in *Reference re Secession of Quebec*. Cooperative federalism describes situations where different levels of government work together on the ground to leverage their unique constitutional powers in tandem to establish a regulatory regime that may be *ultra vires* the jurisdiction of one legislature on its own. In division of powers cases where interlocking regulatory schemes have been impugned, the concept of cooperative federalism has often informed this Court’s assessment of *vires*: see, e.g., *Fédération des producteurs de volailles du Québec v. Pelland*, 2005 SCC 20, [2005] 1 S.C.R. 292; *NIL/TU, O Child and Family Services Society v. B.C. Government and Service Employees’ Union*, 2010 SCC 45, [2010] 2 S.C.R. 696. However, that is a distinct inquiry from the interpretative question raised here. The foundational principle that forms part of the architecture of constitutional texts as we described in *Reference re Secession of Quebec* is *federalism* — and that principle does not mandate any specific prescription for how governments within a federation should exercise their constitutional authority.

[88] We cannot therefore accept either the arguments of Mr. Comeau or the Crown on the principle of federalism. This does not mean, however, that the principle is unhelpful to the interpretation of s. 121. The need to maintain balance embodied in the federalism principle supports an interpretation of s. 121 that prohibits laws directed at curtailing the passage of goods over interprovincial borders, but allows legislatures to pass laws to achieve other goals within their powers, even though the laws may have the incidental effect of impeding the passage of goods over interprovincial borders.

disposent d’une importante latitude pour imposer des charges sur les biens qui traversent leurs frontières. À leur avis, cette interprétation découle naturellement de leur position selon laquelle le « fédéralisme coopératif » est un principe fondamental distinct d’interprétation constitutionnelle, tel que ces principes sont interprétés dans le *Renvoi sur la sécession du Québec*. Le fédéralisme coopératif décrit des situations où différents ordres de gouvernement travaillent de concert au départ pour tirer parti en tandem des pouvoirs constitutionnels qui leur sont propres afin d’établir un régime réglementaire qui pourrait outrepasser la compétence d’une assemblée législative à elle seule. Dans les causes portant sur le partage des compétences où des régimes réglementaires communs étaient contestés, le concept du fédéralisme coopératif a souvent aidé la Cour à analyser la question relative à la compétence : voir, p. ex., *Fédération des producteurs de volailles du Québec c. Pelland*, 2005 CSC 20, [2005] 1 R.C.S. 292; *NIL/TU, O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees’ Union*, 2010 CSC 45, [2010] 2 R.C.S. 696. Il s’agit toutefois d’un examen distinct de celui auquel nous devons procéder en l’espèce pour répondre à la question d’interprétation qui se pose. Le principe fondamental qui s’inscrit dans la structure des textes constitutionnels que nous avons décrite dans le *Renvoi sur la sécession du Québec* est le *fédéralisme* — et, selon ce principe, aucune prescription précise n’est requise quant à la façon dont les gouvernements au sein de la fédération devraient exercer les pouvoirs que leur confère la Constitution.

[88] Nous ne pouvons donc souscrire ni aux arguments de M. Comeau ni à la position du ministère public quant au principe du fédéralisme. Ce dernier est néanmoins utile pour interpréter l’art. 121. La nécessité de maintenir l’équilibre consacré par le principe du fédéralisme appuie l’interprétation de l’art. 121 qui interdit les lois visant à restreindre la circulation des biens entre les provinces, mais qui permet aux législatures d’en adopter qui visent la réalisation d’autres objectifs dans les limites de leurs pouvoirs, même si ces lois peuvent avoir comme effet accessoire d’entraver la circulation des biens d’une province à une autre.

(6) Defining the Ambit of Section 121: The Jurisprudence

[89] We have established in the preceding sections that the text, historical context, legislative context, and underlying constitutional principles do not support Mr. Comeau's contention that s. 121 should be interpreted as prohibiting any and all burdens on the passage of goods over provincial boundaries, essentially imposing an absolute free trade regime within Canada. Rather, these considerations support a flexible, purposive view of s. 121 — one that respects an appropriate balance between federal and provincial powers and allows legislatures room to achieve policy objectives that may have the incidental effect of burdening the passage of goods across provincial boundaries.

[90] This established, the next question to be answered is: What does s. 121 of the *Constitution Act, 1867* actually prohibit? Before us, the debate was framed as a conflict between two lines of authority — the *Gold Seal* line of authority, which is said to confine s. 121 to the prohibition of tariffs, and the line of authority based on the judgment of Rand J. in *Murphy*, which sets out the view that s. 121 prohibits not only tariffs, but extends to laws that in essence and purpose are directed to impeding the passage of goods across provincial boundaries.

[91] For the reasons that follow, we do not see these lines of authority to be in conflict. Properly understood, they represent a single, progressive understanding of the purpose and function of s. 121 in the broader constitutional scheme. This understanding is entirely consistent with our earlier conclusion that s. 121 — understood through the lens of its text, its historical and legislative contexts and the principle of federalism — is best conceived as preventing provinces from passing laws aimed at impeding trade by setting up barriers at boundaries, while allowing

(6) Définir la portée de l'art. 121 : la jurisprudence

[89] Nous avons établi dans les sections précédentes des présents motifs que le libellé, les contextes historique et législatif de même que les principes constitutionnels sous-jacents n'étaient pas la prétention de M. Comeau selon laquelle l'art. 121 doit s'interpréter comme interdisant toute entrave à la circulation des biens d'une province à une autre, ce qui équivaldrait pour l'essentiel à forcer l'existence d'un régime de libre-échange absolu au Canada. Les éléments mentionnés précédemment appuient plutôt une conception souple et téléologique de l'art. 121, une conception qui respecte un juste équilibre entre les compétences fédérales, d'une part, et provinciales, d'autre part, et qui donne aux législatures la possibilité d'atteindre des objectifs de politique générale qui peuvent avoir pour effet accessoire d'entraver la circulation des biens d'une province à une autre.

[90] Cela étant établi, il faut ensuite répondre à la question suivante : qu'est-ce qu'interdit au juste l'art. 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867*? Le débat que nous avons à trancher a été décrit comme un conflit entre deux courants jurisprudentiels — celui fondé sur l'arrêt *Gold Seal*, selon lequel l'art. 121 interdirait uniquement les tarifs, et celui fondé sur la décision du juge Rand dans l'arrêt *Murphy*, où celui-ci exprime l'avis que l'art. 121 interdit non seulement les tarifs, mais aussi les lois qui visent, de par leur essence et leur objet, à entraver la circulation de biens d'une province à une autre.

[91] Pour les motifs qui suivent, nous sommes d'avis qu'il n'y a pas de conflit entre ces courants jurisprudentiels. Interprétés correctement, ils représentent une seule conception progressive de l'objet et de la fonction de l'art. 121 dans le régime constitutionnel général. Cette conception cadre parfaitement avec la conclusion que nous avons déjà tirée selon laquelle il vaut mieux interpréter l'art. 121 — vu à la lumière de son libellé, de ses contextes historique et législatif et du principe du fédéralisme — comme empêchant les provinces d'adopter des lois qui visent

them to legislate to achieve goals within their jurisdiction even where such laws may incidentally limit the passage of goods over provincial borders.

[92] *Gold Seal*, decided in 1921, was the first case to interpret s. 121 of the *Constitution Act, 1867*. It concerned a federal statute that prohibited the importation of liquor into any dry province. The federal law was complementary to provincial prohibition laws, passed because the provinces were not competent under the division of powers to regulate interprovincial trade — an early example of cooperative federalism. The Gold Seal liquor company argued that the trade barrier installed by the federal law violated s. 121. The Court's discussion of s. 121 in *Gold Seal* was cursory. Duff and Mignault JJ., in the majority, each held that the law at issue was not caught by s. 121 because it was not a tariff on goods crossing provincial borders. Mignault J. added that this was consistent with a similar provision in the United States Constitution addressing the same concerns: *Gold Seal*, at p. 470. Anglin J. agreed, but offered no analysis: *Gold Seal*, at p. 466.

[93] *Gold Seal* was endorsed by the Judicial Committee of the Privy Council in *Atlantic Smoke Shops*, at p. 92. At issue was a New Brunswick law that made tobacco importers liable to a tax on tobacco brought into the province. The tobacco retailer argued that the tax constituted a trade barrier contrary to s. 121. Viscount Simon L.C. accepted this Court's analysis in *Gold Seal* and concluded that s. 121, read in the context of Part VIII, was the death knell for provincial tariffs. However, the tax was held not to infringe s. 121 on the ground it was a general consumption tax, and thus did not impose a burden

à entraver le commerce en érigeant des obstacles aux limites de leur territoire, tout en leur permettant de légiférer pour des objectifs principaux valides à l'intérieur de leur champ de compétence, même dans les cas où les lois en question risquent de restreindre accessoirement la circulation des biens d'une province à une autre.

