

Jessica Ernst *Appellant*

v.

Alberta Energy Regulator *Respondent*

and

**Attorney General of Quebec,
Canadian Civil Liberties Association,
British Columbia Civil Liberties Association
and David Asper Centre for Constitutional
Rights** *Interveners*

**INDEXED AS: ERNST v. ALBERTA ENERGY
REGULATOR**

2017 SCC 1

File No.: 36167.

2016: January 12; 2017: January 13.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ALBERTA

Constitutional law — Charter of Rights — Enforcement — Remedy — Damages — Claim brought against statutory board seeking Charter damages for breaching right to freedom of expression — Board applying to strike claim on basis of immunity clause — Whether claim for Charter damages should be struck out because it discloses no cause of action — Whether immunity clause is constitutionally inapplicable or inoperable to the extent that it bars claim against board for Charter damages — Whether constitutional question should be decided at this stage of proceedings — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(1) — Energy Resources Conservation Act, R.S.A. 2000, c. E-10, s. 43.

The Alberta Energy Regulator (“Board”) is a statutory, independent, quasi-judicial body responsible for regulating Alberta’s energy resource and utility sectors. E claims that the Board breached her right to freedom of expression under s. 2(b) of the *Canadian Charter of*

Jessica Ernst *Appelante*

c.

Alberta Energy Regulator *Intimé*

et

**Procureure générale du Québec,
Association canadienne des libertés civiles,
British Columbia Civil Liberties Association
et David Asper Centre for Constitutional
Rights** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : ERNST c. ALBERTA ENERGY
REGULATOR**

2017 CSC 1

N° du greffe : 36167.

2016 : 12 janvier; 2017 : 13 janvier.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Application — Réparation — Dommages-intérêts — Demande de dommages-intérêts présentée en vertu de la Charte contre un office créé par la loi pour violation du droit à la liberté d’expression — Office sollicitant la radiation de la demande sur la base d’une disposition d’immunité — Y a-t-il lieu de radier la demande de dommages-intérêts fondée sur la Charte parce qu’elle ne révèle aucune cause d’action? — La disposition d’immunité est-elle inapplicable ou inopérante du point de vue constitutionnel en ce qu’elle fait obstacle à une demande de dommages-intérêts présentée contre l’office en vertu de la Charte? — Y a-t-il lieu de trancher la question constitutionnelle à ce stade de l’instance? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(1) — Energy Resources Conservation Act, R.S.A. 2000, c. E-10, art. 43.

L’Alberta Energy Regulator (« Office ») est un organisme quasi judiciaire indépendant créé par la loi qui a pour mission de réglementer les secteurs des ressources énergétiques et des services publics. E soutient que l’Office a violé le droit à la liberté d’expression que

Rights and Freedoms by punishing her for publicly criticizing the Board and by preventing her, for a period of 16 months, from speaking to key offices within it. E brought a claim against the Board for damages as an “appropriate and just” remedy under s. 24(1) of the *Charter* for that alleged breach. The Board applied to strike this claim on the basis, among others, that it is protected by an immunity clause — i.e., s. 43 of the *Energy Resources Conservation Act* — which precludes all claims in relation to the Board’s actions purportedly done pursuant to the legislation which the Board administers. Both the Alberta Court of Queen’s Bench and the Court of Appeal found that the immunity clause on its face bars E’s claim for *Charter* damages and concluded therefore that it should be struck out. On appeal to this Court, E reformulated her claim to add a challenge to the constitutional validity of s. 43.

Held (McLachlin C.J. and Moldaver, Côté and Brown JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

1. *Per* Cromwell J. (with Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ.): The claim for *Charter* damages should be struck out and the appeal should be dismissed. It is plain and obvious that s. 43 on its face bars E’s claim for *Charter* damages. However, because *Charter* damages could never be an appropriate and just remedy for *Charter* breaches by the Board, s. 43 does not limit the availability of such a remedy under the *Charter* and the provision cannot be unconstitutional.

2. *Per* Abella J.: E’s claim for *Charter* damages should be struck and the appeal dismissed. E did not seek to challenge the constitutionality of s. 43 in the prior proceedings. In the absence of proper notice and a full evidentiary record, this Court should not entertain the constitutional argument. This leaves the constitutionality of s. 43 intact. It is therefore plain and obvious that s. 43, an unqualified immunity clause, bars E’s claim. While it is likely that *Charter* damages would not be an appropriate and just remedy against this Board, a prior determination of the constitutionality of the immunity clause is required.

3. *Per* McLachlin C.J. and Moldaver and Brown JJ. (with Côté J.): The application to strike E’s claim must fail and

lui garantit l’al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* en la punissant pour avoir critiqué publiquement l’Office et en l’empêchant pendant 16 mois de s’adresser à ses bureaux clés. E a réclamé à l’Office pour cette violation des dommages-intérêts en guise de réparation « convenable et juste » en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. L’Office a sollicité la radiation de cette demande au motif notamment qu’il est protégé par une disposition d’immunité, soit l’art. 43 de l’*Energy Resources Conservation Act*, qui empêche l’exercice de tout recours pour des actes que l’Office aurait accomplis en conformité avec la loi qu’il applique. La Cour du Banc de la Reine et la Cour d’appel de l’Alberta ont toutes deux conclu que la disposition d’immunité fait obstacle à première vue à la demande de dommages-intérêts présentée par E en vertu de la *Charte* et que cette demande doit donc être radiée. Dans le présent pourvoi, E a reformulé sa demande pour contester la constitutionnalité de l’art. 43.

Arrêt (la juge en chef McLachlin et les juges Moldaver, Côté et Brown sont dissidents) : Le pourvoi est rejeté.

1. *Le* juge Cromwell (avec l’accord des juges Karakatsanis, Wagner et Gascon) : Il y a lieu de radier la demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte* et de rejeter le pourvoi. Il est évident et manifeste que l’art. 43 fait obstacle à première vue à la demande de dommages-intérêts présentée par E en vertu de la *Charte*. Toutefois, comme l’octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne peut jamais constituer une réparation convenable et juste pour les violations de la *Charte* commises par l’Office, l’art. 43 ne limite pas la possibilité d’obtenir pareille réparation au titre de la *Charte* et la disposition ne saurait être inconstitutionnelle.

2. *La* juge Abella : Il y a lieu de radier la demande de dommages-intérêts présentée par E en vertu de la *Charte* et de rejeter le pourvoi. E n’a pas tenté de contester la constitutionnalité de l’art. 43 lors des instances antérieures. À défaut d’un avis en bonne et due forme et d’un dossier de preuve complet, la Cour ne devrait pas connaître de l’argument constitutionnel. La constitutionnalité de l’art. 43 demeure donc intacte. Par conséquent, il est évident et manifeste que l’art. 43, une disposition d’immunité catégorique, fait obstacle à la demande de E. Bien que l’octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne constitue probablement pas une réparation convenable et juste à l’encontre de l’Office, il faut d’abord statuer sur la constitutionnalité de la disposition d’immunité.

3. *La* juge en chef McLachlin et les juges Moldaver et Brown (avec l’accord de la juge Côté) : Il y a lieu de rejeter

the appeal must be allowed. It is not plain and obvious that *Charter* damages could not be an appropriate and just remedy in the circumstances of E's claim against the Board. Nor is it plain and obvious that, on its face, s. 43 bars E's claim for *Charter* damages. As a result, it is not necessary to consider s. 43's constitutionality at this stage of the proceedings.

Per Cromwell, Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ.: It is plain and obvious that s. 43 of the *Energy Resources Conservation Act* on its face bars E's claim for *Charter* damages. This conclusion is common ground between the parties. The only issue for decision then is whether E successfully challenged the constitutionality of s. 43. In this case, having had more than ample opportunity to do so, E has failed to discharge her burden of showing that the law is unconstitutional. It follows that the immunity clause must be applied, and E's claim for *Charter* damages struck out.

Charter damages may vindicate *Charter* rights, provide compensation and deter future violations. But awarding damages may also inhibit effective government, and remedies other than damages may provide substantial redress without having a broader adverse impact. Section 24(1) of the *Charter* confers on the courts a broad remedial authority. But this does not mean that *Charter* breaches should always, or even routinely, be remedied by damages. The leading case about when *Charter* damages are an appropriate and just remedy is *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28. If damages would further one or more of the objectives of compensation, vindication and deterrence, it is open to the state to raise countervailing factors to establish that damages are not an appropriate and just remedy. In the present case, when such countervailing factors are considered collectively, they negate the appropriateness of an otherwise functionally justified award of *Charter* damages against the Board.

First, there is an alternative and more effective remedy for *Charter* breaches by the Board. Judicial review

de la requête en radiation de la demande de E et d'accueillir le pourvoi. Il n'est pas évident et manifeste que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne peut pas constituer une réparation convenable et juste dans le cas de la demande de E visant l'Office. Il n'est pas non plus évident et manifeste qu'à première vue, l'art. 43 fait obstacle à la demande de dommages-intérêts présentée par E en vertu de la *Charte*. Il n'est donc pas nécessaire de statuer sur la constitutionnalité de l'art. 43 à ce stade de l'instance.

Les juges Cromwell, Karakatsanis, Wagner et Gascon : Il est évident et manifeste que l'art. 43 de l'*Energy Resources Conservation Act* fait obstacle à première vue à la demande de dommages-intérêts présentée par E en vertu de la *Charte*. Les parties s'entendent sur cette conclusion. Il ne reste donc qu'une seule question à trancher : E a-t-elle contesté avec succès la constitutionnalité de l'art. 43? En l'espèce, même si elle a eu amplement l'occasion de le faire, E ne s'est pas acquittée de son fardeau de démontrer que la loi est inconstitutionnelle. Par conséquent, il faut appliquer la disposition d'immunité et radier la demande de dommages-intérêts présentée par E en vertu de la *Charte*.

L'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* peut défendre des droits garantis par la *Charte*, fournir une indemnité et dissuader de nouvelles violations. Cependant, l'octroi de dommages-intérêts peut également gêner l'efficacité du gouvernement, et des réparations autres que les dommages-intérêts peuvent offrir un redressement important sans avoir un effet préjudiciable général. Le paragraphe 24(1) de la *Charte* confère aux tribunaux un vaste pouvoir de réparation. Toutefois, cela ne veut pas dire qu'il convient toujours, ou même couramment, de remédier à des violations de la *Charte* en accordant des dommages-intérêts. L'arrêt de principe quant aux circonstances dans lesquelles des dommages-intérêts accordés en vertu de la *Charte* constituent une réparation convenable et juste est *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28. Si les dommages-intérêts favoriseraient la réalisation d'un ou de plusieurs des objectifs d'indemnisation, de défense du droit en cause ou de dissuasion, il est loisible à l'État d'invoquer des facteurs faisant contrepoids pour établir que les dommages-intérêts ne constituent pas une réparation convenable et juste. En l'espèce, quand on examine ensemble ces facteurs faisant contrepoids, on constate qu'ils rendent inappropriée la condamnation par ailleurs justifiée, d'un point de vue fonctionnel, de l'Office à des dommages-intérêts fondés sur la *Charte*.

Premièrement, il existe un autre moyen, plus efficace de surcroît, de remédier aux violations de la *Charte*

of the Board's decisions has the potential to provide prompt vindication of E's *Charter* rights, to provide effective relief in relation to the Board's conduct in the future, to reduce the extent of any damage flowing from the breach, and to provide legal clarity to help prevent any future breach of a similar nature. Further, the statutory immunity clause here cannot bar access to judicial review.

Second, good governance concerns are also engaged, as granting damages would undermine the effectiveness of the Board and inhibit effective governance. Private law thresholds and defences may offer guidance about when *Charter* damages may be an appropriate remedy. The policy reasons considered capable of negating a *prima facie* duty of care under the private law of negligence have included (i) excessive demands on resources, (ii) the potential chilling effect on the behaviour of the state actor, and (iii) protection of quasi-judicial decision making. The same policy considerations weigh heavily here. The Board has the public duty of balancing several potentially competing rights, interests and objectives, and balancing public and private interests in the execution of its quasi-judicial duties. The jurisprudence cautions against attempting to segment the functions of a quasi-judicial regulatory board such as this one into adjudicative and regulatory activity for the purposes of considering whether its actions should give rise to liability. And the policy reasons that have led legislatures across Canada to enact many statutory immunity clauses, like the one in this case, may also inform the analysis of countervailing considerations relating to good governance. Overall, opening the Board to damages claims could deplete the Board's resources, distract it from its statutory duties, potentially have a chilling effect on its decision making, compromise its impartiality, and open up new and undesirable modes of collateral attack on its decisions.

Finally, to determine the appropriateness of *Charter* damages against this type of board on a case-by-case basis in a highly factual and contextual manner would largely undermine the purposes served by an immunity. Not every bare allegation claiming *Charter* damages must proceed to an individualized, case-by-case consideration on its particular merits. Immunity is easily

commises par l'Office. Le contrôle judiciaire des décisions de l'Office permet de défendre rapidement les droits conférés à E par la *Charte*, d'obtenir un redressement concret en ce qui concerne les agissements futurs de l'Office, de réduire l'ampleur de tout préjudice découlant de la violation et de clarifier le droit pour aider à prévenir toute nouvelle violation semblable. De plus, la disposition législative prévoyant une immunité en l'espèce ne peut faire obstacle au contrôle judiciaire.

Deuxièmement, les préoccupations relatives au bon gouvernement entrent elles aussi en jeu car l'octroi de dommages-intérêts nuirait au bon travail de l'Office et générerait l'efficacité du gouvernement. Les seuils et moyens de défense issus du droit privé peuvent aider à établir dans quels cas les dommages-intérêts fondés sur la *Charte* constituent peut-être une réparation convenable. Les raisons de politique générale que l'on considère susceptibles d'écarter une obligation de diligence *prima facie* en droit privé de la négligence comprennent : (i) une ponction indue sur les ressources, (ii) l'effet paralysant que cette obligation peut avoir sur la conduite de l'acteur étatique et (iii) la protection du processus décisionnel quasi judiciaire. Les mêmes considérations de politique générale pèsent lourd dans la balance en l'espèce. L'Office a l'obligation publique de concilier plusieurs droits, intérêts et objectifs susceptibles de s'opposer ainsi que les intérêts publics et privés dans l'acquiescement de ses obligations quasi judiciaires. La jurisprudence indique qu'il ne faut pas tenter de fractionner les fonctions d'un organisme de réglementation quasi judiciaire comme celui en l'espèce en dissociant le rôle juridictionnel du rôle de réglementation dans le but de décider si ses agissements devraient engager sa responsabilité. Et l'analyse des préoccupations relatives au bon gouvernement qui font contrepois peut tenir compte également des raisons de politique générale qui ont amené les législateurs de partout au pays à adopter de nombreuses dispositions législatives prévoyant une immunité comme celle en l'espèce. Globalement, exposer l'Office à des demandes de dommages-intérêts risque d'accaparer ses ressources et de le détourner des obligations que lui attribue la loi, ce qui pourrait avoir un effet paralysant sur sa prise de décisions, compromettre son impartialité et ouvrir la voie à de nouveaux moyens indépassables d'attaquer indirectement ses décisions.