[92] C'est dans l'arrêt *Gold Seal*, rendu en 1921, que la Cour a interprété la *Loi constitutionnelle de 1867* pour la première fois. Il porte sur une loi fédérale qui interdisait l'importation d'alcool dans toute province prohibitionniste. Cette loi complétait les mesures législatives provinciales instituant la prohibition et avait été adoptée parce que le partage des compétences n'habilitait pas les provinces à réglementer le commerce interprovincial — un exemple ancien de fédéralisme coopératif. Le fabricant de boissons alcooliques Gold Seal faisait valoir que l'obstacle commercial établi par la loi fédérale contrevenait à l'art. 121. L'analyse de cette disposition à laquelle s'est livrée la Cour dans *Gold Seal* était sommaire. Dans des motifs majoritaires, les juges Duff et Mignault ont chacun statué que la loi en cause n'était pas visée par l'art. 121, car elle n'établissait pas un tarif sur des biens qui traversaient les frontières provinciales. Le juge Mignault a ajouté que cette conclusion était compatible avec une disposition analogue de la Constitution des États-Unis répondant aux mêmes préoccupations : *Gold Seal*, p. 470. Le juge Anglin était du même avis, mais il n'a procédé à aucune analyse : *Gold Seal*, p. 466.

[93] L'arrêt *Gold Seal* a été entériné par le Comité judiciaire du Conseil privé dans *Atlantic Smoke Shops*, p. 92. Il était question d'une loi néo-brunswickoise qui assujettissait les importateurs de tabac à une taxe lorsque ce produit était importé dans la province. Le détaillant de tabac soutenait que la taxe constituait un obstacle commercial contraire à l'art. 121. Le vicomte Simon, lord chancelier, a retenu l'analyse effectuée par la Cour dans *Gold Seal* et conclu que, interprété eu égard au contexte de la partie VIII, l'art. 121 sonnait le glas des tarifs provinciaux. La taxe a toutefois été jugée conforme à cette disposition

on the basis of a provincial border: *Atlantic Smoke Shops*, at pp. 91-92.

[94] In 1958, the majority of this Court in *Murphy* adopted *Gold Seal* and *Atlantic Smoke Shops*: at p. 634. A grain producer had attempted to arrange an interprovincial shipment of wheat contrary to the *Canadian Wheat Board Act*, R.S.C. 1952, c. 44. The question was whether the Act's prohibition on cross-border shipments violated s. 121. The majority, *en passant*, held it did not because it did not impose a tariff. *Murphy* was decided primarily on the basis of the division of powers. Nevertheless, this Court briefly addressed s. 121.

[95] Rand J. in his concurring reasons in *Murphy* undertook a more substantive, purposive analysis of s. 121. He did not criticize *Gold Seal*, which he accepted as the foundational case, but sought to draw out the rationale underlying *Gold Seal*, s. 121, and its constitutional implications. His reasons read like a series of reflections on the nature and purpose of s. 121. He began by noting that apart from matters of purely local and private concern, the country was one economic unit: *Murphy*, p. 638. He went on, however, to explain why provincial marketing schemes that may enable different charges in different regions do not violate s. 121. Such schemes “embody an accumulation” of various charges because they are concerned with realizing objects for all producers across the relevant sector — from transportation to wages to insurance. Charges that are merely “one item in a scheme that regulates their distribution” do not have cross-border trade as their object or purpose and therefore do not violate s. 121. They are “items in selling costs and can be challenged only if the scheme itself is challengeable”: *Murphy*, at pp. 638-39. Section 121 “does not create a level of trade activity divested of all regulation I have no doubt; what is preserved is a free flow of trade regulated in subsidiary features which are or have come to be looked upon as incidents of trade. What is forbidden is a trade regulation that in its essence

puisqu'il s'agissait d'une taxe générale à la consommation et qu'elle n'entravait donc pas le commerce sur le fondement d'une frontière provinciale : *Atlantic Smoke Shops*, p. 91-92.

[94] En 1958, les juges majoritaires de la Cour dans *Murphy* ont suivi les arrêts *Gold Seal* et *Atlantic Smoke Shops* : p. 634. Un producteur de céréales avait tenté d'organiser une livraison interprovinciale de blé en contravention de la *Loi sur la Commission canadienne du blé*, L.R.C. 1952, c. 44. Il s'agissait de savoir si l'interdiction des livraisons interprovinciales prévue par cette loi contrevenait à l'art. 121. Les juges majoritaires ont conclu en passant que ce n'était pas le cas, car cette loi n'imposait pas de tarif. L'arrêt *Murphy* a été décidé principalement sur le fondement du partage des compétences. La Cour y a néanmoins brièvement discuté de l'art. 121.

[95] Toujours dans l'arrêt *Murphy*, le juge Rand a procédé dans ses motifs concordants à une analyse plus poussée de l'art. 121 et plus axée sur son objet. Il n'a pas critiqué *Gold Seal*, qu'il a reconnu comme l'arrêt fondamental en la matière, mais il a cherché à dégager le raisonnement qui sous-tend cet arrêt, ainsi que l'art. 121 et ses ramifications constitutionnelles. Les motifs du juge Rand s'apparentent à une série de réflexions sur la nature et l'objet de l'art. 121. Il a commencé par signaler que, à l'exception des matières purement locales et à caractère privé, le pays formait une seule entité économique : *Murphy*, p. 638. Il a cependant expliqué ensuite pourquoi les régimes provinciaux de mise en marché susceptibles de permettre l'imposition de charges différentes dans des régions différentes ne contreviennent pas à l'art. 121. Ces régimes [TRADUCTION] « incarnent une accumulation » de diverses charges parce qu'ils s'attachent à la réalisation d'objets pour tous les producteurs du secteur en question, qu'il s'agisse du transport, de la rémunération ou des assurances. Les charges qui constituent simplement « un élément d'un régime qui régleme la distribution de biens » n'ont pas pour objet le commerce interprovincial, ils ne contreviennent donc pas à l'art. 121. Ce sont des « éléments des frais de vente qui ne peuvent être contestés que si le régime lui-même est contestable » : *Murphy*, p. 638-639. L'article 121 « ne fait

and purpose is related to a provincial boundary”:
Murphy, at p. 642, per Rand J.

[96] Finally, Rand J. explained that schemes that restrict goods crossing borders only incidentally cannot be held to violate s. 121 because this would create a constitutional hiatus, which constitutional construction abhors. A prohibition barring even incidental impacts on the passage of goods over a provincial border would render provinces incapable of dealing with important matters within their jurisdictions. At the same time, the federal government could not fill the void because the matter would not fall within its power given the division of powers — “the two jurisdictions could not complement each other by cooperative action”: *Murphy*, at pp. 642-43, per Rand J.

[97] These excerpts reflect many of the themes that emerge in our earlier discussion of historical context, legislative context, and federalism. However, they can be distilled into two related propositions. First, the purpose of s. 121 is to prohibit laws that in essence and purpose restrict or limit the free flow of goods across the country. Second, laws that pose only incidental effects on trade as part of broader regulatory schemes not aimed at impeding trade do not have the purpose of restricting interprovincial trade and hence do not violate s. 121.

[98] These propositions are consistent with the decisions in *Gold Seal* and *Atlantic Smoke Shops*. First, while the Court in these cases spoke of s. 121 forbidding tariffs, and while Rand J. in *Murphy* spoke of s. 121 forbidding laws that purposely act like tariffs (i.e. laws that in essence burden the passage of goods over provincial borders), this is a distinction without a difference. Constitutional limits must operate on

pas disparaître pour autant toute réglementation des activités commerciales. Il vise à assurer la liberté du commerce, tout en permettant la réglementation dans ses aspects secondaires, qui sont les à-côtés du commerce. Ce qui est interdit, c’est une réglementation du commerce qui serait reliée, en droit et en fait, à l’existence des frontières provinciales » : *Murphy*, p. 642, le juge Rand.

[96] Enfin, le juge Rand a expliqué qu’on ne saurait dire des régimes limitant de façon purement accessoire la circulation transfrontalière de marchandises qu’ils contreviennent à l’art. 121 parce que cela créerait un vide constitutionnel, ce dont a horreur l’interprétation constitutionnelle. Si l’on interdisait même les répercussions accessoires sur la circulation de biens au-delà d’une frontière provinciale, les provinces seraient incapables de s’occuper de questions importantes dans leur ressort. Parallèlement, le gouvernement fédéral ne serait pas en mesure de combler le vide parce que ces questions ne relèveraient pas de sa compétence suivant le partage des compétences : [TRADUCTION] « les deux ressorts ne pourraient se compléter par une action concertée » : *Murphy*, p. 642-643, le juge Rand.

[97] Ces extraits illustrent bon nombre des thèmes qui ressortent de notre examen antérieur des contextes historique et législatif ainsi que du fédéralisme. Il est toutefois possible de les regrouper en deux propositions connexes. Premièrement, l’objet de l’art. 121 est d’interdire les lois qui, de par leur essence et leur objet, restreignent ou limitent la libre circulation des biens dans tout le pays. Deuxièmement, les lois qui n’ont qu’un effet accessoire sur le commerce dans le contexte de régimes réglementaires plus larges qui ne visent pas à entraver le commerce n’ont pas pour objet de restreindre le commerce interprovincial et n’enfreignent donc pas l’art. 121.

[98] Ces propositions sont compatibles avec les décisions *Gold Seal* et *Atlantic Smoke Shops*. Tout d’abord, s’il est vrai que dans ces affaires la Cour a affirmé que l’art. 121 interdit les tarifs, et s’il est vrai que, dans *Murphy*, le juge Rand a précisé que cette disposition interdit les lois qui agissent comme des tarifs de par leur objet (c.-à-d. les lois qui, de par leur essence, entrave le passage des biens entre les

the level of principle and function, not on what label is applied to a particular kind of law. Constitutional compliance is not a matter of semantics. Clearly, traditional tariffs would offend the purpose of s. 121, as Rand J. describes it. But so might other measures that function in the same way. It follows that s. 121 applies not only to tariffs, but also to the functional equivalents of tariffs.

[99] Second, *Gold Seal* and *Murphy* support the proposition that s. 121 was not intended to catch burdens on goods crossing provincial borders that were merely incidental effects of a law or scheme aimed at some other purpose, holding that because the restrictions on the shipment of goods over provincial borders were part of a larger valid federal scheme, they did not offend s. 121. As Rand J. pointed out in *Murphy*, to prohibit incidental impacts on cross-border trade would allow s. 121 to trump valid exercises of legislative power, and create legislative hiatuses where neither level of government could act: pp. 638 and 642-43. The federalism principle militates against such an interpretation — the aim is balance and capacity, not imbalance and constitutional gaps. The federal government and provincial governments should be able to legislate in ways that impose incidental burdens on the passage of goods between provinces, in light of the scheme of the *Constitution Act, 1867* as a whole, and in particular the division of powers: *Murphy*, at pp. 638 and 641, per Rand J. This is illustrated by *Gold Seal*. If the federal government had not been able to enact its law prohibiting liquor from crossing the borders of the dry provinces, there would have been a legislative hiatus, and the cooperative scheme aimed at allowing these provinces to keep liquor out would not have been possible.

provinces), il s'agit d'une distinction vide de sens. Les limites constitutionnelles doivent s'appliquer au niveau des principes et de la fonction, et non de la désignation donnée à un certain type de loi. Le respect de la Constitution n'est pas une question de sémantique. Il est évident que les tarifs traditionnels contreviendraient à l'objet de l'art. 121, comme l'a décrit le juge Rand, mais d'autres mesures qui fonctionnent de la même façon pourraient tout autant y contrevenir. L'article 121 s'applique donc non seulement aux tarifs, mais aussi à leurs équivalents fonctionnels.

[99] Ensuite, les arrêts *Gold Seal* et *Murphy* appuient la proposition selon laquelle il n'était pas prévu que l'art. 121 vise les entraves au passage des biens d'une province à une autre qui sont simplement accessoires à un régime législatif visant un autre objet, et concluent que, puisque les restrictions en cause relatives à l'envoi de biens par-delà les frontières provinciales faisaient partie d'un régime fédéral plus large valide, elles ne contrevenaient pas à l'art. 121. Comme l'a souligné le juge Rand dans *Murphy*, l'interdiction des effets accessoires sur le commerce transfrontalier permettrait à l'art. 121 de primer sur l'exercice valide d'un pouvoir législatif et créerait des lacunes législatives à l'égard desquelles aucun ordre de gouvernement ne pourrait agir : p. 638 et 642-643. Le principe du fédéralisme milite contre une telle interprétation — l'objectif est l'équilibre et la capacité, non pas le déséquilibre et les lacunes constitutionnelles. Les gouvernements fédéral et provinciaux devraient pouvoir adopter des lois qui imposent des charges accessoires sur les biens qui circulent d'une province à une autre, compte tenu du régime de la *Loi constitutionnelle de 1867* dans son ensemble, et plus particulièrement du partage des compétences : *Murphy*, p. 638 et 641, le juge Rand. C'est ce qu'illustre l'arrêt *Gold Seal*. Si le gouvernement fédéral n'avait pas pu adopter sa loi interdisant que des boissons alcooliques passent les frontières des provinces prohibitionnistes, il y aurait eu un hiatus législatif et le régime coopératif qui visait à permettre à ces provinces de faire en sorte que l'alcool ne franchisse pas leurs frontières n'aurait pas pu voir le jour.

[100] Put another way, s. 121 allows schemes that incidentally burden the passage of goods across provincial boundaries, but does not allow them to impose such impediments *only* because they cross a provincial boundary. In Rand J.'s view, the gravamen of s. 121 was to prohibit laws directed to erecting barriers to trade at provincial boundaries — whether customs duties or other measures that are intended to fill the role of such tariffs: *Murphy*, at p. 642.

[101] One may argue about whether Rand J.'s view states the logical underpinning of *Gold Seal*, or extends it. But if one accepts the underlying principle that animates s. 121 — that s. 121 prohibits laws that in essence and purpose seek to set up trade barriers between the provinces — the debate is sterile. *Gold Seal*, *Atlantic Smoke Shops* and *Murphy* are all consistent with this basic proposition, even if they did not explicate it. None of them endorsed a law that was directed in essence and purpose to impeding goods crossing provincial borders.

[102] Rand J.'s description of the ambit of s. 121 has found favour with subsequent jurists. Laskin J. (as he then was) in his concurring reasons in *Attorney- General for Manitoba v. Manitoba Egg and Poultry Assn.*, [1971] S.C.R. 689, at p. 717, noted that s. 121 is meant to address measures that lead to the “figurative sealing of [. . .] borders”. As Chief Justice in his concurring reasons in *Reference re Agricultural Products Marketing Act*, at p. 1268, he adopted Rand J.'s interpretation of s. 121 and noted that s. 121 is about identifying whether the “essence and purpose” of the impugned law is to erect a trade barrier at a provincial boundary. The majority in the first case did not comment on s. 121. In *Reference re Agricultural Products Marketing Act*, the majority concluded that the impugned law did not offend s. 121, and while it offered no analysis of its own, it indicated no disagreement with Chief Justice Laskin's discussion of s. 121.

[100] Autrement dit, l'art. 121 permet l'adoption de régimes qui entravent accessoirement la circulation des biens d'une province à une autre, mais ne permet pas d'imposer de tels obstacles *seulement* parce que les biens franchissent une frontière provinciale. De l'avis du juge Rand, le fondement de l'art. 121 était d'interdire les lois visant à ériger des obstacles au commerce entre les provinces, que ce soit des droits de douane ou d'autres mesures destinées à jouer le rôle de tels tarifs : *Murphy*, p. 642.

[101] On pourrait débattre de la question de savoir si l'opinion du juge Rand énonce le fondement logique de *Gold Seal*, ou si elle en élargit la portée. Cela dit, si l'on accepte le principe qui sous-tend l'art. 121 — c'est-à-dire l'interdiction des lois visant, de par leur essence et leur objet, à ériger des obstacles au commerce entre les provinces —, le débat est stérile. Les arrêts *Gold Seal*, *Atlantic Smoke Shops* et *Murphy* sont tous compatibles avec cette proposition de base, même s'ils ne l'explicitent pas. D'ailleurs, aucun de ces arrêts n'a confirmé la validité d'une loi visant, de par son essence et son objet, à entraver la circulation des biens d'une province à une autre.