Enfin, juger au cas par cas du caractère convenable d'une condamnation de ce type d'office à des dommages-intérêts en vertu de la *Charte* en mettant l'accent sur les faits et le contexte minerait grandement la raison d'être de l'immunité. Il n'y a pas lieu d'examiner sur le fond au cas par cas toutes les simples allégations selon lesquelles des dommages-intérêts doivent être

frustrated where the mere pleading of an allegation of bad faith or punitive conduct in a statement of claim can call into question a decision-maker's conduct. Even qualified immunity undermines the decision-maker's ability to act impartially and independently, as the mere threat of litigation, achieved by artful pleadings, will require the decision-maker to engage with claims brought against him or her.

In view of these countervailing factors, *Charter* damages could never be an appropriate and just remedy for *Charter* breaches by the Board. Therefore, s. 43 of the *Energy Resources Conservation Act* does not limit the availability of such a remedy under the *Charter* and the provision cannot be unconstitutional.

Per Abella J.: E is asking this Court to pronounce on the constitutional applicability and operability of s. 43, an immunity clause in the *Energy Resources Conservation Act*. This is in essence a challenge to the constitutionality of s. 43. At no stage did E give the required formal notice of a constitutional challenge to s. 43. Until she came to this Court, E denied that she was even challenging the constitutionality of s. 43. E's approach represents an improper collateral attack on s. 43's constitutionality.

All the provinces have statutes that require notice to be given to the Attorney General of that province, and most require that notice be given to the Attorney General of Canada as well, in any proceeding where the constitutionality of a statute is in issue. Notice requirements serve a vital purpose. They ensure that courts have a full evidentiary record before invalidating legislation and that governments are given the fullest opportunity to support the validity of legislation. A new constitutional question ought not be answered unless the state of the record, the fairness to all parties, the importance of having the issue resolved, the question's suitability for decision, and the broader interests of the administration of justice demand it. The test for whether new issues should be considered is a stringent one, and the discretion to hear new issues should only be exercised exceptionally and never unless there is no prejudice to the parties.

The threshold for the exceptional exercise of this discretion is nowhere in sight in this case. First, the public interest requires that the fullest and best evidence

accordés en vertu de la *Charte*. L'immunité est aisément contrecarrée lorsqu'il suffit de plaider la mauvaise foi ou une conduite punitive dans une déclaration pour mettre en doute la conduite d'un décideur. Même une immunité restreinte diminue la capacité du décideur d'agir en toute impartialité et indépendance, car la simple menace de poursuite proférée à l'aide d'habiles plaidoiries obligera le décideur à se défendre contre des réclamations présentées contre lui.

À la lumière de ces facteurs faisant contrepoids, l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne peut jamais constituer une réparation convenable et juste pour les violations de la *Charte* commises par l'Office. Ainsi, l'art. 43 de l'*Energy Resources Conservation Act* ne limite pas la possibilité d'obtenir une telle réparation au sens de la *Charte* et la disposition ne saurait être inconstitutionnelle.

La juge Abella : E demande à la Cour de se prononcer sur l'applicabilité et l'opérabilité, du point de vue constitutionnel, de l'art. 43, une disposition d'immunité de l'*Energy Resources Conservation Act*. Elle conteste essentiellement la constitutionnalité de l'art. 43. E n'a jamais donné l'avis officiel requis pour contester la constitutionnalité de cet article. Jusqu'au moment où elle s'est présentée devant la Cour, E niait carrément qu'elle contestait la constitutionnalité de l'art. 43. L'approche préconisée par E représente une attaque indirecte irrégulière de la constitutionnalité de l'art. 43.

On trouve dans toutes les provinces des lois exigeant qu'un avis soit donné au procureur général de la province concernée et la plupart des provinces exigent qu'un avis soit également donné au procureur général du Canada dans toute instance où la constitutionnalité d'une loi est en cause. L'obligation de donner avis a un objectif fondamental, en l'occurrence celui de faire en sorte que le tribunal se prononce sur la validité de la disposition à partir d'un dossier de preuve complet et que l'État ait vraiment l'occasion de soutenir la validité de la disposition. On ne doit pas répondre à une nouvelle question constitutionnelle à moins que la teneur du dossier, l'équité envers toutes les parties, l'importance que la question soit résolue, le fait que la question se prête à une décision et les intérêts de l'administration de la justice en général ne l'exigent. Le critère applicable pour décider de l'opportunité d'examiner une nouvelle question est strict et le pouvoir discrétionnaire d'examiner une nouvelle question ne devrait être exercé qu'à titre exceptionnel et jamais à moins que les parties n'en subissent pas un préjudice.

On ne trouve en l'espèce pas la moindre allusion au seuil qui permettrait d'exercer de façon exceptionnelle ce pouvoir discrétionnaire. Tout d'abord, l'intérêt public

possible be put before the Court when it is asked to decide the constitutionality of a law. This requires the participation and input of the appropriate Attorneys General, especially from the jurisdiction of the legislation in question. In this case, there is no such evidentiary record.

The notion of “fairness to the parties” also weighs against this Court exercising its discretion to decide the constitutionality of s. 43. The Board asked this Court not to hear the constitutional question because it was not properly raised in the courts below, leaving it, rather than the Attorney General, unfairly as the sole defender of a provision in its enabling statute. At the Court of Appeal, the Attorney General of Alberta, for his part, also expressly raised concerns about the lack of notice and his inability to adduce evidence at the trial court and the appellate court. The failure to provide notice about the intention to challenge the constitutionality of s. 43 has resulted in no record and in the Attorney General of Alberta being unable to properly meet the case against it. This makes acceding to the request to determine the constitutionality of the statutory immunity clause inappropriate.

Immunity clauses protecting judicial and quasi-judicial bodies are found in a number of Canadian statutes. Judicial and quasi-judicial decision-makers are also protected by common law immunities. Immunizing these adjudicators from personal damage claims is grounded in attempts to protect their independence and impartiality and to facilitate the proper and efficient administration of justice.

The immunity clause here is absolute and unqualified. The legislature clearly chose not to qualify the immunity in any way. Any argument that it should not apply to conduct alleged to be punitive, or that it applies to adjudicative but not to other kinds of Board decisions, is nowhere evident in the statutory language. Caution should be exercised before undermining the immunity clause in this case. There are profound and obvious implications for all judges and tribunals from such a decision, and it should not be undertaken without a full and tested evidentiary record. It may or may not be the case that governments will be able to justify immunity from *Charter* damages, but until the s. 1 justificatory evidence is explored, this

exige de soumettre à la Cour la preuve la meilleure et la plus complète possible lorsque la Cour est appelée à statuer sur la constitutionnalité d'une loi. Cela nécessite la participation et le concours des procureurs généraux concernés, surtout celui du ressort où a été adoptée la loi en question. En l'espèce, il n'y a aucun dossier de preuve de ce genre.

La notion d'« équité envers les parties » joue elle aussi en défaveur de l'exercice, par la Cour, de son pouvoir discrétionnaire de statuer sur la constitutionnalité de l'art. 43. L'Office a demandé à la Cour de ne pas instruire la question constitutionnelle parce qu'elle n'avait pas été régulièrement soulevée devant les juridictions inférieures, de sorte que c'est l'Office, et non le procureur général, qui s'est injustement retrouvé dans le rôle d'unique défenseur d'une disposition de sa loi habilitante. En Cour d'appel, le procureur général de l'Alberta avait pour sa part formulé lui aussi expressément des réserves au sujet du défaut d'avis et de son incapacité à présenter des éléments de preuve tant en première instance qu'en Cour d'appel. Le défaut de donner avis de l'intention de contester la constitutionnalité de l'art. 43 s'est traduit par une absence de dossier et par le fait que le procureur général de l'Alberta n'a pas été en mesure de répondre convenablement aux allégations formulées contre cet article. Dans ces conditions, il est inopportun d'accéder à la demande visant à faire établir la constitutionnalité de la disposition législative prévoyant une immunité.

On retrouve des dispositions d'immunité protégeant les organismes judiciaires et quasi judiciaires dans plusieurs lois canadiennes. Les décideurs judiciaires ou quasi judiciaires jouissent également d'immunités en common law. L'immunité à l'égard des recours personnels en dommages-intérêts intentés contre ces décideurs est motivée par la volonté de protéger leur indépendance et leur impartialité et par le souci de favoriser la bonne administration de la justice et d'en renforcer l'efficacité.

La disposition d'immunité en l'espèce est sans équivoque et catégorique. La législature a clairement choisi de ne pas nuancer l'immunité de quelque façon que ce soit. Aucun argument selon lequel l'immunité ne devrait pas s'appliquer à une conduite qualifiée de punitive ou s'applique aux décisions de nature juridictionnelle de l'Office, mais non à ses autres décisions, ne ressort du texte de la loi. Il faut user de prudence avant de rogner la disposition d'immunité en cause. Une telle décision entraîne des conséquences profondes et évidentes pour l'ensemble des juges et des tribunaux et ne doit être prise que si l'on dispose d'un dossier de preuve complet qui a fait l'objet de vérifications. L'État pourra ou non être en

Court should not replace the necessary evidence with its own inferences.

While an analysis pursuant to *Vancouver (City) v. Ward*, [2010] 2 S.C.R. 28, likely leads to the conclusion that *Charter* damages are not an appropriate and just remedy in the circumstances, the question of whether such damages are appropriate requires a prior determination of the constitutionality of the immunity clause. If the clause is constitutional, there is no need to embark on a *Ward* analysis. If it is found to be unconstitutional, only then does a *Ward* analysis become relevant. Here, since E did not seek to challenge the constitutionality of s. 43 in the prior proceedings, there is no record either to justify or impugn the provision. This means that, for the time being, the provision's constitutionality is intact. It is therefore plain and obvious that E's claim is barred. E's *Charter* claim should therefore be dismissed.

Judicial review was the appropriate means of addressing E's concerns. The conventional challenge to an administrative tribunal's decision is judicial review, not an action against the administrative tribunal. When the Board made the decision to stop communicating with E, in essence finding her to be a vexatious litigant, it was exercising its discretionary authority under its enabling legislation. Issues about the legality, reasonableness, or fairness of this discretionary decision are issues for judicial review. E had the opportunity to seek timely judicial review of the Board's decision. She chose not to. Instead, she attempted to frame her grievance as a claim for *Charter* damages. That is precisely why s. 43 exists — to prevent an end-run by litigants around the required process, resulting in undue expense and delay for the Board and for the public.

Per McLachlin C.J. and Moldaver, Côté and Brown JJ. (dissenting): In deciding whether a claim for *Charter* damages should be struck out on the basis of a statutory immunity clause, the court must first determine whether it is plain and obvious that *Charter* damages could not be an appropriate and just remedy in the circumstances of the plaintiff's claim. If it is not plain and

mesure de justifier une immunité contre toute condamnation à des dommages-intérêts en vertu de la *Charte*, mais tant que les éléments de preuve justificatifs fondés sur l'article premier n'ont pas été analysés, la Cour ne devrait pas remplacer les éléments de preuve requis par ses propres déductions.

Bien qu'une analyse effectuée en conformité avec *Vancouver (Ville) c. Ward*, [2010] 2 R.C.S. 28, mène vraisemblablement à la conclusion que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne constitue pas une réparation convenable et juste dans les circonstances, il faut statuer sur la constitutionnalité de la disposition d'immunité avant de juger si pareils dommages-intérêts sont convenables. Si la disposition est constitutionnelle, point n'est besoin de procéder à l'analyse prescrite par *Ward*. Si elle est jugée inconstitutionnelle, ce n'est que dans ce cas que l'analyse en question entre en jeu. En l'espèce, comme E n'a pas tenté de contester la constitutionnalité de l'art. 43 lors des instances antérieures, il n'y a pas de dossier pouvant servir à justifier ou à attaquer la disposition en question. Cela signifie que, pour l'instant, la constitutionnalité de cette disposition demeure intacte. Il est donc évident et manifeste que la demande de E est irrecevable. La demande présentée par E en vertu de la *Charte* devrait donc être rejetée.

Le moyen qu'E aurait dû utiliser pour formuler ses doléances était de se pourvoir en contrôle judiciaire. Le recours habituellement utilisé pour contester la décision d'un tribunal administratif est le contrôle judiciaire et non une action dirigée contre le tribunal administratif. Lorsque l'Office a décidé de cesser de communiquer avec E, concluant pour l'essentiel qu'elle était une plaideuse quérulente, il exerçait le pouvoir discrétionnaire que lui confère sa loi habilitante. La légalité, la rationalité ou l'équité de cette décision discrétionnaire sont des questions qui relèvent du contrôle judiciaire. E a eu l'occasion de solliciter en temps opportun le contrôle judiciaire de la décision de l'Office. Elle a choisi de ne pas se prévaloir de cette possibilité. Elle a plutôt tenté d'exprimer ses reproches sous forme de demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte*. C'est précisément la raison d'être de l'art. 43 : empêcher les plaideurs de court-circuiter la procédure prescrite et éviter ainsi à l'Office et au public des frais et des retards indus.

La juge en chef McLachlin et les juges Moldaver, Côté et Brown (dissidents) : Pour décider s'il y a lieu de radier une demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte* en raison d'une disposition législative prévoyant une immunité, le tribunal doit d'abord établir s'il est évident et manifeste que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne peut pas constituer une réparation

obvious that *Charter* damages could not be appropriate and just, then the court must determine whether it is plain and obvious that the immunity clause, on its face, applies to the plaintiff's claim. If it is plain and obvious that the immunity clause applies, then the court must give effect to the immunity clause and strike the plaintiff's claim, unless the plaintiff successfully challenges the clause's constitutionality.

The framework set out in *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28, for assessing whether damages are an appropriate and just remedy in the circumstances can be applied at the application to strike stage. To survive an application to strike, the claimant must first plead facts which, if true, could prove a *Charter* breach; E has met this threshold here. E's pleadings establish the elements of an admittedly novel but arguable s. 2(b) claim. It cannot be said that it is plain and obvious that E cannot establish a breach of s. 2(b) of the *Charter*. The second step requires the claimant to demonstrate that damages could fulfill one or more of the functions of compensation, vindication, or deterrence. E has met this threshold, as well. Her allegations are sufficient to establish that the functions of vindication and deterrence could be supported by an award of *Charter* damages.

At the third step, the state may show that countervailing considerations make it plain and obvious that *Charter* damages could not be appropriate and just. Such considerations include the availability of alternative remedies that will meet the same objectives as an award of *Charter* damages, and good governance concerns — i.e., policy factors that will justify restricting the state's exposure to civil liability. Here, the Board has not shown that it is plain and obvious that judicial review will meet the same objectives as an award of *Charter* damages, namely, vindicating E's *Charter* right and deterring future breaches. With respect to good governance, two interrelated principles must be kept in mind. First, *Charter* compliance is itself a foundational principle of good governance. Second, good governance concerns must be considered in a manner that remains protective of *Charter* rights, since the "appropriate and just" analysis under s. 24(1) is designed to redress the *Charter* breach. While the common law recognizes absolute immunity from personal liability for judges and other state actors in the exercise of their adjudicative function, there is nothing in the record

convenable et juste dans le cas de la demande du demandeur. S'il n'est pas évident et manifeste que cette réparation ne peut pas être convenable et juste, le tribunal doit alors décider s'il est évident et manifeste que la disposition d'immunité s'applique à première vue à la demande du demandeur. Si la disposition s'applique évidemment et manifestement, le tribunal doit donner effet à la disposition d'immunité et radier la demande du demandeur, à moins que ce dernier ne conteste avec succès la constitutionnalité de la disposition.