[102] En outre, des juristes ont subséquentement retenu la description qu'a faite le juge Rand de la portée de l'art. 121. Le juge Laskin (plus tard juge en chef), en rédigeant ses motifs concordants dans l'arrêt *Procureur général du Manitoba c. Manitoba Egg and Poultry Assn.*, [1971] R.C.S. 689, p. 717, a souligné que l'art. 121 est censé viser des mesures entraînant « la fermeture (au sens figuré) [des] frontières ». En tant que juge en chef dans ses motifs concordants dans l'arrêt *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, p. 1268, il a adopté l'interprétation que le juge Rand a donnée à l'art. 121 et noté que cette disposition pose la question de savoir si, « en droit et en fait », la loi contestée a pour objet d'ériger des obstacles au commerce entre les provinces. Les juges majoritaires dans la première de ces décisions n'ont émis aucun commentaire sur l'art. 121. Dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, les juges majoritaires ont conclu que la loi n'enfreignait pas l'art. 121 et, bien qu'ils n'ont procédé eux-mêmes à aucune analyse de la question, ils n'ont pas exprimé de désaccord avec les propos du juge en chef Laskin.

[103] In *obiter* comments in two subsequent decisions, La Forest J., writing for the Court, similarly noted that the functional approach articulated by Rand J. stemmed from the view established in *Gold Seal: Black*, at p. 609; *Canadian Pacific Air Lines*, at p. 1153.

[104] Most recently in *Richardson*, Iacobucci and Bastarache JJ. for the majority and McLachlin J. (as she then was) in dissent, agreed (though, again, in *obiter*) that Rand J.'s interpretation of s. 121 was the operative authority for that provision: paras. 63-65, per Iacobucci and Bastarache JJ., paras. 123 and 171, per McLachlin J. In dissent but not on this point, McLachlin J. noted, at paras. 123 and 171:

In broad outline, s. 121 of the *Constitution Act, 1867* permits legislation which incidentally impinges on the flow of goods and services across provincial boundaries, but prohibits legislation that in “essence and purpose is related to a provincial boundary”: *Murphy v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1958] S.C.R. 626, at p. 642, per Rand J.; *Reference re Agricultural Products Marketing Act*, [1978] 2 S.C.R. 1198, at p. 1268, per Laskin C.J. interpreting s. 121. . . .

...

. . . Provinces and the federal government are permitted to impose disadvantages on the basis of provincial boundaries so long as this effect is incidental to another purpose within their proper legislative sphere. They are not permitted, however, to create interprovincial barriers which are not incidental to such a higher purpose. The primary/incidental distinction in s. 6(3)(a) mirrors the jurisprudence under s. 121 of the *Constitution Act, 1867*, which bars trade laws aimed primarily at impeding the flow of goods on the basis of provincial boundaries: *Murphy v. Canadian Pacific Railway*, *supra*; *Reference re Agricultural Products Marketing Act*, *supra*.

[103] Dans des remarques incidentes formulées dans deux décisions subséquentes, le juge La Forest, au nom de la Cour, a lui aussi souligné que l'approche fonctionnelle formulée par le juge Rand tirait son origine du point de vue exprimé dans *Gold Seal: Black*, p. 609; *Lignes aériennes Canadien Pacifique*, p. 1153.

[104] Plus récemment, dans *Richardson*, les juges Iacobucci et Bastarache, au nom des juges majoritaires, et la juge McLachlin (maintenant juge en chef), dissidente, ont reconnu (bien que ce soit, encore une fois, dans des remarques incidentes) que l'interprétation de l'art. 121 donnée par le juge Rand constituait l'autorité applicable pour cette disposition : par. 63-65, les juges Iacobucci et Bastarache, par. 123 et 171, la juge McLachlin. Dissidente, mais non sur ce point, cette dernière a affirmé, aux par. 123 et 171 :

En gros, l'art. 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867* permet d'adopter des mesures législatives qui touchent, de manière accessoire, à la circulation des biens et services d'une province à l'autre, mais il interdit celles [TRADUCTION] « reliée[s], en droit et en fait, à l'existence des frontières provinciales » : *Murphy c. Canadian Pacific Railway Co.*, [1958] R.C.S. 626, à la p. 642, le juge Rand; *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 R.C.S. 1198, à la p. 1268, le juge en chef Laskin qui interprétait alors l'art. 121. . . .

...

. . . On permet aux provinces et au gouvernement fédéral de créer des désavantages fondés sur des frontières provinciales, pourvu qu'un tel effet découle accessoirement d'un autre objectif relevant de leur domaine de compétence législative légitime. Cependant, il ne leur est pas permis d'ériger des barrières interprovinciales qui ne soient pas une conséquence accessoire de cet objectif supérieur. La distinction de l'al. 6(3)a) entre principal et accessoire reflète la jurisprudence relative à l'art. 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui interdit les lois commerciales qui visent principalement à entraver la circulation de biens en raison de frontières provinciales : *Murphy c. Canadian Pacific Railway* et *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, précités.

[105] The comments of Justices of this Court on s. 121 in the post-*Gold Seal* jurisprudence have never acquired the status of binding law, being made without majoritarian status or in *obiter*. But they do not conflict with *Gold Seal* and *Atlantic Smoke Shops*; rather, they offer a principled and robust articulation of the holdings from those earlier decisions.

[106] We conclude that a purposive approach to s. 121 leads to the following conclusion: s. 121 prohibits laws that in essence and purpose restrict trade across provincial boundaries. Laws that only have the incidental effect of restricting trade across provincial boundaries because they are part of broader schemes not aimed at impeding trade do not offend s. 121 because the purpose of such laws is to support the relevant scheme, not to restrict interprovincial trade. While *Gold Seal* did not undertake a purposive analysis of s. 121 and hence did not describe the ambit of s. 121 precisely in these terms, it is entirely consistent with it. The earlier jurisprudence of this Court on s. 121 and the broader articulation adopted by Rand J. stand as different moments on a progressive jurisprudential continuum, all consistent with the text of s. 121, its historical and legislative contexts, and the principle of federalism.

[107] It follows that a party alleging that a law violates s. 121 must establish that the law in essence and purpose restricts trade across a provincial border. “[E]ssence” refers to the nature of the measure — “‘what a thing is’; . . . [its] character”: *The Oxford English Dictionary* (2nd ed. 1989), at p. 400. “Purpose” focuses on the object, or primary purpose, of the measure.

[108] The first question is whether the essence or character of the law is to restrict or prohibit trade across a provincial border, like a tariff. Tariffs, broadly defined, are “customs duties and charges of any kind imposed on or in connection with importation or exportation”: *General Agreement on Tariffs and Trade* (World Trade Organization), Can.

[105] Les commentaires formulés par des juges de la Cour sur l’art. 121 dans la jurisprudence postérieure à *Gold Seal* n’ont jamais obtenu le caractère de ceux qui font autorité, soit parce qu’ils ont été énoncés par les juges minoritaires soit parce qu’ils ont pris la forme de remarques incidentes. Ils ne sont toutefois pas incompatibles avec *Gold Seal* et *Atlantic Smoke Shops*, et constituent plutôt une formulation forte et fondée sur des principes des conclusions tirées dans ces décisions antérieures.

[106] Ainsi, l’interprétation téléologique de l’art. 121 mène à la conclusion suivante : l’art. 121 proscriit les lois qui, de par leur essence et leur objet, entravent le commerce entre les provinces. Les lois qui n’ont que l’effet accessoire de restreindre le commerce interprovincial, parce qu’elles font partie de régimes plus larges n’ayant pas pour objet d’entraver le commerce, ne contreviennent pas à l’art. 121 parce qu’elles visent à soutenir le régime pertinent, et non pas à restreindre ce commerce. Bien que l’arrêt *Gold Seal* ne comprenait pas une analyse téléologique de l’art. 121 et qu’il ne décrivait donc pas la portée de ce dernier précisément de cette façon, il cadre parfaitement avec cette interprétation. La jurisprudence antérieure de la Cour sur l’art. 121 et le sens plus large adopté par le juge Rand marquent plutôt différents jalons sur le continuum progressif de la jurisprudence, des jalons tous compatibles avec le libellé de l’art. 121, ses contextes historique et législatif ainsi que le principe du fédéralisme.

[107] Une partie qui plaide qu’une loi enfreint l’art. 121 doit donc démontrer que cette loi, de par son essence et son objet, restreint le commerce interprovincial. Le terme « essence » renvoie à la nature de la mesure : « Ce qui fait qu’une chose est ce qu’elle est et ce sans quoi elle ne serait pas » : *Le Petit Robert* (nouv. éd. 2012), p. 932. Le terme « objet » vise l’objectif, ou l’objet principal, de la mesure.

[108] La première question est celle de savoir si, de par son essence, la loi vise à restreindre ou à interdire le commerce d’une province à une autre, comme le font les tarifs. Ces derniers, au sens large, sont « les droits de douane et les impositions de toute nature qui frappent les importations ou les exportations » : *Accord général sur les tarifs douaniers et*

T.S. 1948 No. 31, Part I, Article I. The claimant must therefore establish that the law imposes an additional cost on goods by virtue of them coming in from outside the province. Put another way, a claimant must establish that the law distinguishes goods in a manner “related to a provincial boundary” that subjects goods from outside the province to additional costs: *Murphy*, at p. 642, per Rand J. A prohibition on goods crossing the border is an extreme example of such a distinction.