Les paramètres établis dans *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28, pour déterminer si l'octroi de dommages-intérêts est une réparation convenable et juste dans les circonstances peuvent s'appliquer au stade de la requête en radiation. Pour résister à une requête en radiation, le demandeur doit d'abord alléguer des faits qui, s'ils se révélaient véridiques, pourraient démontrer l'existence d'une violation de la *Charte*; E a satisfait à ce critère en l'espèce. Les actes de procédure de E établissent les éléments constitutifs d'un moyen certes inédit, mais soutenable, tiré de l'al. 2b). On ne saurait dire qu'il est évident et manifeste que E ne peut pas prouver l'existence d'une violation de l'al. 2b) de la *Charte*. La deuxième étape oblige le demandeur à démontrer que les dommages-intérêts répondraient à l'un ou à plusieurs des objectifs d'indemnisation, de défense du droit en cause ou de dissuasion. E a satisfait également à ce critère. Ses allégations suffisent pour établir que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* permettrait de répondre aux objectifs de défense du droit et de dissuasion.

À la troisième étape, l'État peut démontrer qu'en raison de considérations faisant contrepoids, l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne peut évidemment et manifestement pas être convenable et juste. Ces considérations comprennent la possibilité d'exercer d'autres recours qui permettront d'atteindre les mêmes objectifs que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* et les préoccupations relatives au bon gouvernement, c.-à-d. des facteurs de principe justifiant que l'on restreigne les possibilités de recours en responsabilité civile contre l'État. En l'espèce, l'Office n'a pas démontré que le contrôle judiciaire permettra évidemment et manifestement d'atteindre les mêmes objectifs que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte*, à savoir défendre le droit conféré à E par la *Charte* et dissuader de nouvelles violations. Quant au bon gouvernement, il faut garder à l'esprit deux principes interreliés. En premier lieu, le respect de la *Charte* constitue en soi un principe fondamental de bon gouvernement. En second lieu, il faut examiner les préoccupations relatives au bon gouvernement en se souciant de la protection des droits

which indicates that the Board was acting in an adjudicative capacity in this case. Nor is there a compelling policy reason for which to immunize state actors in all cases, including where, as here, the impugned conduct is said to have been punitive in nature. Further, considerations supporting private law immunity from liability for negligent conduct do not automatically support absolute immunity from *Charter* damages claims for more serious misconduct, including conduct amounting to bad faith or an abuse of power.

Thus, whether the countervailing factors are examined individually or collectively, the record at this juncture does not support recognizing a broad, sweeping immunity for the Board in this case, let alone in every case. In the final analysis, it is not plain and obvious that *Charter* damages could not be an appropriate and just remedy in the circumstances of E's claim against the Board.

It is also not plain and obvious that E's claim is barred by the statutory immunity clause. E seeks *Charter* damages as a remedy for actions by the Board that E says were intended to punish her. It is arguable that such punitive acts fall outside the scope of the immunity that s. 43 of the *Energy Resources Conservation Act* confers. While E did not argue that the wording of s. 43 does not apply to her claim, this omission should not impede the just determination of a novel legal issue which has such broad ramifications for the public. E's assumption that s. 43 bars all actions or proceedings against the Board, regardless of the nature of the claim, is not binding on the Court. Her assumption may ultimately prove correct, but it is not plainly and obviously so at this stage. Since it is not plain and obvious that s. 43 bars E's claim, it is not necessary to consider s. 43's constitutionality at this stage of the proceedings. If it is subsequently determined that s. 43 does, indeed, bar E's claim for *Charter* damages, then she may challenge its constitutionality at that juncture.

conférés par la *Charte*, car l'analyse de la réparation « convenable et juste » au sens du par. 24(1) est conçue pour remédier à la violation de la *Charte*. Bien que la common law reconnaisse aux juges et aux autres acteurs étatiques une immunité absolue à l'égard de la responsabilité personnelle dans l'exercice de leur fonction juridictionnelle, rien au dossier n'indique que l'Office exerçait une fonction juridictionnelle en l'espèce. Il n'y pas non plus de raison impérieuse de politique générale pour laquelle il faudrait soustraire les acteurs étatiques dans tous les cas, notamment ceux, comme en l'espèce, où l'on prétend que la conduite reprochée est de nature punitive. En outre, les considérations favorables à une immunité contre toute responsabilité pour négligence en droit privé ne sont pas nécessairement favorables à une immunité absolue contre les demandes de dommages-intérêts présentées en vertu de la *Charte* pour une inconduite plus grave, y compris une conduite équivalant à de la mauvaise foi ou à un abus de pouvoir.

Ainsi, que les facteurs faisant contrepois soient examinés individuellement ou collectivement, le dossier ne permet pas à ce stade de reconnaître à l'Office une immunité aussi large et étendue en l'espèce, encore moins dans tous les cas. En dernière analyse, il n'est pas évident et manifeste que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne peut constituer une réparation convenable et juste dans le cas de la demande présentée par E contre l'Office.

Il n'est pas non plus évident et manifeste que la disposition législative prévoyant une immunité fait obstacle à la demande de E. Cette dernière réclame des dommages-intérêts fondés sur la *Charte* en guise de réparation pour des agissements de l'Office qui, aux dires de E, avaient pour but de la punir. On peut soutenir que de tels actes punitifs échappent à la portée de l'immunité que confère l'art. 43 de l'*Energy Resources Conservation Act*. Même si E n'a pas plaidé que le texte de l'art. 43 ne s'applique pas à sa demande, cette omission ne devrait pas entraver le règlement juste d'une nouvelle question de droit qui a des ramifications aussi vastes sur le public. La supposition de E selon laquelle l'art. 43 fait obstacle à toute action ou instance introduite contre l'Office, peu importe la nature de la demande, ne lie pas la Cour. Sa supposition pourrait s'avérer exacte en fin de compte, mais cela n'est pas évident et manifeste à ce stade. Puisqu'il n'est pas évident et manifeste que l'art. 43 fait obstacle à la demande de E, point n'est besoin de se prononcer sur la constitutionnalité de l'art. 43 à ce stade de l'instance. S'il est décidé par la suite que l'art. 43 fait bel et bien obstacle à la demande de dommages-intérêts présentée par E en vertu de la *Charte*, elle pourra alors en attaquer la constitutionnalité à cette étape.

Therefore, the appeal must be allowed. The test for striking out E's claim at the outset has not been satisfied, and the matter should be returned to the Alberta courts to decide the important issues of free speech and *Charter* remedies that her case raises.

Cases Cited

By Cromwell J.

Applied: *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28; **referred to:** *R. v. Sappier*, 2006 SCC 54, [2006] 2 S.C.R. 686; *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110; *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357; *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405; *Henry v. British Columbia (Attorney General)*, 2015 SCC 24, [2015] 2 S.C.R. 214; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *Crevier v. Quebec (Attorney General)*, [1981] 2 S.C.R. 220; *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170; *Hinse v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 35, [2015] 2 S.C.R. 621; *Manuge v. Canada*, 2010 SCC 67, [2010] 3 S.C.R. 672; *Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.*, 2010 SCC 62, [2010] 3 S.C.R. 585; *Canada (Attorney General) v. McArthur*, 2010 SCC 63, [2010] 3 S.C.R. 626; *Parrish & Heimbecker Ltd. v. Canada (Agriculture and Agri-Food)*, 2010 SCC 64, [2010] 3 S.C.R. 639; *Nu-Pharm Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 65, [2010] 3 S.C.R. 648; *Canadian Food Inspection Agency v. Professional Institute of the Public Service of Canada*, 2010 SCC 66, [2010] 3 S.C.R. 657; *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537; *Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board*, 2007 SCC 41, [2007] 3 S.C.R. 129; *Edwards v. Law Society of Upper Canada*, 2001 SCC 80, [2001] 3 S.C.R. 562, aff'g (2000), 48 O.R. (3d) 329; *Morier v. Rivard*, [1985] 2 S.C.R. 716; *Crispin v. Registrar of the District Court*, [1986] 2 N.Z.L.R. 246; *Sirros v. Moore*, [1975] 1 Q.B. 118; *Hazel v. Ainsworth Engineered Corp.*, 2009 HRTO 2180, 69 C.H.R.R. D/155; *Agnew v. Ontario Assn. of Architects* (1987), 64 O.R. (2d) 8; *Ermina v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 167 D.L.R. (4th) 764; *Cartier v. Nairn*, 2009 HRTO 2208, 8 Admin. L.R. (5th) 150; *Gonzalez v. British Columbia (Ministry of Attorney General)*, 2009 BCSC 639, 95 B.C.L.R. (4th) 185; *Taylor v. Canada (Attorney General)*, [2000] 3 F.C. 298, leave to appeal refused, [2000] 2 S.C.R. xiv; *Garnett v. Ferrand* (1827), 6 B. & C. 611, 108 E.R. 576; *Fray v. Blackburn* (1863), 3 B. & S. 576, 122 E.R. 217; *Royer v. Mignault*, [1988] R.J.Q. 670; *Canada (Attorney General) v. Slansky*, 2013 FCA 199, [2015] 1 F.C.R. 81; *Ontario (Energy Board) v. Ontario Power Generation Inc.*, 2015

Le pourvoi doit donc être accueilli. Il n'a pas été satisfait au critère applicable pour radier au départ la demande de E et l'affaire doit être renvoyée aux tribunaux albertains pour qu'ils tranchent les questions importantes de liberté d'expression et de réparations fondées sur la *Charte* qu'évoque son cas.

Jurisprudence

Citée par le juge Cromwell

Arrêt appliqué : *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28; **arrêts mentionnés :** *R. c. Sappier*, 2006 CSC 54, [2006] 2 R.C.S. 686; *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110; *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405; *Henry c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2015 CSC 24, [2015] 2 R.C.S. 214; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *Crevier c. Québec (Procureur général)*, [1981] 2 R.C.S. 220; *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170; *Hinse c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 35, [2015] 2 R.C.S. 621; *Manuge c. Canada*, 2010 CSC 67, [2010] 3 R.C.S. 672; *Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62, [2010] 3 R.C.S. 585; *Canada (Procureur général) c. McArthur*, 2010 CSC 63, [2010] 3 R.C.S. 626; *Parrish & Heimbecker Ltd. c. Canada (Agriculture et Agroalimentaire)*, 2010 CSC 64, [2010] 3 R.C.S. 639; *Nu-Pharm Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 65, [2010] 3 R.C.S. 648; *Agence canadienne d'inspection des aliments c. Institut professionnel de la fonction publique du Canada*, 2010 CSC 66, [2010] 3 R.C.S. 657; *Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537; *Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, 2007 CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129; *Edwards c. Barreau du Haut-Canada*, 2001 CSC 80, [2001] 3 R.C.S. 562, conf. (2000), 48 O.R. (3d) 329; *Morier c. Rivard*, [1985] 2 R.C.S. 716; *Crispin c. Registrar of the District Court*, [1986] 2 N.Z.L.R. 246; *Sirros c. Moore*, [1975] 1 Q.B. 118; *Hazel c. Ainsworth Engineered Corp.*, 2009 HRTO 2180, 69 C.H.R.R. D/155; *Agnew c. Ontario Assn. of Architects* (1987), 64 O.R. (2d) 8; *Ermina c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1998 CanLII 8969; *Cartier c. Nairn*, 2009 HRTO 2208, 8 Admin. L.R. (5th) 150; *Gonzalez c. British Columbia (Ministry of Attorney General)*, 2009 BCSC 639, 95 B.C.L.R. (4th) 185; *Taylor c. Canada (Procureur général)*, [2000] 3 C.F. 298, autorisation de pourvoi refusée, [2000] 2 R.C.S. xiv; *Garnett c. Ferrand* (1827), 6 B. & C. 611, 108 E.R. 576; *Fray c. Blackburn* (1863), 3 B. & S. 576, 122 E.R. 217; *Royer c. Mignault*, [1988] R.J.Q. 670; *Canada (Procureur général) c. Slansky*, 2013 CAF 199,

SCC 44, [2015] 3 S.C.R. 147; *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796.

By Abella J.

Applied: *Guindon v. Canada*, 2015 SCC 41, [2015] 3 S.C.R. 3; **referred to:** *R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45; *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537; *Edwards v. Law Society of Upper Canada*, 2001 SCC 80, [2001] 3 S.C.R. 562, aff'g (2000), 48 O.R. (3d) 329; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *R. v. Aberdeen*, 2006 ABCA 164, 384 A.R. 395; *TransCanada Pipelines Ltd. v. Beardmore (Township)* (2000), 186 D.L.R. (4th) 403; *R. v. Lilgert*, 2014 BCCA 493, 16 C.R. (7th) 346; *Broddy v. Alberta (Director of Vital Statistics)* (1982), 142 D.L.R. (3d) 151; *Seweryn v. Alberta (Appeals Commission for Alberta Workers' Compensation)*, 2016 ABCA 239; *R. v. Redhead*, 2006 ABCA 84, 384 A.R. 206; *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241; *Alkasabi v. Ontario*, 1994 CarswellOnt 3639 (WL Can.); *Morier v. Rivard*, [1985] 2 S.C.R. 716; *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796; *Taylor v. Canada (Attorney General)*, [2000] 3 F.C. 298; *Canada (Attorney General) v. Slansky*, 2013 FCA 199, [2015] 1 F.C.R. 81; *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28; *Henry v. British Columbia (Attorney General)*, 2015 SCC 24, [2015] 2 S.C.R. 214; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87.

By McLachlin C.J. and Moldaver and Brown JJ. (dissenting)

R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd., 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45; *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Odhavji Estate v. Woodhouse*, 2003 SCC 69, [2003] 3 S.C.R. 263; *Henry v. British Columbia (Attorney General)*, 2015 SCC 24, [2015] 2 S.C.R. 214; *Sirros v. Moore*, [1975] 1 Q.B. 118; *Gonzalez v. British Columbia (Ministry of Attorney General)*, 2009 BCSC 639, 95 B.C.L.R. (4th) 185; *Taylor v. Canada (Attorney General)*, [2000] 3 F.C. 298, leave to appeal refused, [2000] 2 S.C.R. xiv; *Edwards v. Law Society of Upper Canada*, 2001 SCC 80, [2001] 3 S.C.R. 562; *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537; *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405; *Hinse v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 35, [2015] 2 S.C.R. 621; *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170.

[2015] 1 R.C.F. 81; *Ontario (Commission de l'énergie) c. Ontario Power Generation Inc.*, 2015 CSC 44, [2015] 3 R.C.S. 147; *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796.

Citée par la juge Abella

Arrêt appliqué : *Guindon c. Canada*, 2015 CSC 41, [2015] 3 R.C.S. 3; **arrêts mentionnés :** *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45; *Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537; *Edwards c. Barreau du Haut-Canada*, 2001 CSC 80, [2001] 3 R.C.S. 562, conf. (2000), 48 O.R. (3d) 329; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *R. c. Aberdeen*, 2006 ABCA 164, 384 A.R. 395; *TransCanada Pipelines Ltd. c. Beardmore (Township)* (2000), 186 D.L.R. (4th) 403; *R. c. Lilgert*, 2014 BCCA 493, 16 C.R. (7th) 346; *Broddy c. Alberta (Director of Vital Statistics)* (1982), 142 D.L.R. (3d) 151; *Seweryn c. Alberta (Appeals Commission for Alberta Workers' Compensation)*, 2016 ABCA 239; *R. c. Redhead*, 2006 ABCA 84, 384 A.R. 206; *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241; *Alkasabi c. Ontario*, 1994 CarswellOnt 3639 (WL Can.); *Morier c. Rivard*, [1985] 2 R.C.S. 716; *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796; *Taylor c. Canada (Procureur général)*, [2000] 3 C.F. 298; *Canada (Procureur général) c. Slansky*, 2013 CAF 199, [2015] 1 R.C.F. 81; *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28; *Henry c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2015 CSC 24, [2015] 2 R.C.S. 214; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87.

Citée par la juge en chef McLachlin et les juges Moldaver et Brown (dissidents)

R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45; *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Succession Odhavji c. Woodhouse*, 2003 CSC 69, [2003] 3 R.C.S. 263; *Henry c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2015 CSC 24, [2015] 2 R.C.S. 214; *Sirros c. Moore*, [1975] 1 Q.B. 118; *Gonzalez c. British Columbia (Ministry of Attorney General)*, 2009 BCSC 639, 95 B.C.L.R. (4th) 185; *Taylor c. Canada (Procureur général)*, [2000] 3 C.F. 298, autorisation de pourvoi refusée, [2000] 2 R.C.S. xiv; *Edwards c. Barreau du Haut-Canada*, 2001 CSC 80, [2001] 3 R.C.S. 562; *Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405; *Hinse c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 35, [2015] 2 R.C.S. 621; *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170.

Statutes and Regulations Cited

Administrative Tribunals Act, S.B.C. 2004, c. 45, Part 8.
Alberta Rules of Court, Alta. Reg. 124/2010, rr. 3.24, 3.68.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), 24.
Constitution Act, 1982, s. 52.
Court of Queen's Bench Act, R.S.A. 2000, c. C-31, s. 14.
Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43, ss. 33.1(21), 49(27), 82, 86.2(19).
Energy Resources Conservation Act, R.S.A. 2000, c. E-10 [rep. 2012, c. R-17.3, s. 112], ss. 3, 16, 20, 43.
Environmental Review Tribunal Act, 2000, S.O. 2000, c. 26, Sch. F, s. 8.1(1).
Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 12(6).
Gas Resources Preservation Act, R.S.A. 2000, c. G-4.
Human Rights Code, C.C.S.M., c. H175, s. 62.
Judicature Act, R.S.A. 2000, c. J-2, s. 24.
Justices of the Peace Act, R.S.N.W.T. 1988, c. J-3, s. 4(5).
Justices of the Peace Act, 1988, S.S. 1988-89, c. J-5.1, s. 12.9.
Labour Board Act, S.N.S. 2010, c. 37, s. 11.
Labour Relations Code, R.S.B.C. 1996, c. 244, s. 145.4.
Law Society Act, R.S.O. 1990, c. L.8, s. 9.
Oil and Gas Conservation Act, R.S.A. 2000, c. O-6.
Oil Sands Conservation Act, R.S.A. 2000, c. O-7, s. 7.
Pipeline Act, R.S.A. 2000, c. P-15, ss. 6, 12.
Provincial Court Act, R.S.A. 2000, c. P-31, s. 68.
Provincial Court Act, R.S.B.C. 1996, c. 379, ss. 27.3, 42.
Public Inquiry Act, S.B.C. 2007, c. 9, s. 32.
Responsible Energy Development Act, S.A. 2012, c. R-17.3, s. 27.
Sex Offender Information Registration Act, S.C. 2004, c. 10.
Workplace Safety and Insurance Act, 1997, S.O. 1997, c. 16, Sch. A, s. 179(1).

Authors Cited

Alberta. Ministry of Energy. *2005-2006 Annual Report*. Edmonton: The Ministry, 2006.
Hogg, Peter W., Patrick J. Monahan, and Wade K. Wright. *Liability of the Crown*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2011.

Lois et règlements cités

Administrative Tribunals Act, S.B.C. 2004, c. 45, partie 8.
Alberta Rules of Court, Alta. Reg. 124/2010, art. 3.24, 3.68.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b), 24.
Code des droits de la personne, C.P.L.M., c. H175, art. 62.
Court of Queen's Bench Act, R.S.A. 2000, c. C-31, art. 14.
Energy Resources Conservation Act, R.S.A. 2000, c. E-10 [abr. 2012, c. R-17.3, art. 112], art. 3, 16, 20, 43.
Gas Resources Preservation Act, R.S.A. 2000, c. G-4.
Judicature Act, R.S.A. 2000, c. J-2, art. 24.
Labour Board Act, S.N.S. 2010, c. 37, art. 11.
Labour Relations Code, R.S.B.C. 1996, c. 244, art. 145.4.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Loi de 1988 sur les juges de paix, L.S. 1988-89, c. J-5.1, art. 12.9.
Loi de 1997 sur la sécurité professionnelle et l'assurance contre les accidents du travail, L.O. 1997, c. 16, ann. A, art. 179(1).
Loi de 2000 sur le Tribunal de l'environnement, L.O. 2000, c. 26, ann. F, art. 8.1(1).
Loi sur l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels, L.C. 2004, c. 10.
Loi sur le Barreau, L.R.O. 1990, c. L.8, art. 9.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, c. F-7, art. 12(6).
Loi sur les juges de paix, L.R.T.N.-O. 1988, c. J-3, art. 4(5).
Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.O. 1990, c. C.43, art. 33.1(21), 49(27), 82, 86.2(19).
Oil and Gas Conservation Act, R.S.A. 2000, c. O-6.
Oil Sands Conservation Act, R.S.A. 2000, c. O-7, art. 7.
Pipeline Act, R.S.A. 2000, c. P-15, art. 6, 12.
Provincial Court Act, R.S.A. 2000, c. P-31, art. 68.
Provincial Court Act, R.S.B.C. 1996, c. 379, art. 27.3, 42.
Public Inquiry Act, S.B.C. 2007, c. 9, art. 32.
Responsible Energy Development Act, S.A. 2012, c. R-17.3, art. 27.

Doctrine et autres documents cités

Alberta. Ministry of Energy. *2005-2006 Annual Report*, Edmonton, The Ministry, 2006.
Hogg, Peter W., Patrick J. Monahan, and Wade K. Wright. *Liability of the Crown*, 4th ed., Toronto, Carswell, 2011.

Kligman, Robert D. “Judicial Immunity” (2011), 38 *Adv. Q.* 251.

Linden, Allen M., and Bruce Feldthusen. *Canadian Tort Law*, 10th ed. Toronto: LexisNexis, 2015.

Olowofoyeku, Abimbola A. *Suing Judges: A Study of Judicial Immunity*. Oxford: Clarendon Press, 1993.

Ontario. Law Reform Commission. *Report on the Liability of the Crown*. Toronto: The Commission, 1989.

Sugarman, Stephen D. “A New Approach to Tort Doctrine: Taking the Best From the Civil Law and Common Law of Canada” (2002), 17 *S.C.L.R.* (2d) 375.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Côté, Watson and Slatter J.J.A.), 2014 ABCA 285, 580 A.R. 341, 2 Alta. L.R. (6th) 293, 75 Admin. L.R. (5th) 162, 12 C.C.L.T. (4th) 274, 85 C.E.L.R. (3d) 39, 319 C.R.R. (2d) 309, 620 W.A.C. 341, [2014] 11 W.W.R. 496, [2014] A.J. No. 975 (QL), 2014 CarswellAlta 1588 (WL Can.), affirming a decision of Wittmann C.J., 2013 ABQB 537, 570 A.R. 317, 85 Alta. L.R. (5th) 333, 5 C.C.L.T. (4th) 285, 78 C.E.L.R. (3d) 227, 292 C.R.R. (2d) 333, [2013] 12 W.W.R. 738, [2013] A.J. No. 1045 (QL), 2013 CarswellAlta 1836 (WL Can.). Appeal dismissed, McLachlin C.J. and Moldaver, Côté and Brown J.J. dissenting.

W. Cory Wanless and Murray Klippenstein, for the appellant.

Glenn Solomon, Q.C., and *Christy Elliott*, for the respondent.

Written submissions only by *Robert Desroches* and *Carole Soucy*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Written submissions only by *Stuart Svonkin*, *Brendan Brammall* and *Michael Bookman*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Ryan D. W. Dalziel and *Emily Lapper*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Raj Anand and *Cheryl Milne*, for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights.

Kligman, Robert D. « Judicial Immunity » (2011), 38 *Adv. Q.* 251.

Linden, Allen M., and Bruce Feldthusen. *Canadian Tort Law*, 10th ed., Toronto, LexisNexis, 2015.

Olowofoyeku, Abimbola A. *Suing Judges : A Study of Judicial Immunity*, Oxford, Clarendon Press, 1993.

Ontario. Commission de réforme du droit. *Report on the Liability of the Crown*, Toronto, La Commission, 1989.

Sugarman, Stephen D. « A New Approach to Tort Doctrine : Taking the Best From the Civil Law and Common Law of Canada » (2002), 17 *S.C.L.R.* (2d) 375.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (les juges Côté, Watson et Slatter), 2014 ABCA 285, 580 A.R. 341, 2 Alta. L.R. (6th) 293, 75 Admin. L.R. (5th) 162, 12 C.C.L.T. (4th) 274, 85 C.E.L.R. (3d) 39, 319 C.R.R. (2d) 309, 620 W.A.C. 341, [2014] 11 W.W.R. 496, [2014] A.J. No. 975 (QL), 2014 CarswellAlta 1588 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge en chef Wittmann, 2013 ABQB 537, 570 A.R. 317, 85 Alta. L.R. (5th) 333, 5 C.C.L.T. (4th) 285, 78 C.E.L.R. (3d) 227, 292 C.R.R. (2d) 333, [2013] 12 W.W.R. 738, [2013] A.J. No. 1045 (QL), 2013 CarswellAlta 1836 (WL Can.). Pourvoi rejeté, la juge en chef McLachlin et les juges Moldaver, Côté et Brown sont dissidents.

W. Cory Wanless et Murray Klippenstein, pour l’appelante.

Glenn Solomon, c.r., et *Christy Elliott*, pour l’intimé.

Argumentation écrite seulement par *Robert Desroches* et *Carole Soucy*, pour l’intervenante la procureure générale du Québec.

Argumentation écrite seulement par *Stuart Svonkin*, *Brendan Brammall* et *Michael Bookman*, pour l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles.

Ryan D. W. Dalziel et *Emily Lapper*, pour l’intervenante British Columbia Civil Liberties Association.

Raj Anand et *Cheryl Milne*, pour l’intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights.

The reasons of Cromwell, Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ. were delivered by

CROMWELL J. —

I. Introduction

[1] The appellant, Ms. Ernst, claims that a quasi-judicial, regulatory board, the Alberta Energy Regulator (“Board”), breached her right to freedom of expression under s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. She brought a claim against the Board for damages as an “appropriate and just” remedy under s. 24(1) of the *Charter* for that alleged breach. The Board applied to strike this claim on the basis, among others, that it is protected by an immunity clause which precludes all claims in relation to the Board’s actions purportedly done pursuant to the legislation which the Board administers.

[2] Ms. Ernst’s position, in both her factum and oral argument, is that this immunity provision is unconstitutional because it purports to bar her claim for *Charter* damages. She submits that the *only* issue on this appeal is whether the immunity clause is constitutionally inapplicable or inoperable to the extent that it bars a claim against the Board for *Charter* damages. She accepts, as the Alberta courts found, that the immunity clause on its face bars her claim; the issue she brings to the Court is whether this immunity clause is unconstitutional to the extent that it does so.

[3] That the provision purports to bar her damages claim is the foundation on which her appeal was argued. It follows that the Court must give effect to the immunity clause and strike Ms. Ernst’s claim unless she successfully challenges the clause’s constitutionality. In my view, she has not done so.

[4] Like the Alberta courts in this case, although for somewhat different reasons, I conclude that the

Version française des motifs des juges Cromwell, Karakatsanis, Wagner et Gascon rendus par

LE JUGE CROMWELL —

I. Introduction

[1] L’appelante, M^{me} Ernst, soutient qu’un organisme de réglementation quasi judiciaire, l’Alberta Energy Regulator (« Office »), a violé le droit à la liberté d’expression que lui garantit l’al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Elle a réclamé à l’Office pour cette violation des dommages-intérêts en guise de réparation « convenable et juste » en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. L’Office a sollicité la radiation de cette demande au motif notamment qu’il est protégé par une disposition d’immunité qui empêche l’exercice de tout recours pour des actes que l’Office aurait accomplis en conformité avec la loi qu’il applique.

[2] M^{me} Ernst prétend, à la fois dans son mémoire et sa plaidoirie, que la disposition d’immunité est inconstitutionnelle car elle vise à faire obstacle à sa demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte*. Selon elle, la *seule* question en litige dans le présent pourvoi consiste à savoir si la disposition d’immunité est constitutionnellement inapplicable ou inopérante en ce qu’elle fait obstacle à une demande de dommages-intérêts présentée contre l’Office en vertu de la *Charte*. Elle reconnaît, conformément à la conclusion des tribunaux albertains, que la disposition d’immunité fait obstacle à première vue à sa demande; la question qu’elle soumet à la Cour est de savoir si la disposition d’immunité est inconstitutionnelle dans cette mesure.

[3] L’idée que la disposition vise à faire obstacle à la demande de dommages-intérêts de M^{me} Ernst représente le fondement sur lequel elle a plaidé son pourvoi. Ainsi, la Cour doit donner effet à la disposition d’immunité et radier la demande de M^{me} Ernst à moins qu’elle conteste avec succès la constitutionnalité de la disposition. À mon avis, elle n’y est pas parvenue.

[4] À l’instar des juridictions albertaines en l’espèce, quoique pour des raisons quelque peu différentes, je

claim for *Charter* damages should be struck out. I would therefore dismiss the appeal.

II. Background

[5] My reference to the relevant background will be very brief because my colleagues, the Chief Justice and Justices Moldaver and Brown, and Justice Abella, have detailed the claims and proceedings giving rise to the appeal.