[109] The additional cost need not be a charge physically levied at the border, nor must it take the form of an actual surcharge; all that is required is that the law impose a cost burden on goods crossing a provincial border. A law that provides that “rum produced in the Maritime provinces will be subject to a 50% surcharge upon entering Newfoundland” has the same effect, in principle, as a law that states that “any person who brings rum produced in the Maritime provinces into Newfoundland is guilty of an offence and liable to a fine”. Both laws impose a burden on the cost of goods that cross a provincial boundary.

[110] In some cases, evidence may be required to determine if an impugned law imposes a charge on the basis of a provincial border. Consider a fictional law that requires Alberta distillers to get a special licence to import rye. It is not plain on the face of the law whether the law (1) imposes any sort of charge on the movement of rye or (2) whether any such charge is linked to a distinction between goods related to a provincial boundary. If the cost of the licence is substantial or if it is very difficult to acquire, the measure may impede cross-border trade in rye. Similarly, if the only rye available to Alberta distillers is from Saskatchewan, the licence requirement may function like a tariff against a Saskatchewan good. On the other hand, if the licence is not burdensome to acquire or if the licensing requirement applies equally where Alberta enterprises have access to rye from within Alberta, the law may not impose

le commerce (Organisation mondiale du commerce), R.T. Can. 1948 n° 31, partie I, art. I. Le demandeur doit donc établir que la loi augmente le coût des biens du fait qu’ils proviennent de l’extérieur de la province. Autrement dit, le demandeur doit établir que la loi établit une distinction entre les biens [TRANSDUCTION] « reliée à l’existence des frontières provinciales » et à l’origine d’un coût supplémentaire pour ceux qui proviennent de l’extérieur de la province : *Murphy*, p. 642, le juge Rand. Interdire que des biens traversent la frontière constitue un exemple extrême de distinction de ce type.

[109] Le coût supplémentaire n’a pas à prendre la forme d’une charge prélevée physiquement à la frontière, ni d’ailleurs celle d’une suramende compensatoire véritable; il suffit que la loi impose un fardeau financier sur les biens qui traversent une frontière provinciale. Une loi selon laquelle « le rhum produit dans les provinces maritimes fera l’objet d’une surtaxe de 50 % au moment où il entre à Terre-Neuve » a le même effet, en principe, qu’une loi qui prévoit que « quiconque importe à Terre-Neuve du rhum produit dans une des provinces maritimes est coupable d’une infraction et passible d’une amende ». Les deux lois imposent un fardeau sur le coût des biens qui traversent une frontière provinciale.

[110] Dans certains cas, il pourrait être nécessaire de produire certains éléments de preuve pour qu’il soit possible de déterminer si la loi contestée impose une charge fondée sur une frontière provinciale. Envisageons le cas d’une loi fictive qui exigerait des distillateurs albertains qu’ils obtiennent un permis particulier pour importer du seigle. On ne peut dire de la loi, à sa face même, (1) si elle impose une quelconque charge sur la circulation du seigle ou (2) si une telle charge est liée à une distinction entre les biens fondée sur une frontière provinciale. Si le prix du permis est considérable et s’il est très difficile de s’en procurer un, il est possible que la mesure entrave le commerce interprovincial de seigle. De même, si le seul seigle que peuvent se procurer les distillateurs albertains provient de la Saskatchewan, l’exigence quant à la détention d’un permis peut agir comme un tarif à l’encontre d’un bien de la Saskatchewan. Par

a burden or charge based on a provincial border and s. 121 is not violated.

[111] If the law does not in essence restrict the trade of goods across a provincial border, the inquiry is over and s. 121 is not engaged. If it does, the claimant must also establish that the primary purpose of the law is to restrict trade. A law may have more than one purpose. But impeding trade must be its primary purpose to engage s. 121. The inquiry is objective, based on the wording of the law, the legislative context in which it was enacted (i.e. if it is one element of a broader regulatory scheme), and all of the law's discernable effects (which can include much more than its trade-impeding effect). If the purpose of the law aligns with purposes traditionally served by tariffs, such as exploiting the passage of goods across a border solely as a way to collect funds, protecting local industry or punishing another province, this may, depending on other factors, support the contention that the primary purpose of the law is to restrict trade: see, e.g., *Murphy*, at pp. 638-39, per Rand J.; *Reference re Agricultural Products Marketing Act*, at p. 1268, per Laskin C.J.; D. Hill, ed., *National Trade and Tariff Service* (loose-leaf), at §1.3; *Black's Law Dictionary* (9th ed. 2009), at pp. 1593-94.

[112] Stand-alone laws that have the effect of restricting trade across provincial boundaries will not violate s. 121 if their primary purpose is not to impede trade, but some other purpose. Thus a law that prohibits liquor crossing a provincial boundary for the primary purpose of protecting the health and welfare of the people in the province would not violate s. 121. More commonly, however, the primary purpose requirement of s. 121 fails because the law's restriction on trade is merely an incidental effect of its role in a scheme with a different purpose. The primary purpose of such a law is not to restrict trade

contre, s'il est facile de se procurer le permis et si la détention d'un tel permis s'applique tout autant si les entreprises albertaines ont accès à du seigle produit en Alberta, il est possible que la loi n'impose pas un fardeau ou une charge fondés sur une frontière provinciale et qu'il n'y ait pas violation de l'art. 121.

[111] Si la loi, de par son essence, ne restreint pas le commerce des biens d'une province à une autre, l'examen est terminé et l'art. 121 n'est pas en cause. Si, au contraire, elle restreint ce commerce, le demandeur doit donc aussi établir que la loi vise principalement, de par son objet, une telle restriction. Une loi peut avoir plus d'un objet. Il faut toutefois que son objet principal soit d'entraver le commerce pour que l'art. 121 soit en jeu. L'examen est objectif, fondé sur le libellé de la loi, sur le contexte législatif dans lequel elle a été adoptée (c.-à-d. qu'il faut se demander si elle fait partie d'un régime réglementaire plus large) et sur tous ses effets discernables (qui peuvent inclure bien davantage que son effet d'entrave au commerce). Si l'objet de la loi est de même nature que les objets traditionnellement visés par les tarifs — comme exploiter le passage de biens à la frontière dans le seul but de collecter des fonds, protéger l'industrie locale ou sanctionner une autre province —, cela pourrait, dépendant d'autres facteurs, étayer la prétention que l'objet principal de la loi consiste à restreindre le commerce : voir, p. ex., *Murphy*, p. 638-639, le juge Rand; *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, p. 1268, le juge en chef Laskin; D. Hill, dir., *National Trade and Tariff Service* (feuilles mobiles), §1.3; *Black's Law Dictionary* (9^e éd. 2009), p. 1593-1594.

[112] Les lois qui, sans faire partie d'un régime plus large, ont pour effet de restreindre le commerce interprovincial n'enfreignent pas l'art. 121 si leur objet principal n'est pas d'entraver le commerce, mais un autre objet valide. Ainsi, une loi qui interdit la circulation de boissons alcooliques d'une province à une autre avec pour objectif principal de protéger la santé et le bien-être des personnes qui habitent dans la province n'enfreindrait pas l'art. 121. Cela dit, plus souvent, il n'est pas satisfait à l'exigence relative à l'objet principal applicable dans l'analyse d'une loi au regard de l'art. 121 parce que la

across a provincial boundary, but to achieve the goals of the regulatory scheme.

[113] However, a law that in essence and purpose impedes cross-border trade cannot be rendered constitutional under s. 121 solely by inserting it into a broader regulatory scheme. If the primary purpose of the broader scheme is to impede trade, or if the impugned law is not connected in a rational way to the scheme's objective, the law will violate s. 121. A rational connection between the impugned measure and the broader objective of the regulatory scheme exists where, as a matter of reason or logic, the former can be said to serve the latter: see, e.g., *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 153, per McLachlin J. (as she then was), and at para. 184, per Iacobucci J. The scheme may be purely provincial, or a mixed federal-provincial scheme: *Gold Seal*; see also *Reference re Agricultural Products Marketing Act*.

[114] In summary, two things are required for s. 121 to be violated. The law must impact the inter-provincial movement of goods like a tariff, which, in the extreme, could be an outright prohibition. And, restriction of cross-border trade must be the primary purpose of the law, thereby excluding laws enacted for other purposes, such as laws that form rational parts of broader legislative schemes with purposes unrelated to impeding interprovincial trade.