[6] In a nutshell, Ms. Ernst claims that the Board breached her *Charter* right to freedom of expression by punishing her for publicly criticizing the Board and by preventing her, for a period of 16 months, from speaking to key offices within it. As she alleges in her claim, these restrictions limited her ability “to lodge complaints, register concerns and to participate in the [Board’s] compliance and enforcement process”: A.R., at p. 70. The Alberta Court of Queen’s Bench concluded that Ms. Ernst has pleaded a breach of her right to freedom of expression under the *Charter* and that this claim ought not to be struck out at this preliminary stage of the action: 2013 ABQB 537, 570 A.R. 317. Notwithstanding the Board’s submissions to the contrary, I accept that conclusion for the purposes of my analysis.

[7] The Board is a statutory, independent, quasi-judicial body responsible for regulating Alberta’s energy resource and utility sectors: Alberta Ministry of Energy, *2005-2006 Annual Report*, at p. 7.¹ It has regulatory and quasi-judicial duties under a number of Alberta statutes: *Energy Resources Conservation Act*, R.S.A. 2000, c. E-10, ss. 16 and 20, and see, e.g., *Gas Resources Preservation Act*, R.S.A. 2000, c. G-4; *Oil and Gas Conservation Act*, R.S.A. 2000, c. O-6; *Pipeline Act*, R.S.A. 2000, c. P-15. The Board is responsible for granting and overseeing licenses and making orders regarding energy related activities, such as pipeline construction and oil sand sites: *Oil Sands Conservation Act*, R.S.A. 2000,

¹ This document refers to the Energy and Utilities Board which was comprised, in part, of members of the Alberta Energy Regulator’s predecessor, the Energy Resources Conservation Board.

conclus que la demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte* doit être radiée. Je suis donc d’avis de rejeter le pourvoi.

II. Contexte

[5] Je parlerai très brièvement des circonstances pertinentes parce que mes collègues la Juge en chef et les juges Moldaver et Brown, ainsi que la juge Abella, ont exposé en détail les recours et procédures à l’origine du pourvoi.

[6] En somme, M^{me} Ernst soutient que l’Office a violé le droit à la liberté d’expression que lui garantit la *Charte* en la punissant pour avoir critiqué publiquement l’Office et en l’empêchant pendant 16 mois de s’adresser à ses bureaux clés. Comme elle l’allègue dans sa demande, ces restrictions ont limité sa faculté [TRADUCTION] « de porter plainte, d’exprimer des préoccupations et de participer au processus de surveillance de la conformité et d’application de la loi [de l’Office] » (d.a., p. 70). La Cour du Banc de la Reine de l’Alberta a conclu que M^{me} Ernst avait plaidé une violation de son droit à la liberté d’expression garanti par la *Charte* et qu’il n’y a pas lieu de radier cette allégation à cette étape préliminaire de la procédure (2013 ABQB 537, 570 A.R. 317). Malgré les arguments contraires de l’Office, je fais droit à cette conclusion pour les besoins de mon analyse.

[7] L’Office est un organisme quasi judiciaire indépendant créé par la loi qui a pour mission de réglementer les secteurs des ressources énergétiques et des services publics de l’Alberta (ministre de l’Énergie de l’Alberta, *2005-2006 Annual Report*, p. 7¹). Ses obligations de réglementation et obligations quasi judiciaires lui sont imposées par plusieurs lois albertaines (*Energy Resources Conservation Act*, R.S.A. 2000, c. E-10, art. 16 et 20, et voir, p. ex., *Gas Resources Preservation Act*, R.S.A. 2000, c. G-4; *Oil and Gas Conservation Act*, R.S.A. 2000, c. O-6; *Pipeline Act*, R.S.A. 2000, c. P-15). L’Office est chargé de délivrer des permis et de voir au respect de leurs conditions ainsi que

¹ Ce document parle de l’Energy and Utilities Board, dont faisaient partie notamment des membres de l’Energy Resources Conservation Board, le prédécesseur de l’Alberta Energy Regulator.

c. O-7, s. 7; *Pipeline Act*, ss. 6 and 12. The Board has the power to conduct inquiries, inspections, investigations and hearings, and to carry out remedial action where required. Additionally, the Board has procedures in place to receive public complaints and concerns and to perform its enforcement functions where its orders or regulatory rulings are not complied with.

[8] There is now no dispute that the Board does not owe Ms. Ernst a common law duty of care; her claim in negligence was struck out for that reason and the affirmation of that order by the Court of Appeal has not been appealed: 2014 ABCA 285, 2 Alta. L.R. (6th) 293.

[9] The Board is protected by a broadly worded immunity clause, namely, s. 43 of the *Energy Resources Conservation Act*:

Protection from action

43 No action or proceeding may be brought against the Board or a member of the Board or a person referred to in section 10 or 17(1) in respect of any act or thing done purportedly in pursuance of this Act, or any Act that the Board administers, the regulations under any of those Acts or a decision, order or direction of the Board.

[10] We have received virtually no argument concerning the interpretation of this clause because it is common ground between the parties that this provision, on its face, purports to bar Ms. Ernst's claim for *Charter* damages, to the extent that she has such a claim against the Board. This point leads me to have some difficulty with the reasons of the Chief Justice and Justices Moldaver and Brown.

de rendre des ordonnances portant sur des activités dans le secteur de l'énergie, comme la construction d'un pipeline et l'exploitation des sables bitumineux (*Oil Sands Conservation Act*, R.S.A. 2000, c. O-7, art. 7; *Pipeline Act*, art. 6 et 12). L'Office possède le pouvoir de mener des inspections et des enquêtes, de tenir des audiences ainsi que de prendre au besoin des mesures de réparation. En outre, l'Office dispose de mécanismes qui lui permettent de recevoir les plaintes et préoccupations du public et de veiller à l'application de la loi lorsque ses ordonnances ou décisions de nature réglementaire ne sont pas respectées.

[8] Il est désormais acquis aux débats que l'Office n'a aucune obligation de diligence envers M^{me} Ernst en common law, que son recours fondé sur la négligence a été radié pour cette raison et que la confirmation de l'ordonnance en question par la Cour d'appel n'a pas été portée en appel (2014 ABCA 285, 2 Alta. L.R. (6th) 293).

[9] L'Office est protégé par une disposition d'immunité formulée en termes larges, l'art. 43 de l'*Energy Resources Conservation Act* :

[TRADUCTION]

Protection contre les poursuites

43 Aucune action ou instance ne peut être introduite contre l'Office, un commissaire ou toute personne mentionnée à l'article 10 ou au paragraphe 17(1) pour tout acte ou toute chose qui aurait été accompli en conformité avec la présente loi, toute loi appliquée par l'Office, tout règlement d'application des lois en question ou une décision, ordonnance ou directive de l'Office.

[10] Nous n'avons reçu pratiquement aucun argument à propos de l'interprétation de cette disposition car les parties conviennent qu'elle vise à première vue à faire obstacle à la demande présentée par M^{me} Ernst pour obtenir des dommages-intérêts en vertu de la *Charte*, pour autant qu'elle ait un tel droit d'action contre l'Office. Ce point m'amène à entretenir certaines réserves au sujet des motifs de la Juge en chef et des juges Moldaver et Brown.

[11] The Chief Justice and Justices Moldaver and Brown would allow the appeal on the basis that, contrary to Ms. Ernst’s position, it is not plain and obvious that the immunity provision on its face bars her claim for *Charter* damages. However, it is not open to the Court to dispose of the appeal on this basis, for several related reasons.

[12] First, not only did Ms. Ernst repeatedly submit, in writing and orally, that the immunity provision on its face bars her claim, this position was the foundation of her appeal.

[13] In her factum in this Court, Ms. Ernst submitted that the immunity provision on its face purports to bar her *Charter* damages claim. As she put it in her factum, the provision “completely eliminates the right to bring an action against [the Board] in all circumstances On its face, s. 43 is a total bar to any ‘action or proceeding’ whatsoever brought against [the Board] by anyone in all circumstances. Section 43 destroys all rights of action, and entirely eliminates the ability of any and all persons to even start a lawsuit against [the Board], regardless of the nature of the claim”: A.F., at para. 63 (emphasis in original). Ms. Ernst’s position is that the only issue on appeal is the constitutional question: whether the immunity clause is constitutionally inapplicable or inoperable to the extent that it bars a damages claim against the Board for a breach of the *Charter*: A.F., at para. 41.

[14] Ms. Ernst took the same position — repeatedly — in oral submissions. Her counsel said that a valid cause of action “is clearly defeated” by the immunity provision: transcript, at pp. 3-4. He referred to the provision as barring any action in respect of “any act or thing done”: p. 12. He also referred to the provision as “an immunity clause of general application” which “simply on its face seems to apply to all claims against [the Board] no matter what they are about”: p. 12 (emphasis added). He further submitted that the immunity

[11] La Juge en chef ainsi que les juges Moldaver et Brown sont d’avis d’accueillir le pourvoi parce que, contrairement à ce que fait valoir M^{me} Ernst, il n’est pas évident et manifeste que la disposition d’immunité fait obstacle à première vue à sa demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte*. La Cour ne peut toutefois pas trancher l’appel sur cette base, et ce, pour plusieurs raisons connexes.

[12] Premièrement, non seulement M^{me} Ernst a-t-elle soutenu maintes fois par écrit et de vive voix que la disposition d’immunité fait obstacle à première vue à sa demande, mais elle fonde aussi son pourvoi sur cette position.

[13] Dans son mémoire adressé à la Cour, M^{me} Ernst a soutenu qu’à première vue, la disposition d’immunité vise à faire obstacle à sa demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte*. Comme elle le dit dans son mémoire, la disposition [TRADUCTION] « élimine complètement le droit d’intenter une action contre [l’Office] en toutes circonstances [. . .] À première vue, l’art. 43 fait entièrement obstacle à toute “action ou instance” quelle qu’elle soit intentée contre [l’Office] par quiconque en toutes circonstances. L’article 43 détruit tous les droits d’action et écarte complètement la faculté de toute personne d’engager une poursuite contre [l’Office], peu importe la nature du recours » (m.a., par. 63 (souligné dans l’original)). Selon M^{me} Ernst, le seul point en litige dans le présent pourvoi est la question constitutionnelle de savoir si la disposition d’immunité est constitutionnellement inapplicable ou inopérante en ce qu’elle fait obstacle à une demande de dommages-intérêts présentée contre l’Office pour violation de la *Charte* (m.a., par. 41).

[14] M^{me} Ernst a exprimé maintes fois la même position dans sa plaidoirie. Son avocat a affirmé que la disposition d’immunité [TRADUCTION] « fait clairement échec » à une cause d’action valable (transcription, p. 3-4). Il a mentionné que la disposition faisait obstacle à toute action intentée pour « tout acte ou toute chose [. . .] accompli » (p. 12). Il a également qualifié la disposition de « disposition d’immunité d’application générale » qui « semble tout simplement, à première vue, s’appliquer à toute demande présentée contre [l’Office], quelle qu’en

provision does not simply limit rights or restrict the remedies that are appropriate, but that “it blocks all rights”: p. 12. Ms. Ernst’s counsel further submitted that “the issue for today is section 43 [i.e. the immunity provision] which is a blanket statutory immunity clause. It says no proceeding or action no matter what we do”: pp. 19-20 (emphasis added).

[15] The Court of course is not bound by positions taken by parties on questions of law such as this one: see, e.g., *R. v. Sappier*, 2006 SCC 54, [2006] 2 S.C.R. 686, at para. 62. But I see no reason to think that Ms. Ernst’s position on the interpretation of the immunity provision is wrong in law. No one has cited any authority — and I am aware of none — to suggest that it is wrong. I agree with Abella J. that we should hold that it is “plain and obvious” that the immunity clause on its face bars Ms. Ernst’s claim for *Charter* damages.

[16] To do otherwise is unfair to the Board. In light of Ms. Ernst’s position in her factum and during oral submissions, the Board had no reason to think that there was any doubt that the provision purports to bar her claim. The Board had no indication that this issue was in question, let alone that it could become the basis on which the appeal might be decided against it. The holding proposed by the Chief Justice and Justices Moldaver and Brown would deprive the Board of any opportunity to make submissions on what has become, unbeknownst to the parties, the key point in the case. This is unfair.

[17] Finally, the reasons of the Chief Justice and Justices Moldaver and Brown, without citing authority in support and without the benefit of any argument on the point, cast doubt on the scope of this immunity clause where there has up until now been none. And in doing that, doubt is also cast on the scope of scores of other immunity provisions in

soit la teneur » (p. 12 (je souligne)). Il a ajouté que la disposition d’immunité ne fait pas que limiter des droits ou restreindre les réparations convenables : « elle bloque tous les droits » (p. 12). Toujours selon l’avocat de M^{me} Ernst, « la question à trancher aujourd’hui est l’art. 43 [c.-à-d. la disposition d’immunité], une disposition législative générale prévoyant une immunité. Elle prévoit “aucune instance ou action”, peu importe ce que nous faisons » (p. 19-20 (je souligne)).

[15] Bien entendu, la Cour n’est pas liée par les positions que défendent les parties sur des questions de droit comme celle qui nous occupe (voir, p. ex., *R. c. Sappier*, 2006 CSC 54, [2006] 2 R.C.S. 686, par. 62). Je ne vois cependant aucune raison de considérer que le point de vue de M^{me} Ernst au sujet de l’interprétation de la disposition d’immunité est inexact en droit. Personne n’a cité de source laissant entendre que ce point de vue est inexact, et je n’en connais aucune. À l’instar de la juge Abella, j’estime que nous devons conclure qu’il est « évident et manifeste » que la disposition d’immunité fait obstacle à première vue à la demande de dommages-intérêts présentée par M^{me} Ernst en vertu de la *Charte*.

[16] Conclure le contraire est injuste pour l’Office. Vu la position défendue par M^{me} Ernst dans son mémoire et pendant sa plaidoirie, l’Office n’avait aucune raison de croire qu’il persistait quelque doute que ce soit quant au fait que la disposition vise à faire obstacle à sa demande. Rien n’indiquait à l’Office que ce point était en jeu et encore moins qu’il pouvait devenir le motif pour lequel il pourrait être débouté en appel. La conclusion que proposent de tirer la Juge en chef ainsi que les juges Moldaver et Brown priverait l’Office de toute possibilité de faire valoir son point de vue sur ce qui est devenu, à l’insu des parties, la question clé en l’espèce. Cela est injuste.

[17] Enfin, les motifs de la Juge en chef et des juges Moldaver et Brown, qui ne citent aucune source à l’appui et ne disposent d’aucun argument sur ce point, jettent un doute sur la portée de cette disposition d’immunité alors qu’il n’y en avait aucun jusqu’à présent. Et ils jettent aussi par le fait même un doute sur la portée des multiples

many statutes across Canada. As I see it, this result is unnecessary, undesirable and unjustified.

[18] I will therefore approach the appeal on the basis that Ms. Ernst herself urged us to adopt — that the immunity provision (s. 43) purports to bar her *Charter* damages claim.

[19] That leaves only one issue for decision: Has Ms. Ernst successfully challenged the constitutionality of s. 43? If the provision on its face bars her claim and she has not successfully challenged the provision's constitutionality, the Court must give effect to the immunity clause and strike the claim.

III. Analysis

[20] Ms. Ernst has not successfully challenged the constitutionality of s. 43. If, as my colleagues would hold, the record were not adequate to consider the constitutionality of s. 43, then it should follow that Ms. Ernst's constitutional challenge cannot succeed and the appeal should be dismissed, contrary to the result reached by the Chief Justice and Justices Moldaver and Brown. In my view, however, we should consider the constitutional challenge on its merits, and when we do so, the appeal should still be dismissed.

A. *If the Record Were Inadequate to Address the Constitutionality of the Provision, the Appeal Must Be Dismissed*

[21] When a court is faced with an immunity clause that bars a plaintiff's claim (as this one does), the court cannot refuse to rule on the law's constitutionality and yet also refuse to apply the clause. Having had more than ample opportunity to do so, Ms. Ernst has failed to discharge her burden of showing that the law is unconstitutional, a burden sometimes described as a presumption of constitutionality: *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110, at pp. 124-25.

dispositions d'immunité que l'on trouve dans de nombreuses lois canadiennes. D'après moi, ce résultat est inutile, indésirable et injustifié.

[18] J'aborderai donc le pourvoi en me fondant sur la prémisse que M^{me} Ernst elle-même nous exhorte à faire nôtre : la disposition d'immunité (art. 43) vise à faire obstacle à sa demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte*.

[19] Il ne reste donc qu'une seule question à trancher : M^{me} Ernst a-t-elle contesté avec succès la constitutionnalité de l'art. 43? Si la disposition fait obstacle à première vue à sa demande et elle n'en a pas contesté avec succès la constitutionnalité, la Cour doit donner effet à la disposition d'immunité et radier la demande.

III. Analyse

[20] M^{me} Ernst n'a pas contesté avec succès la constitutionnalité de l'art. 43. Si, comme l'estiment mes collègues, le dossier était insuffisant pour examiner la constitutionnalité de l'art. 43, il doit alors s'ensuivre que la contestation constitutionnelle de M^{me} Ernst ne peut être accueillie et que le pourvoi doit être rejeté, contrairement au résultat auquel sont parvenus la Juge en chef ainsi que les juges Moldaver et Brown. Je suis toutefois d'avis qu'il y a lieu pour nous d'examiner au fond la contestation constitutionnelle et de rejeter encore le pourvoi à l'issue de cette tâche.

A. *Si le dossier était insuffisant pour statuer sur la constitutionnalité de la disposition, il faut rejeter le pourvoi*

[21] En présence d'une disposition d'immunité qui fait obstacle à la demande d'un demandeur (tout comme la disposition en l'espèce), le tribunal ne peut refuser de statuer sur la constitutionnalité de la loi, tout en refusant néanmoins d'appliquer la disposition. Même si elle a eu amplement l'occasion de le faire, M^{me} Ernst ne s'est pas acquittée de son fardeau de démontrer que la loi est inconstitutionnelle, un fardeau parfois qualifié de présomption de constitutionnalité (*Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110, p. 124-125).

[22] Where a person challenging a law’s constitutionality fails to provide an adequate factual basis to decide the challenge, the challenge fails. As Cory J. put it on behalf of the Court in *MacKay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357, at p. 366, “the absence of a factual base is not just a technicality that could be overlooked, but rather it is a flaw that is fatal to the appellants’ position” (emphasis added).

[23] It follows that if, as Ms. Ernst maintains, the immunity provision clearly purports to bar her damages claim, and if the record before the Court is not adequate to permit a decision on its constitutionality, then the immunity clause must be applied, Ms. Ernst’s claim for *Charter* damages struck out and the appeal dismissed.

B. *Charter Damages Would Never Be an Appropriate Remedy Against This Board*

[24] If *Charter* damages could never be an appropriate and just remedy for *Charter* breaches by the Board, then s. 43 does not limit the availability of such a remedy under the *Charter* and the provision cannot be unconstitutional. In my view, *Charter* damages could not be an appropriate remedy.

[25] Underlying the question of whether *Charter* damages could be an appropriate remedy is a broader issue. It concerns how to strike an appropriate balance so as to best protect two important pillars of our democracy: constitutional rights and effective government; see, e.g., *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405, at para. 79. Granting *Charter* damages may vindicate *Charter* rights, provide compensation and deter future violations. But awarding damages may also inhibit effective government, and remedies other than damages may provide substantial redress for the claimant without having that sort of broader adverse impact. Thus there is a need for balance with respect to the choice of remedies. This concern for

[22] Si la personne qui conteste la constitutionnalité d’une loi ne fournit pas un fondement factuel suffisant pour trancher la contestation, celle-ci avorte. Comme l’a mentionné le juge Cory au nom de la Cour dans *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357, p. 366, « [l]e fondement factuel n’est donc pas une simple formalité qui peut être ignorée et, bien au contraire, son absence est fatale à la thèse présentée par les appelants » (je souligne).

[23] Par conséquent, si, comme le soutient M^{me} Ernst, la disposition d’immunité vise clairement à faire obstacle à sa demande de dommages-intérêts et si le dossier soumis à la Cour ne permet pas de statuer sur la constitutionnalité de cette disposition, il faut appliquer la disposition d’immunité, radier la demande de dommages-intérêts présentée par M^{me} Ernst en vertu de la *Charte* et rejeter le pourvoi.

B. *Il ne convient jamais de condamner l’Office à des dommages-intérêts en vertu de la Charte*

[24] Si l’octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne peut jamais constituer une réparation convenable et juste pour les violations de la *Charte* commises par l’Office, l’art. 43 ne limite pas la possibilité d’obtenir une telle réparation au sens de la *Charte* et cette disposition ne saurait être inconstitutionnelle. À mon avis, l’octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne peut être une réparation convenable.

[25] Un thème plus général sous-tend la question de savoir si l’octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* peut constituer une réparation convenable. Il s’agit de savoir comment établir un juste équilibre de manière à mieux protéger deux grands piliers de notre démocratie : les droits constitutionnels et l’efficacité gouvernementale (voir, p. ex., *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405, par. 79). L’octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* peut défendre des droits garantis par la *Charte*, fournir une indemnité et dissuader de nouvelles violations. Cependant, l’octroi de dommages-intérêts peut également gêner l’efficacité du gouvernement, et des réparations autres que les

balance was emphasized recently in *Henry v. British Columbia (Attorney General)* in words that are especially apt in this case: “Courts should endeavour, as much as possible, to rectify *Charter* breaches with appropriate and just remedies. Nevertheless, when it comes to awarding *Charter* damages, courts must be careful not to extend their availability too far” (2015 SCC 24, [2015] 2 S.C.R. 214, at para. 91).

[26] The leading case about when *Charter* damages are an appropriate and just remedy is *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28. Applying the principles set out in that case, damages are not an appropriate and just remedy for *Charter* violations by this Board. Not every bare allegation claiming *Charter* damages must proceed to an individualized, case-by-case consideration on its particular merits. *Ward* held that *Charter* damages will not be an appropriate and just remedy where there is an effective alternative remedy or where damages would be contrary to the demands of good governance. These considerations, taken together, support the conclusion that the proper balance would be struck by holding that damages are not an appropriate remedy.

[27] Section 24(1) of the *Charter* confers on the courts a broad remedial authority. As has been said, “[i]t is difficult to imagine . . . a wider and less fettered discretion”: *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, at p. 965. This broad discretion should not be narrowed by “casting it in a straight-jacket of judicially prescribed conditions”: *Ward*, at para. 18. But this does not mean that *Charter* breaches should always, or even routinely, be remedied by awards of *Charter* damages. The remedy of damages is limited to situations in which it

dommages-intérêts peuvent offrir un redressement important au demandeur sans avoir un tel effet préjudiciable général, d’où la nécessité d’un équilibre dans le choix des réparations. La Cour a souligné récemment ce souci de l’équilibre dans *Henry c. Colombie-Britannique (Procureur général)* en des termes qui sont particulièrement valables en l’espèce : « Les tribunaux doivent, dans la mesure du possible, s’efforcer de rectifier les violations de la *Charte* en accordant des réparations convenables et justes. Toutefois, lorsqu’il s’agit d’accorder des dommages-intérêts en vertu de la *Charte*, ils doivent se garder d’en permettre trop largement l’attribution » (2015 CSC 24, [2015] 2 R.C.S. 214, par. 91).

[26] L’arrêt de principe quant aux circonstances dans lesquelles des dommages-intérêts accordés en vertu de la *Charte* constituent une réparation convenable et juste est *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28. Après application des principes énoncés dans cet arrêt, force est de constater que les dommages-intérêts ne constituent pas une réparation convenable et juste pour les violations de la *Charte* commises par l’Office. Il n’y a pas lieu d’examiner sur le fond au cas par cas toutes les simples allégations selon lesquelles des dommages-intérêts doivent être accordés en vertu de la *Charte*. D’après *Ward*, les dommages-intérêts fondés sur la *Charte* ne sont pas une réparation convenable et juste s’il existe une autre réparation efficace ou si les dommages-intérêts seraient contraires aux impératifs du bon gouvernement. Prises ensemble, ces considérations étayent la conclusion selon laquelle on atteint un juste équilibre en concluant que les dommages-intérêts ne constituent pas une réparation convenable.

[27] Le paragraphe 24(1) de la *Charte* confère aux tribunaux un vaste pouvoir de réparation. Comme on l’a dit, « [i]l est difficile de concevoir [. . .] un pouvoir discrétionnaire plus large et plus absolu » (*Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, p. 965). Il ne faut pas restreindre ce large pouvoir discrétionnaire en « l’enserrant dans un corset de conditions d’origine jurisprudentielle » (*Ward*, par. 18). Toutefois, cela ne veut pas dire qu’il convient toujours, ou même couramment, de remédier à des violations de la *Charte* en accordant des dommages-intérêts en

is “appropriate and just” because it serves one or more of the compensatory, vindictory and deterrent purposes which support that choice of remedy: *Ward*, at para. 32. Countervailing factors may establish that damages are not an appropriate and just remedy even though they would serve these ends: *Ward*, at para. 33.

[28] The list of countervailing factors is not closed. So far, two have been identified: the existence of alternative remedies and concerns for good governance: *Ward*, at para. 33; see also para. 42. I conclude, therefore, that *Ward* does not preclude the immunity of the Board to *Charter* damages. Rather, *Ward* set out two countervailing factors that could negate the appropriateness of *Charter* damages and specifically left open the development of others.

[29] The jurisprudence does not require that every pleaded claim for *Charter* damages be assessed on an individualized, case-by-case basis. *Ward*, for example, specifically contemplates the development of new defences to *Charter* damages claims and these defences are not limited to enhanced liability thresholds. Countervailing factors against granting *Charter* damages may be of a more generalized nature, reflecting the availability of other remedies, the accumulated wisdom of the common law and strong indications of public policy.

[30] First, there is an alternative remedy — judicial review — that substantially addresses the alleged *Charter* breach. Judicial review is available to vindicate *Charter* rights and to clarify the law so as to prevent similar future breaches. Second, good governance concerns are also engaged as granting damages undermines the effectiveness of the Board and inhibits effective governance. Third, to

vertu de celle-ci. Des dommages-intérêts ne peuvent être octroyés que dans des cas où ils sont « convenables et justes » parce qu’ils répondent à un ou à plusieurs des objectifs d’indemnisation, de défense du droit en cause et de dissuasion qui appuient ce choix de réparation (*Ward*, par. 32). Des facteurs faisant contrepoids peuvent établir que les dommages-intérêts ne constituent pas une réparation convenable et juste même s’ils serviraient ces fins (*Ward*, par. 33).

[28] La liste des facteurs qui font contrepoids n’est pas exhaustive. Deux d’entre eux ont été relevés jusqu’à présent : l’existence d’autres recours et les préoccupations relatives au bon gouvernement (*Ward*, par. 33; voir aussi le par. 42). Je conclus donc que *Ward* n’empêche pas l’Office de se soustraire à une condamnation à des dommages-intérêts fondée sur la *Charte*. Cet arrêt a plutôt énoncé deux facteurs faisant contrepoids qui peuvent rendre inapproprié l’octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* et a expressément maintenu la possibilité qu’apparaissent d’autres facteurs de ce genre.

[29] La jurisprudence n’exige pas que chaque demande de dommages-intérêts présentée en vertu de la *Charte* soit examinée au cas par cas. L’arrêt *Ward*, par exemple, prévoit explicitement l’éclosion de nouveaux moyens de défense opposables à des demandes de dommages-intérêts fondées sur la *Charte* et ces moyens de défense vont au-delà des seuils de responsabilité plus élevés. Les facteurs faisant contrepoids en raison desquels il ne convient pas d’octroyer des dommages-intérêts en vertu de la *Charte* peuvent être de nature plus générale, ce qui révèle la possibilité d’obtenir d’autres réparations, la sagesse acquise en common law et des fortes indications d’intérêt public.

[30] Premièrement, il existe un autre recours, le contrôle judiciaire, qui permet de remédier substantiellement à la violation alléguée de la *Charte*. Il est possible de recourir au contrôle judiciaire pour défendre des droits garantis par la *Charte* et pour clarifier le droit dans le but de prévenir de semblables violations à l’avenir. Deuxièmement, les préoccupations relatives au bon gouvernement entrent elles

determine the appropriateness of *Charter* damages against this type of board on a case-by-case basis in a highly factual and contextual manner largely undermines the purposes served by an immunity.

[31] When these countervailing factors are considered collectively — that is, when one looks at their cumulative effect — they negate the appropriateness of an otherwise functionally justified award of *Charter* damages against this Board. In short, damages are not an appropriate and just remedy for the Board's *Charter* breaches.

(1) Judicial Review Is an Available Alternative Remedy

[32] The first countervailing factor discussed in *Ward* was the availability of alternative remedies: para. 33. Once the claimant establishes that damages would further one or more of the objectives of compensation, vindication and deterrence, it is open to the state to show that other remedies are available that will sufficiently address the breach: para. 35. As stated in *Henry*, where another remedy is available to effectively address a *Charter* breach, damages may be precluded by virtue of this countervailing factor: para. 38. In my view, the availability of judicial review to address alleged *Charter* breaches by the Board is a strong countervailing factor.

[33] I have no doubt, as my colleague Justice Abella notes, that judicial review is available to address the Board's alleged *Charter* breaches. Both the Alberta Court of Queen's Bench and the Court of Appeal so found. Ms. Ernst does not deny this in her factum and the brief oral submissions suggesting that judicial review was not available were not persuasive. Further, the statutory immunity clause

aussi en jeu car l'octroi de dommages-intérêts nuit au bon travail de l'Office et gêne l'efficacité du gouvernement. Troisièmement, juger au cas par cas du caractère convenable d'une condamnation de ce type d'office à des dommages-intérêts en vertu de la *Charte* en mettant l'accent sur les faits et le contexte mine grandement la raison d'être de l'immunité.

[31] Quand on examine ensemble ces facteurs faisant contrepoids, c'est-à-dire en se penchant sur leur effet cumulatif, on constate qu'ils rendent inappropriée la condamnation par ailleurs justifiée, d'un point de vue fonctionnel, de l'Office à des dommages-intérêts fondés sur la *Charte*. Bref, les dommages-intérêts ne sont pas une réparation convenable et juste pour les violations de la *Charte* commises par l'Office.