[115] The decided cases, while not numerous, illustrate how the essence and purpose test works. In *Gold Seal*, a federal law aimed at assisting dry provinces in keeping liquor out of their territories was held not to infringe s. 121. The law did not impede the flow of goods across provincial boundaries as its primary purpose; rather, it was part of a larger federal-provincial scheme to facilitate provinces' decisions, as informed by local referendums, to impose

restriction au commerce qui découle de cette loi n'est qu'un effet accessoire de son rôle dans le contexte d'un régime valide dont l'objet est différent. L'objet principal d'une telle loi n'est pas la restriction du commerce d'une province à une autre, mais l'atteinte des objectifs du régime réglementaire.

[113] Toutefois, on ne peut valider sur le plan constitutionnel au regard de l'art. 121 une loi qui, de par son essence et son objet, entrave le commerce interprovincial uniquement en l'insérant dans un régime réglementaire plus large. Si l'objet principal du régime plus large est d'entraver le commerce, ou si la loi contestée n'est pas reliée logiquement à l'objet du régime, elle contrevient à l'art. 121. Il existe un lien rationnel entre la mesure contestée et l'objectif plus large du régime réglementaire lorsque, sur le plan de la raison ou de la logique, on peut dire de la première qu'elle sert le deuxième : voir, p. ex., *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 153, la juge McLachlin (maintenant juge en chef), et au par. 184, le juge Iacobucci. Le régime peut être purement provincial ou il peut être à la fois provincial et fédéral : *Gold Seal*; voir également le *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*.

[114] Bref, il ne sera enfreint à l'art. 121 qu'en présence de deux éléments. La loi doit avoir, comme un tarif, une incidence sur la circulation interprovinciale de biens, une incidence qui, à la limite, peut consister en une interdiction pure et simple. Il faut en outre que la restriction au commerce interprovincial constitue l'objet principal de la loi, de sorte que ne sont pas visées les lois adoptées pour l'atteinte d'autres objets, comme des lois qui font rationnellement partie de régimes législatifs plus larges dont les objets ne sont pas liés à l'entrave au commerce interprovincial.

[115] Les décisions rendues, bien que peu nombreuses, illustrent comment fonctionne le test fondé sur l'essence et l'objet de la loi. Dans *Gold Seal*, la Cour a conclu qu'une loi fédérale visant à aider les provinces prohibitionnistes à faire en sorte que des boissons alcooliques ne se retrouvent pas sur leur territoire n'était pas contraire à l'art. 121. La loi n'avait pas pour objet principal d'entraver la libre circulation des biens d'une province à une autre; elle faisait

temperance to avoid harms associated with alcohol consumption. Therefore, it did not violate s. 121. Similarly, in *Murphy*, a federal law prohibiting farmers from shipping grain across provincial boundaries was held not to violate s. 121 because it was part of a larger marketing scheme to enable the distribution of grain. The impugned tax in *Atlantic Smoke Shops* failed because it did not distinguish between local and extra-provincial tobacco. In other words, it was not in essence tariff-like.

[116] There is debate about whether s. 121 applies equally to provincial and federal laws. While this Court has in previous decisions proceeded on the basis that federal laws may engage s. 121 (see, e.g., *Gold Seal* and *Murphy*), no federal law is properly at issue in the present appeal and so the question need not be resolved here. We agree with Laskin C.J.'s statement in *Reference re Agricultural Products Marketing Act*, at p. 1267, that “the application of s. 121 may be different according to whether it is provincial or federal legislation that is involved because what may amount to a tariff or customs duty under a provincial regulatory statute may not have that character at all under a federal regulatory statute”.

VI. Application

[117] Does s. 134(b) of the *Liquor Control Act* contravene s. 121? We conclude that it does not. To reiterate, s. 134(b) provides:

134 Except as provided by this Act or the regulations, no person, within the Province, by himself, his clerk, employee, servant or agent shall

...

plutôt partie d'un régime fédéral provincial plus large visant à faciliter la mise en œuvre des décisions des provinces, fondées sur des référendums locaux, d'interdire la consommation d'alcool pour éviter les préjudices découlant de cette pratique. Ainsi, elle n'enfreignait pas l'art. 121. De même, dans *Murphy*, il a été conclu qu'une loi fédérale interdisant aux fermiers d'expédier des céréales au-delà des frontières provinciales ne contrevenait pas à l'art. 121 parce qu'elle faisait partie d'un régime plus large de mise en marché pour la distribution de ces produits. La contestation de la loi dans *Atlantic Smoke Shops* a échoué parce que le texte législatif en cause n'établissait pas de distinction entre le tabac local et celui provenant d'une autre province. Autrement dit, elle n'établissait pas, de par son essence, une charge du type d'un tarif.

[116] La question de savoir si l'art. 121 s'applique autant aux lois provinciales qu'aux lois fédérales fait l'objet de débats. Certes, dans des décisions antérieures, la Cour a tranché les litiges en tenant pour acquis que les lois fédérales peuvent faire intervenir l'art. 121 (voir, p. ex., *Gold Seal* et *Murphy*); aucune loi fédérale n'est toutefois réellement en cause dans le présent appel, de sorte qu'il n'est pas nécessaire de trancher ici la question. Nous souscrivons aux propos du juge en chef Laskin dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, lorsqu'il affirme à la p. 1267 que « l'application de l'art. 121 peut être différente selon qu'il s'agit de législation fédérale ou provinciale, parce que ce qui peut équivaloir à un tarif ou à un droit de douane sous l'empire d'une réglementation provinciale peut ne pas avoir du tout ce caractère sous l'empire d'une réglementation fédérale ».

VI. Application

[117] L'alinéa 134b) de la *Loi sur la réglementation des alcools* contrevient-il à l'art. 121? Nous concluons qu'il n'y a pas contravention. Il convient de reproduire l'al. 134b) :

134 Sauf dans les cas prévus par la présente loi et les règlements, nul ne doit, dans la province, soit personnellement, soit par l'entremise de son commis, employé, préposé ou représentant,

...

(b) have or keep liquor,

not purchased from the Corporation.

[118] Our task is to determine if the essence and purpose of s. 134(b) is to restrict trade in liquor across New Brunswick's border.

[119] The first question is whether s. 134(b), in its essence or character, functions like a tariff by impeding cross-border trade. Section 134(b), in conjunction with other provisions, makes it an offence to stock excessive amounts of liquor obtained from anywhere other than the New Brunswick Liquor Corporation. Liquor from the Corporation can be stocked for free, while liquor from elsewhere cannot, without running the risk of incurring a fine and having the alcohol confiscated. These penalties act to burden the cost of such liquor both directly and indirectly. First, the penalties imposed for stocking liquor purchased from outside the Corporation function to directly increase the cost of acquiring such liquor. Second, the risk of fine and confiscation indirectly acts as a general disincentive for New Brunswickers who would otherwise seek lower-priced liquor than that available through the Corporation, where it exists.

[120] By making people who stock liquor acquired from outside the provincial Corporation pay fines and thus more generally depriving them of cheaper goods, the law burdens the cost of the targeted liquor. If the authorities seize any liquor identified when a charge is laid under s. 134(b) — as occurred in Mr. Comeau's case — the law, in practical terms, prohibits, and therefore completely bars access to, non-Corporation liquor. This prohibition functions like a tariff at the extreme end of the spectrum. With respect to out-of-province liquor, the liquor is not just prevented from being “admitted free”; it cannot be admitted at all.

b) avoir ou garder des boissons alcooliques

achetées ailleurs qu'à la Société.

[118] Notre tâche consiste à déterminer si, de par son essence et son objet, l'al. 134b) vise à restreindre le commerce des boissons alcooliques entre le Nouveau-Brunswick et les autres provinces.

[119] Premièrement, nous devons déterminer si, de par son essence, l'al. 134b) agit comme un tarif de sorte qu'il entrave le commerce interprovincial. Considéré conjointement avec d'autres dispositions, l'al. 134b) érige en infraction le fait de faire des provisions de quantités excessives de boissons alcooliques obtenues ailleurs qu'à la Société des alcools du Nouveau-Brunswick. Il est possible de faire, sans coût additionnel, provision de boissons alcooliques provenant de la Société; pour celles provenant d'ailleurs, cela n'est pas possible sans courir le risque de se voir infliger une amende et de se faire confisquer les produits en question. Ces sanctions augmentent le coût de ce type de boissons alcooliques à la fois directement et indirectement. D'abord, les sanctions infligées pour avoir fait provision de telles boissons provenant d'ailleurs que de la Société ont pour effet d'en augmenter directement le coût d'acquisition. Ensuite, le risque d'infliction d'une amende et de confiscation a indirectement un effet dissuasif général sur les Nouveaux-Brunswickois qui, autrement, pourraient chercher à se procurer des boissons alcooliques à meilleur prix qu'à la Société, là où il y en a.