(1) La possibilité de recourir également au contrôle judiciaire

[32] Le premier facteur faisant contrepoids dont traite l'arrêt *Ward* est la possibilité d'exercer d'autres recours (par. 33). Une fois que le demandeur établit que les dommages-intérêts favoriseraient la réalisation d'un ou de plusieurs des objectifs d'indemnisation, de défense du droit en cause ou de dissuasion, il est loisible à l'État de démontrer que d'autres recours permettraient de remédier suffisamment à la violation (par. 35). Comme l'indique *Henry*, lorsqu'il existe un autre recours permettant de remédier efficacement à une violation de la *Charte*, les dommages-intérêts peuvent être exclus en raison de ce facteur faisant contrepoids (par. 38). À mon avis, la possibilité de recourir au contrôle judiciaire pour remédier aux violations de la *Charte* qu'on reproche à l'Office est un important facteur faisant contrepoids.

[33] Je n'ai aucun doute, comme le signale ma collègue la juge Abella, qu'il est possible d'avoir recours au contrôle judiciaire pour remédier aux violations de la *Charte* reprochées à l'Office. C'est la conclusion à laquelle arrivent la Cour du Banc de la Reine et la Cour d'appel de l'Alberta. M^{me} Ernst ne le nie pas dans son mémoire et les brefs arguments de vive voix selon lesquels il était impossible

cannot bar access to judicial review: *Crevier v. Quebec (Attorney General)*, [1981] 2 S.C.R. 220.

[34] The availability of judicial review is important for two reasons.

[35] First, judicial review can provide substantial and effective relief against alleged *Charter* breaches by a quasi-judicial and regulatory board like this one. The facts of this case strikingly illustrate the utility of the remedy of judicial review. The basis of Ms. Ernst's complaint is that the Board abused its discretion and breached the *Charter* by refusing to deal with her. If that claim were established in the context of judicial review, a superior court could set aside the directive which Ms. Ernst alleges was issued to stop interaction with her and could order corrective action. Such orders would go a long way towards vindicating Ms. Ernst's *Charter* rights.

[36] Moreover, judicial review would in all likelihood provide vindication in a much more timely manner than an action for damages. Again, the facts of this case provide a good example of how this could be so. Ms. Ernst did not start her action for damages until some two years after the alleged breach, and several months *after* the Board had rescinded the directive which she challenged. A prompt application for judicial review had the potential to achieve practical relief much sooner. While an application for judicial review would not have led to an award of damages, it might well have addressed the breach much sooner and thereby significantly reduced the extent of its impact as well as vindicated Ms. Ernst's *Charter* right to freedom of expression. Finally, judicial review would have provided a convenient process to clarify what the *Charter* required of the Board. That sort of

de se pourvoir en contrôle judiciaire n'étaient pas convaincants. De plus, la disposition législative prévoyant une immunité ne peut faire obstacle au contrôle judiciaire (*Crevier c. Québec (Procureur général)*, [1981] 2 R.C.S. 220).

[34] La possibilité de recourir au contrôle judiciaire est importante pour deux raisons.

[35] En premier lieu, le contrôle judiciaire permet d'obtenir une réparation substantielle et efficace pour les violations de la *Charte* reprochées à un organisme de réglementation quasi judiciaire comme celui en l'espèce. Les faits de l'espèce illustrent de manière frappante l'utilité du recours au contrôle judiciaire. Ce que M^{me} Ernst reproche fondamentalement à l'Office, c'est d'avoir abusé de son pouvoir discrétionnaire et d'avoir violé la *Charte* en refusant de traiter avec elle. Si le bien-fondé de cette allégation était établi dans le cadre d'un contrôle judiciaire, une cour supérieure pourrait annuler la directive qui, aux dires de M^{me} Ernst, avait été adoptée pour que l'Office cesse de communiquer avec elle et ordonner la prise de mesures correctives. Pareilles ordonnances contribueraient grandement à la défense des droits garantis à M^{me} Ernst par la *Charte*.

[36] Qui plus est, le contrôle judiciaire permettrait selon toute vraisemblance de défendre ces droits beaucoup plus rapidement qu'une action en dommages-intérêts. Là encore, les faits de l'espèce illustrent bien comment cet objectif peut être atteint. M^{me} Ernst n'a intenté son action en dommages-intérêts que quelque deux ans après la violation alléguée et plusieurs mois *après* que l'Office eut annulé la directive qu'elle contestait. Une demande de contrôle judiciaire présentée avec célérité pouvait déboucher beaucoup plus tôt sur un redressement concret. Certes, une demande de contrôle judiciaire n'aurait pas donné lieu à l'octroi de dommages-intérêts, mais elle aurait fort bien pu remédier à la violation beaucoup plus tôt et réduire considérablement par le fait même l'ampleur de ses répercussions, en plus de défendre le droit à la liberté d'expression garanti à M^{me} Ernst par la

clarification plays an important role in preventing similar future rights infringements.

[37] Thus, judicial review of the Board's decisions and directives has the potential to provide prompt vindication of *Charter* rights, to provide effective relief in relation to the Board's conduct in the future, to reduce the extent of any damage flowing from the breach, and to provide legal clarity to help prevent any future breach of a similar nature. While the remedies available under judicial review do not include *Charter* damages, *Ward* directs us to consider the existence of alternative remedies, not identical ones: para. 33.

[38] The availability of judicial review is important for a second reason: it distinguishes this case from others in which the Court has crafted an elevated liability threshold in preference to a complete immunity. For example, the rationale for denying absolute immunity to prosecutors in *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170, does not apply to claims against quasi-judicial regulatory boards. Lamer J. (as he then was) in *Nelles* found that none of the alternative remedies to a civil suit for malicious prosecution adequately redressed that wrong: p. 198. However, unlike in *Nelles*, a claimant who alleges the decision or action of a quasi-judicial regulatory body has infringed his or her *Charter* rights or freedoms is not without a remedy, given the availability of judicial review. Similarly, in *Henry*, which established an elevated liability threshold for *Charter* damages for failure of the prosecutor's duty to disclose, the majority of the Court noted that such conduct is, for practical purposes, largely untouchable by way of judicial review: para. 49. In contrast to the claims arising out of alleged misconduct by prosecutors as in *Nelles* and *Henry*, there is a wide range of remedies available through judicial review for *Charter* breaches by quasi-judicial and regulatory boards such as this one. The availability and utility of the remedy of judicial review in this

Charte. Enfin, le contrôle judiciaire aurait fourni un moyen commode de préciser ce que la *Charte* exigeait de l'Office. Ce genre de précision joue un rôle important dans la prévention d'autres atteintes semblables aux droits à l'avenir.

[37] Le contrôle judiciaire des décisions et directives de l'Office permet donc de défendre rapidement des droits protégés par la *Charte*, d'obtenir un redressement concret en ce qui concerne les agissements futurs de l'Office, de réduire l'ampleur de tout préjudice découlant de la violation et de clarifier le droit pour aider à prévenir toute nouvelle violation semblable. Bien que les dommages-intérêts fondés sur la *Charte* ne fassent pas partie des réparations auxquelles donne ouverture le contrôle judiciaire, *Ward* nous enjoint de prendre en considération l'existence d'autres recours, et non de recours identiques (par. 33).

[38] La possibilité de se pourvoir en contrôle judiciaire est importante pour une seconde raison : c'est ce qui distingue la présente affaire de celles où la Cour a élaboré un seuil de responsabilité élevé plutôt qu'une immunité complète. Par exemple, la raison d'être du refus d'accorder une immunité absolue aux poursuivants dans *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170, ne vaut pas pour les réclamations contre des organismes de réglementation quasi judiciaires. Le juge Lamer (plus tard Juge en chef) a conclu dans *Nelles* qu'aucune des autres réparations sur lesquelles peut déboucher une action civile pour poursuite abusive ne permettait de réparer adéquatement ce tort (p. 198). Or, contrairement à la demanderesse dans *Nelles*, le demandeur qui prétend que la décision ou la mesure d'un organisme de réglementation quasi judiciaire a porté atteinte aux droits ou libertés que lui garantit la *Charte* n'est pas sans recours, car il lui est possible de recourir au contrôle judiciaire. De même, dans *Henry*, où la Cour a établi un seuil élevé de responsabilité applicable aux dommages-intérêts accordés en vertu de la *Charte* pour manquement du poursuivant à son devoir de communication, les juges majoritaires de la Cour ont signalé qu'une telle conduite est, dans les faits, soustraite en grande partie au contrôle judiciaire (par. 49).

context supports a different remedial balance than was struck in *Nelles* and *Henry*.

[39] The Court's decision in *Hinse v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 35, [2015] 2 S.C.R. 621, like the decision in *Henry*, underlines the importance of the entire context in establishing this remedial balance. And, of course, the availability of judicial review is only one of these considerations. The issue in *Hinse* was whether the general Quebec rules of extracontractual civil liability apply to the federal Crown in relation to the exercise of the royal prerogative of mercy: para. 45. In deciding on the proper scope of immunity, the Court considered the context: the nature of the Minister's functions in exercising the royal prerogative of mercy; the relevant law in relation to the liability threshold applying to Crown prosecutors; the availability of judicial review; and the general principles of civil law. As the Court noted, significant differences in the content of the duties under consideration mean that the duties must be analyzed from a different perspective: para. 44. Both *Hinse* and *Henry* demonstrate that the contours of liability must be considered in the context of, among other things, the particular state actor, having regard to the nature of the duties, the potential availability of other remedies and general principles of liability. That is the analysis that I have conducted in this case.

[40] Ms. Ernst submits that the potential to be granted a remedy through judicial review cannot be used to bar a *Charter* claim under s. 24(1). Citing *Manuge v. Canada*, 2010 SCC 67, [2010] 3 S.C.R. 672, Ms. Ernst argues that if a plaintiff has pleaded a valid cause of action for *Charter* damages, the provincial superior court should not decline jurisdiction on the basis that the claim could be pursued by judicial review. This submission, however, overstates the holding in *Manuge* and the other

Contrairement aux demandes découlant d'une in-conduite reprochée à des poursuivants, comme dans *Nelles* et *Henry*, une vaste gamme de réparations peuvent être obtenues par voie de contrôle judiciaire pour les violations de la *Charte* commises par des organismes de réglementation quasi judiciaires comme celui en l'espèce. La possibilité et l'utilité de recourir au contrôle judiciaire dans ce contexte justifient un équilibre réparateur différent de celui atteint dans *Nelles* et *Henry*.

[39] À l'instar de l'arrêt *Henry*, l'arrêt *Hinse c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 35, [2015] 2 R.C.S. 621, souligne l'importance que revêt tout le contexte quand vient le temps d'établir cet équilibre réparateur. Et, bien sûr, la possibilité de recourir au contrôle judiciaire n'est qu'une de ces considérations. Dans *Hinse*, il s'agissait de savoir si l'État fédéral est assujéti au régime général de responsabilité civile extracontractuelle du Québec en ce qui a trait à l'exercice de la prérogative royale de clémence (par. 45). Pour décider de la portée que doit avoir l'immunité, la Cour a examiné le contexte : la nature des fonctions dont s'acquitte le ministre dans l'exercice de la prérogative royale de clémence; le droit applicable au seuil de responsabilité des procureurs de la Couronne; la possibilité d'avoir recours au contrôle judiciaire; les principes généraux du droit civil. Comme l'a indiqué la Cour, des différences importantes dans la teneur des fonctions à l'examen commandent d'analyser les fonctions sous un éclairage différent (par. 44). *Hinse* et *Henry* démontrent tous deux que les contours de la responsabilité doivent être examinés eu égard notamment à l'acteur étatique en cause, à la nature des fonctions, à la possibilité d'intenter d'autres recours et aux principes généraux de la responsabilité. Voilà l'analyse que j'ai faite en l'espèce.

[40] M^{me} Ernst fait valoir que la possibilité de se voir accorder une réparation par voie de contrôle judiciaire ne saurait être utilisée pour faire échec à une demande présentée en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. Citant *Manuge c. Canada*, 2010 CSC 67, [2010] 3 R.C.S. 672, elle soutient que, si un demandeur a plaidé une cause d'action valable en dommages-intérêts fondés sur la *Charte*, la cour supérieure provinciale ne devrait pas décliner compétence au motif qu'il est possible d'exercer la

TeleZone line of cases: *Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.*, 2010 SCC 62, [2010] 3 S.C.R. 585; *Canada (Attorney General) v. McArthur*, 2010 SCC 63, [2010] 3 S.C.R. 626; *Parrish & Heimbecker Ltd. v. Canada (Agriculture and Agri-Food)*, 2010 SCC 64, [2010] 3 S.C.R. 639; *Nu-Pharm Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 65, [2010] 3 S.C.R. 648; *Canadian Food Inspection Agency v. Professional Institute of the Public Service of Canada*, 2010 SCC 66, [2010] 3 S.C.R. 657. The issue in those cases was whether a successful application for judicial review was a prerequisite to seeking damages. The Court held it was not. The Court did not comment on the appropriateness of a *Charter* damages award against a quasi-judicial board.

[41] In sum, judicial review is an alternative, and more effective, remedy for *Charter* breaches by the Board. And, as I will discuss, the availability of judicial review is only one of the countervailing factors that weigh heavily against the appropriateness of *Charter* damages awards against the Board.

(2) Good Governance Concerns

(a) *The “Practical Wisdom” of Private Law*

[42] “[C]oncern for effective governance” was the second category of factors identified in *Ward* as militating against damages being an appropriate and just remedy: para. 38. The Court in *Ward* noted that “the state must be afforded some immunity from liability in damages resulting from the conduct of certain functions that only the state can perform. . . . [I]mmunity is justified because the law does not wish to chill the exercise of policy-making discretion”: para. 40. Quintessentially, the Board is a state actor whose responsibilities are of a policy-making and adjudicative nature.

demande par voie de contrôle judiciaire. Cet argument surestime toutefois la portée de la conclusion tirée dans *Manuge* et les autres arrêts rendus dans la foulée de *TeleZone* (*Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62, [2010] 3 R.C.S. 585; *Canada (Procureur général) c. McArthur*, 2010 CSC 63, [2010] 3 R.C.S. 626; *Parrish & Heimbecker Ltd. c. Canada (Agriculture et Agroalimentaire)*, 2010 CSC 64, [2010] 3 R.C.S. 639; *Nu-Pharm Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 65, [2010] 3 R.C.S. 648; *Agence canadienne d’inspection des aliments c. Institut professionnel de la fonction publique du Canada*, 2010 CSC 66, [2010] 3 R.C.S. 657). La question en litige dans ces affaires était de savoir s’il fallait avoir gain de cause en contrôle judiciaire avant de réclamer des dommages-intérêts. La Cour a décidé que ce n’était pas le cas. Elle ne s’est pas prononcée sur l’opportunité de condamner un organisme quasi judiciaire à des dommages-intérêts en vertu de la *Charte*.