[120] En forçant ceux qui font provision de boissons alcooliques achetées ailleurs qu'à la Société de la province à payer des amendes, et en les privant par le fait même de biens moins chers, la loi augmente le coût des boissons alcooliques visées. Si les autorités saisissent des boissons identifiées lorsqu'une accusation est portée en application de l'al. 134b) — comme cela s'est passé dans le cas de M. Comeau — la loi, sur le plan pratique, interdit et empêche totalement l'accès à des boissons alcooliques obtenues ailleurs qu'à la Société. Cette interdiction agit comme un tarif à l'extrême de l'éventail des possibilités. En ce qui a trait à l'alcool provenant d'une autre province, il n'est pas simplement empêché qu'il soit « admis en franchise » au Nouveau-Brunswick, il ne peut carrément pas y entrer.

[121] This restriction is related to a provincial boundary. Section 134(b) impedes liquor purchases originating outside of the provincial Corporation above a certain threshold. The law thus has two effects. The first effect is to restrict access to liquor from other provinces. The other effect is to restrict access to liquor within the province that is not controlled by the Corporation. But although the fine functions to restrict purchases of liquor from the black market within New Brunswick, this does not negate the fact that it also imposes a burden on bringing liquor across a provincial boundary. The presence of the first effect — restricting access to liquor from other provinces — is sufficient to establish that s. 134(b), in essence, functions like a tariff, even though it may have other purely internal effects.

[122] The next question is whether this restriction on trade is the *primary purpose* of s. 134(b). As discussed, the text, the effects and the legislative context assist in identifying the primary purpose of s. 134(b). Here, the text and effects are aligned and suggest the primary purpose of s. 134(b) is not to impede trade. Section 134(b) prohibits “hav[ing] or keep[ing]” liquor above a certain threshold “not purchased from the Corporation”. In effect, it restricts holding liquor obtained from non-Corporation sources within New Brunswick *and* restricts holding liquor from non-Corporation sources coming into New Brunswick. The text and effects of s. 134(b) indicate that its primary purpose is to restrict access to *any* non-Corporation liquor, not just liquor brought in from another province like Quebec. This is reinforced when one reads s. 134(b) in conjunction with s. 43(c), the provision that sets the maximum amount of allowable non-Corporation liquor that can be kept by someone within New Brunswick. The existence of a statutory threshold, as opposed to an absolute prohibition, suggests that the purpose of s. 134(b) is not to specifically target out-of-province liquor, but to more generally prevent defined quantities of non-Corporation liquor

[121] La restriction est liée à une frontière provinciale. L’alinéa 134b) entrave l’achat au-delà d’un certain seuil de boissons alcooliques provenant d’ailleurs que de la Société de la province. La loi a donc deux effets. D’abord, elle restreint l’accès à des boissons alcooliques provenant d’autres provinces. Ensuite, elle restreint dans la province l’accès aux boissons alcooliques qui ne sont pas sous le contrôle de la Société. S’il est vrai que les amendes sont conçues de telle sorte qu’elles restreignent l’achat de boissons alcooliques du marché noir au Nouveau-Brunswick, elles constituent néanmoins également une entrave à l’entrée de boissons alcooliques dans la province. L’existence du premier de ces effets — soit la restriction de l’accès aux boissons alcooliques provenant d’autres provinces — est suffisante pour établir que l’al. 134b), de par son essence, fonctionne comme un tarif, et ce, même s’il peut avoir d’autres effets strictement liés au commerce qui a cours dans la province.

[122] Nous devons ensuite déterminer si cette restriction au commerce constitue l’*objet principal* de l’al. 134b). Comme nous l’avons mentionné, le libellé, les effets et le contexte législatif aident à cerner quel est cet objet. En l’espèce, le libellé et les effets pointent dans la même direction et laissent croire que l’objet principal de l’al. 134b) n’est pas d’entraver le commerce. Cette disposition interdit « [d’]avoir ou [de] garder » plus qu’une certaine quantité de boissons alcooliques « achetées ailleurs qu’à la Société ». En fait, elle restreint le droit de détenir des boissons alcooliques obtenues de sources autres que la Société *et* restreint le droit de détenir des boissons alcooliques obtenues de sources autres que la Société et importées au Nouveau-Brunswick. Le libellé et les effets de l’al. 134b) indiquent que l’objet principal de ce dernier consiste à restreindre l’accès à *toutes* les boissons alcooliques obtenues de sources autres que la Société et non pas uniquement à celles qui proviennent d’une autre province comme le Québec. Ce point de vue est renforcé par une lecture conjointe des al. 134b) et 43c), ce dernier étant celui qui établit le seuil maximal de boissons alcooliques provenant d’ailleurs que de la Société que peut détenir une personne au Nouveau-Brunswick. En effet,

from entering the liquor supply within New Brunswick's borders.

[123] This conclusion is confirmed when one considers the broader scheme of which s. 134(b) forms part — a scheme that governs New Brunswick's capacity to regulate how liquor is managed within the province. The *Liquor Control Act* sets out diverse and extensive rules and prohibitions aimed at controlling access to liquor in New Brunswick. A companion statute, the *New Brunswick Liquor Corporation Act*, S.N.B. 1974, c. N-6.1 (now R.S.N.B. 2016, c. 105), establishes the province's public liquor supply management monopoly. Together, these statutes set out a comprehensive and technical scheme to ensure that the liquor trade within the province is monitored. Section 3 of the federal *Importation of Intoxicating Liquors Act*, R.S.C. 1985, c. I-3, endorses provinces' capacity to enact such schemes.

[124] The objective of the New Brunswick scheme is not to restrict trade across a provincial boundary, but to enable public supervision of the production, movement, sale, and use of alcohol within New Brunswick. It is common ground that provinces are able to enact schemes to manage the supply of and demand for liquor within their borders: *Air Canada v. Ontario (Liquor Control Board)*, [1997] 2 S.C.R. 581, at para. 55, citing *R. v. Gautreau* (1978), 21 N.B.R. (2d) 701 (S.C. (App. Div.)). Governments manage liquor prices, storage and distribution with a view to diverse internal policy objectives. Although the Crown conceded that New Brunswick generates revenue from its legislative scheme, this is not the primary purpose of the scheme, but an offshoot of it. Finally, s. 134(b) is not divorced from the objective of the larger scheme. It plainly serves New

l'existence d'un seuil fixé par la loi, plutôt que d'une interdiction pure et simple, suggère que l'al. 134(b) ne vise pas spécifiquement les boissons alcooliques provenant de l'extérieur de la province, mais plus généralement l'interdiction d'intégrer aux réserves de boissons alcooliques du Nouveau-Brunswick une quantité définie de ces boissons provenant d'ailleurs que de la Société.

[123] L'examen du régime plus large dont l'al. 134(b) fait partie — un régime qui réglemente la capacité du Nouveau-Brunswick de régir la gestion de l'alcool dans la province — confirme cette conclusion. La *Loi sur la réglementation des alcools* énonce des règles diverses et détaillées ainsi que des interdictions visant le contrôle de l'accès à l'alcool au Nouveau-Brunswick. Une loi connexe, la *Loi sur la Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, L.N.-B. 1974, c. N-6.1 (maintenant L.R.N.-B. 2016, c. 105), établit le monopole public de la gestion de l'approvisionnement d'alcool de la province. Considérées conjointement, ces lois mettent en place un régime complet et technique pour garantir la surveillance du commerce des boissons alcooliques dans la province. L'article 3 de la *Loi sur l'importation des boissons enivrantes*, L.R.C. 1985, c. I-3, consacre le droit des provinces d'adopter de tels régimes.

[124] En effet, le régime du Nouveau-Brunswick ne vise pas à restreindre le commerce interprovincial. Il vise plutôt à permettre la supervision par des entités publiques de la production, de la circulation, de la vente et de l'utilisation de l'alcool au Nouveau-Brunswick. Il est bien connu que les provinces ont le pouvoir d'adopter des régimes de gestion de l'approvisionnement et de la demande des boissons alcooliques à l'intérieur de leurs frontières : *Air Canada c. Ontario (Régie des alcools)*, [1997] 2 R.C.S. 581, par. 55, citant *R. c. Gautreau* (1978), 21 R.N.-B. (2^e) 701 (C.S. (div. d'app.)). Les gouvernements gèrent le prix, l'entreposage et la distribution des boissons alcooliques afin d'atteindre divers objectifs de politique interne. Même si le ministère public a admis que ce régime permet au Nouveau-Brunswick de générer des revenus, là n'est pas l'objet principal du

Brunswick's choice to control the supply and use of liquor within the province.

[125] We conclude that the primary purpose of s. 134(b) is to prohibit holding excessive quantities of liquor from supplies not managed by the province. New Brunswick's ability to exercise oversight over liquor supplies in the province would be undermined if non-Corporation liquor could flow freely across borders and out of the garages of bootleggers and home brewers. The prohibition imposed in s. 134(b) addresses both. While one effect of s. 134(b) is to impede interprovincial trade, this effect is only incidental in light of the objective of the provincial scheme in general. Therefore, while s. 134(b) in essence impedes cross-border trade, this is not its primary purpose.

[126] Section 134(b) does not violate s. 121 of the *Constitution Act, 1867*.

VII. Conclusion

[127] For the foregoing reasons, the Crown's appeal is allowed. The Court answers the appellant's constitutional question as follows:

Does s. 121 of the *Constitution Act, 1867* (U.K.), 30 & 31 Vict., c. 3, render unconstitutional s. 134(b) of the *Liquor Control Act*, R.S.N.B. 1973, c. L-10, which along with s. 3 of the *Importation of Intoxicating Liquors Act*, R.S.C. 1985, c. I-3, establishes a federal-provincial regulatory scheme in respect of intoxicating liquor?

Answer: No.

[128] This Court has already ordered that the appellant will bear the costs of this appeal: leave to appeal judgment, [2017] S.C.C. Bull. 778.

régime, ce n'en est qu'une conséquence collatérale. Enfin, l'al. 134b) n'est pas dissocié de l'objet du régime plus large. Il contribue clairement au choix de la province de contrôler l'approvisionnement et l'utilisation des boissons alcooliques sur son territoire.

[125] Nous concluons que l'objet principal de l'al. 134b) consiste à interdire la garde de quantités excessives de boissons alcooliques provenant de réserves qui ne sont pas régies par la province. La capacité du Nouveau-Brunswick d'exercer un contrôle sur les réserves de boissons alcooliques dans la province serait minée si de telles boissons provenant d'ailleurs que de la Société pouvaient entrer librement dans la province ou provenir de garages de trafiquants et de brasseurs privés. L'interdiction prévue à l'al. 134b) s'attaque à ces deux cas de figure. Certes, cette disposition a notamment pour effet d'entraver le commerce interprovincial, mais cet effet n'est qu'accessoire compte tenu de l'objet du régime provincial pris dans son ensemble. Ainsi, bien que, de par son essence, l'al. 134b) entrave le commerce transfrontalier, il ne s'agit pas de son objet principal.

[126] L'alinéa 134b) ne contrevient pas à l'art. 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

VII. Conclusion

[127] Pour les motifs qui précèdent, le pourvoi du ministère public est accueilli. La Cour répond ainsi à la question constitutionnelle de l'appelante :

L'article 121 de la *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3, rend-il inconstitutionnel l'al. 134b) de la *Loi sur la réglementation des alcools*, L.R.N.-B. 1973, c. L-10, qui, avec l'art. 3 de la *Loi sur l'importation de boissons enivrantes*, L.R.C. 1985, c. I-3, établit un régime de réglementation fédéral-provincial à l'égard des boissons enivrantes?

Réponse : Non.

[128] La Cour a déjà condamné l'appelante aux dépens du présent pourvoi : jugement sur la demande d'autorisation d'appel, [2017] Bull. C.S.C. 778.

<i>Appeal allowed with costs to the respondent.</i>	<i>Pourvoi accueilli avec dépens en faveur de l'intimé.</i>
<i>Solicitor for the appellant: Attorney General of New Brunswick, Fredericton.</i>	<i>Procureur de l'appelante : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.</i>
<i>Solicitors for the respondent: Gardiner, Roberts, Toronto; Matchim Bernard Law Group, Campbellton, N.B.; Arnold Schwisberg, Markham, Ontario.</i>	<i>Procureurs de l'intimé : Gardiner, Roberts, Toronto; Matchim Bernard Law Group, Campbellton, N.-B.; Arnold Schwisberg, Markham, Ontario.</i>
<i>Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Montréal.</i>	<i>Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Montréal.</i>
<i>Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.</i>	<i>Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.</i>
<i>Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.</i>	<i>Procureure de l'intervenante la procureure générale du Québec : Procureure générale du Québec, Québec.</i>
<i>Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.</i>	<i>Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.</i>
<i>Solicitors for the intervener the Attorney General of Prince Edward Island: Stewart McKelvey, Charlottetown.</i>	<i>Procureurs de l'intervenant le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard : Stewart McKelvey, Charlottetown.</i>
<i>Solicitor for the intervener the Attorney General of Saskatchewan: Attorney General of Saskatchewan, Regina.</i>	<i>Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.</i>
<i>Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Edmonton.</i>	<i>Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.</i>
<i>Solicitor for the intervener the Attorney General of Newfoundland and Labrador: Attorney General of Newfoundland and Labrador, St. John's.</i>	<i>Procureur de l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador : Procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, St. John's.</i>
<i>Solicitor for the intervener the Attorney General of the Northwest Territories: Attorney General of the Northwest Territories, Yellowknife.</i>	<i>Procureur de l'intervenant le procureur général des Territoires du Nord-Ouest : Procureur général des Territoires du Nord-Ouest, Yellowknife.</i>
<i>Solicitor for the intervener the Government of Nunavut as represented by the Minister of Justice: Attorney General of Nunavut, Iqaluit.</i>	<i>Procureur de l'intervenant le gouvernement du Nunavut, représenté par le ministre de la Justice : Procureur général du Nunavut, Iqaluit.</i>

Solicitors for the interveners Liquidity Wines Ltd., Painted Rock Estate Winery Ltd., 50th Parallel Estate Limited Partnership, Okanagan Crush Pad Winery Ltd. and Noble Ridge Vineyard and Winery Limited Partnership: Coulson Litigation, Vancouver; Gudmundseth Mickelson, Vancouver.

Solicitor for the intervener Artisan Ales Consulting Inc.: University of Alberta, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Montreal Economic Institute: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Solicitors for the intervener Federal Express Canada Corporation: McMillan, Toronto.

Solicitors for the interveners the Canadian Chamber of Commerce and the Canadian Federation of Independent Business: Borden Ladner Gervais, Toronto.

Solicitors for the intervener Cannabis Culture: Tousaw Law Corporation, Abbotsford, B.C.

Solicitors for the intervener the Association of Canadian Distillers, operating as Spirits Canada: Power Law, Vancouver.

Solicitors for the intervener Canada's National Brewers: Gowling WLG (Canada), Toronto.

Solicitors for the interveners the Dairy Farmers of Canada, the Egg Farmers of Canada, the Chicken Farmers of Canada, the Turkey Farmers of Canada and the Canadian Hatching Egg Producers: Conway Baxter Wilson, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Consumers Council of Canada: Siskinds, London and Toronto; Michael Sobkin, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Canadian Vintners Association: Bennett Jones, Toronto.

Solicitors for the intervener the Alberta Small Brewers Association: Burnet, Duckworth & Palmer, Calgary.

Procureurs des intervenantes Liquidity Wines Ltd., Painted Rock Estate Winery Ltd., 50th Parallel Estate Limited Partnership, Okanagan Crush Pad Winery Ltd. et Noble Ridge Vineyard and Winery Limited Partnership : Coulson Litigation, Vancouver; Gudmundseth Mickelson, Vancouver.

Procureur de l'intervenante Artisan Ales Consulting Inc. : University of Alberta, Edmonton.

Procureurs de l'intervenant l'Institut économique de Montréal : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Federal Express Canada Corporation : McMillan, Toronto.

Procureurs des intervenantes la Chambre de commerce du Canada et la Fédération canadienne de l'entreprise indépendante : Borden Ladner Gervais, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Cannabis Culture : Tousaw Law Corporation, Abbotsford, C.-B.

Procureurs de l'intervenante l'Association des distillateurs canadiens, faisant affaire sous le nom Spiritueux Canada : Power Law, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante Canada's National Brewers : Gowling WLG (Canada), Toronto.

Procureurs des intervenants les Producteurs laitiers du Canada, les Producteurs d'œufs du Canada, les Producteurs de poulet du Canada, les Éleveurs de dindon du Canada et les Producteurs d'œufs d'incubation du Canada : Conway Baxter Wilson, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant Consumers Council of Canada : Siskinds, London et Toronto; Michael Sobkin, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante l'Association des vignerons du Canada : Bennett Jones, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Alberta Small Brewers Association : Burnet, Duckworth & Palmer, Calgary.