[41] En résumé, le contrôle judiciaire est un autre moyen, plus efficace de surcroît, de remédier aux violations de la *Charte* commises par l’Office. Et, comme je l’expliquerai, la possibilité de recourir au contrôle judiciaire n’est qu’un des facteurs faisant contrepoids qui militent fortement contre l’opportunité de condamner l’Office à des dommages-intérêts en vertu de la *Charte*.

(2) Les préoccupations relatives au bon gouvernement

a) *La « sagesse pratique » du droit privé*

[42] Les « préoccupations relatives au bon gouvernement » formaient la seconde catégorie de facteurs en raison desquels, selon l’arrêt *Ward*, les dommages-intérêts ne sont pas une réparation convenable et juste (par. 38). Dans *Ward*, la Cour a souligné que « l’État doit pouvoir jouir d’une certaine immunité qui écarte sa responsabilité pour les dommages résultant de certaines fonctions qu’il est seul à pouvoir exercer. [. . .] L’immunité est justifiée, car le droit ne saurait paralyser l’exercice du pouvoir discrétionnaire en matière d’élaboration de politiques » (par. 40). L’Office est essentiellement un acteur étatique qui a pour fonctions d’élaborer des politiques et de rendre des décisions.

[43] *Charter* damages are, of course, a distinct and autonomous remedy. But that does not mean that the development of that remedy should ignore the accumulated insights of the general law. *Ward* noted that private law thresholds and defences may offer guidance about when *Charter* damages may be an appropriate remedy because “the existing causes of action against state actors embody a certain amount of ‘practical wisdom’ concerning the type of situation in which it is or is not appropriate to make an award of damages against the state”: para. 43. Considering private law is not, of course, simply transposing private law rules into the *Charter* context. The majority of the Court in *Henry*, for example, considered the policy factors outlined in the malicious prosecution context in *Nelles* and found it appropriate to rely on them heavily in establishing the liability threshold for *Charter* damages: *Henry*, at paras. 66-74. It is therefore helpful to consider the law governing Ms. Ernst’s private law claim in negligence against the Board.

[44] No one contests that the Board owes Ms. Ernst no duty of care under the private law of negligence. In negligence law, whether there is a duty of care depends on the existence of foreseeability and proximity, and the absence of countervailing policy considerations: *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537, at para. 30; *Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board*, 2007 SCC 41, [2007] 3 S.C.R. 129. In the case of public regulators, for reasons of insufficient proximity or countervailing policy considerations, or both, courts have generally held that these state actors do not owe claimants a duty of care: *Cooper; Edwards v. Law Society of Upper Canada*, 2001 SCC 80, [2001] 3 S.C.R. 562.

[45] The policy reasons considered capable of negating a *prima facie* duty of care have included

[43] Bien entendu, les dommages-intérêts fondés sur la *Charte* constituent une réparation distincte et indépendante, mais il ne s’ensuit pas pour autant que l’évolution de cette réparation doit négliger les enseignements du droit en général. Selon *Ward*, les seuils et les moyens de défense issus du droit privé peuvent aider à établir dans quels cas les dommages-intérêts fondés sur la *Charte* constituent peut-être une réparation convenable parce que « les causes d’action existantes contre les représentants de l’État recèlent une certaine “sagesse pratique” à l’égard du genre de situations où il serait convenable ou non de contraindre l’État à verser des dommages-intérêts » (par. 43). Il va de soi que l’examen du droit privé ne consiste pas à transposer simplement ses règles dans le contexte de la *Charte*. Par exemple, les juges majoritaires dans *Henry* se sont penchés sur les facteurs de politique générale qui se dégagent du cas de poursuite abusive dans *Nelles* et ont estimé opportun de s’en remettre énormément à ces facteurs pour établir le seuil de responsabilité ouvrant droit à des dommages-intérêts fondés sur la *Charte* (*Henry*, par. 66-74). Il est donc utile d’analyser les règles de droit applicables à la poursuite pour négligence intentée par M^{me} Ernst en droit privé contre l’Office.

[44] Personne ne conteste que l’Office n’a aucune obligation de diligence envers M^{me} Ernst en droit privé de la négligence. Dans ce domaine, la présence d’une obligation de diligence dépend de la prévisibilité, de la proximité et de l’absence de considérations de politique générale faisant contrepoids (*Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537, par. 30; *Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, 2007 CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129). Dans le cas des organismes de réglementation publics, les tribunaux ont généralement jugé que ces acteurs étatiques n’avaient pas d’obligation de diligence envers les demandeurs pour cause de proximité insuffisante ou à cause de considérations de principe faisant contrepoids (*Cooper; Edwards c. Barreau du Haut-Canada*, 2001 CSC 80, [2001] 3 R.C.S. 562).

[45] Les raisons de politique générale que l’on considère susceptibles d’écarter une obligation

(i) excessive demands on resources, (ii) the potential “chilling effect” on the behaviour of the state actor, and (iii) protection of quasi-judicial decision making: see, e.g., A. M. Linden and B. Feldthusen, *Canadian Tort Law* (10th ed. 2015), at §9.65, citing S. Sugarman, “A New Approach to Tort Doctrine: Taking the Best From the Civil Law and Common Law of Canada” (2002), 17 *S.C.L.R.* (2d) 375, at p. 388.

[46] The reasons of the Court of Appeal called on these sorts of policy considerations to uphold the Court of Queen’s Bench’s finding that the Board did not owe a duty of care to Ms. Ernst:

Forcing the Board to consider the extent to which it must balance the interests of specific individuals while attempting to regulate in the overall public interest would be unworkable in fact and bad policy in law. Recognizing any such private duty would distract the Board from its general duty to protect the public, as well as its duty to deal fairly with participants in the regulated industry. Any such individualized duty of care would plainly involve indeterminate liability, and would undermine the Board’s ability to effectively address the general public obligations placed on it under its controlling legislative scheme. [para. 18]

[47] Brief reference to the Board’s mandate underlines the wisdom of these comments. Section 3 of the *Energy Resources Conservation Act* required the Board to undertake its duties respecting proposed energy resource projects in light of the public interest and with regard to the social, economic, and environmental effects of the project. The Board had the public duty of balancing several potentially competing rights, interests and objectives. Allowing claimants to bring claims for damages against the Board has the potential to deplete the Board’s resources, with respect to both funds and time. Allowing a claimant to bring a damages claim against the Board may also result in defensive actions by the Board, which would “chill” its ability to otherwise carry out its statutory duties effectively and in the public interest. Likewise, the Board is required to balance public and

de diligence *prima facie* comprennent : (i) une ponction induite sur les ressources, (ii) l’« effet paralysant » que cette obligation peut avoir sur la conduite de l’acteur étatique et (iii) la protection du processus décisionnel quasi judiciaire (voir, p. ex., A. M. Linden et B. Feldthusen, *Canadian Tort Law* (10^e éd. 2015), §9.65, citant S. Sugarman, « A New Approach to Tort Doctrine : Taking the Best From the Civil Law and Common Law of Canada » (2002), 17 *S.C.L.R.* (2d) 375, p. 388.

[46] Dans ses motifs, la Cour d’appel se fonde sur ces considérations de politique générale pour confirmer la conclusion de la Cour du Banc de la Reine selon laquelle l’Office n’avait pas d’obligation de diligence envers M^{me} Ernst :

[TRADUCTION] Il serait irréalisable en fait et mal avisé en droit de forcer l’Office à se pencher sur la mesure dans laquelle elle doit concilier les intérêts de certains particuliers tout en essayant d’établir des règlements dans l’intérêt public général. Reconnaître pareille obligation en droit privé aurait pour effet de détourner l’Office de son obligation générale de protéger le public ainsi que de son obligation de traiter équitablement avec les acteurs de l’industrie réglementée. Toute obligation de diligence de ce genre envers un particulier entraînerait clairement une responsabilité indéterminée et diminuerait la capacité de l’Office de remplir efficacement les obligations publiques générales que lui impose le régime législatif auquel il est assujéti. [par. 18]

[47] Une brève mention du mandat de l’Office fait ressortir la sagesse de ces observations. L’article 3 de la *Energy Resources Conservation Act* obligeait l’Office à exercer ses fonctions relativement aux projets d’extraction de ressources énergétiques à la lumière de l’intérêt public ainsi que des effets du projet sur les plans social, économique et environnemental. L’Office avait l’obligation publique de concilier plusieurs droits, intérêts et objectifs susceptibles de s’opposer. Le fait de permettre aux demandeurs d’intenter des recours en dommages-intérêts contre l’Office risque d’accaparer les ressources financières et le temps de ce dernier. Cela risque également de mettre l’Office sur la défensive et de « paralyser » ainsi son aptitude à remplir par ailleurs efficacement et dans l’intérêt public les obligations que lui attribue la loi. De même, l’Office est

private interests in the execution of its quasi-judicial duties, and this responsibility is inconsistent with being liable to an individual claimant for damages.

[48] This jurisprudence also cautions against attempting to segment the functions of a quasi-judicial regulatory board such as this one into adjudicative and regulatory activity for the purposes of considering whether its actions should give rise to liability. For example, in *Edwards*, this Court endorsed the Ontario Court of Appeal's refusal to distinguish between the Law Society's adjudicative and investigatory functions for the purpose of the duty of care analysis: see para. 11, citing (2000), 48 O.R. (3d) 329 (C.A.), at para. 30. The Board has a broad mandate to, among other things, conduct inquiries and investigations, make inspections and conduct hearings, making it impractical and artificial to try to distinguish among its various roles for the purposes of liability.

[49] While, as noted, *Charter* damages are an autonomous remedy, and every state actor has an obligation to be *Charter*-compliant, the same policy considerations as are present in the law of negligence nonetheless weigh heavily here, particularly in light of the availability of judicial review to uphold constitutional rights.

(b) *Statutory and Common Law Immunities*

[50] The strong common law immunity of judges from civil suits has been extended by common law and statute to many quasi-judicial bodies and agencies including administrative bodies such as the Board, as aptly articulated by my colleague Justice Abella in her reasons; and see also, e.g., *Morier v. Rivard*, [1985] 2 S.C.R. 716; *Crispin v. Registrar of the District Court*, [1986] 2 N.Z.L.R. 246 (H.C.), at p. 252; *Sirroos v. Moore*, [1975] 1 Q.B. 118 (C.A.), at p. 136, cited by *Morier*, at pp. 739-40; *Hazel v.*

tenu de concilier les intérêts publics et privés dans l'acquiescement de ses obligations quasi judiciaires, une responsabilité incompatible avec le fait de devoir verser des dommages-intérêts à un demandeur donné.

[48] La jurisprudence précitée indique également qu'il ne faut pas tenter de fractionner les fonctions d'un organisme de réglementation quasi judiciaire comme celui en l'espèce en dissociant le rôle juridictionnel du rôle de réglementation dans le but de décider si ses agissements devraient engager sa responsabilité. Par exemple, dans *Edwards*, notre Cour a fait sien le refus de la Cour d'appel de l'Ontario de distinguer la fonction juridictionnelle du Barreau de sa fonction d'enquêteur pour les besoins de l'analyse de l'obligation de diligence (voir par. 11, citant (2000), 48 O.R. (3d) 329 (C.A.), par. 30). Le large mandat confié à l'Office l'oblige notamment à mener des enquêtes, à effectuer des inspections et à tenir des audiences. Il est donc impossible et factice d'essayer de faire la distinction entre ses différentes attributions pour les besoins de la responsabilité.

[49] Bien que, comme je l'ai mentionné précédemment, les dommages-intérêts accordés en vertu de la *Charte* soient une réparation indépendante et que chaque acteur étatique doive respecter la *Charte*, les mêmes considérations de politique générale présentes en droit de la négligence pèsent néanmoins lourd dans la balance en l'espèce, surtout au vu de la possibilité de recourir au contrôle judiciaire pour faire respecter des droits constitutionnels.

b) *Les immunités accordées par la loi et la common law*

[50] La solide immunité reconnue par la common law aux juges contre les poursuites civiles a été étendue par la common law et la loi à de nombreux organismes quasi judiciaires, y compris les organismes administratifs tel l'Office, comme l'a si bien dit ma collègue la juge Abella dans ses motifs (et voir aussi, p. ex., *Morier c. Rivard*, [1985] 2 R.C.S. 716; *Crispin c. Registrar of the District Court*, [1986] 2 N.Z.L.R. 246 (H.C.), p. 252; *Sirroos c. Moore*, [1975] 1 Q.B. 118 (C.A.), p. 136, cité dans *Morier*,

Ainsworth Engineered Corp., 2009 HRTO 2180, 69 C.H.R.R. D/155, at para. 84; *Agnew v. Ontario Assn. of Architects* (1987), 64 O.R. (2d) 8 (Div. Ct.); *Ermina v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 167 D.L.R. (4th) 764 (F.C.T.D.); *Cartier v. Nairn*, 2009 HRTO 2208, 8 Admin. L.R. (5th) 150; *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43; *Provincial Court Act*, R.S.A. 2000, c. P-31; *Court of Queen's Bench Act*, R.S.A. 2000, c. C-31; A. A. Olowofoyeku, *Suing Judges: A Study of Judicial Immunity* (1993), at pp. 1-32; P. W. Hogg, P. J. Monahan and W. K. Wright, *Liability of the Crown* (4th ed. 2011), at p. 289. This immunity is broad and has been applied even in the face of alleged human rights infringements: *Hazel*; *Cartier*; *Gonzalez v. British Columbia (Ministry of Attorney General)*, 2009 BCSC 639, 95 B.C.L.R. (4th) 185; *Taylor v. Canada (Attorney General)*, [2000] 3 F.C. 298 (C.A.), leave to appeal refused, [2000] 2 S.C.R. xiv. The common law is a source of “practical wisdom” about exposing quasi-judicial and regulatory decision-makers such as the Board to damages claims. And the policy reasons that have led legislatures across Canada to enact many statutory immunity clauses, like the one that protects this Board, may also inform the analysis of countervailing considerations relating to good governance. Of course, these sorts of statutory provisions cannot override constitutional rights, but the policy reasons on which they are based can and should be taken into account by a reviewing court.

[51] The rationales underlying the common law and statutory immunity for quasi-judicial and regulatory decision-makers fall into two main interrelated categories. First, immunity from civil claims permits decision-makers to fairly and effectively make decisions by ensuring freedom from interference, which is necessary for their independence and impartiality: *Morier*, at pp. 737-38, citing *Garnett v. Ferrand* (1827), 6 B. & C. 611, 108 E.R. 576, at pp. 581-82, and *Fray v. Blackburn* (1863), 3 B. & S. 576, 122 E.R. 217. Second, immunity protects the capacity of these decision-making institutions

p. 739-740; *Hazel c. Ainsworth Engineered Corp.*, 2009 HRTO 2180, 69 C.H.R.R. D/155, par. 84; *Agnew c. Ontario Assn. of Architects* (1987), 64 O.R. (2d) 8 (C. div.); *Ermina c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1998 CanLII 8969 (C.F. 1^{re} inst.); *Cartier c. Nairn*, 2009 HRTO 2208, 8 Admin. L.R. (5th) 150; *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, c. C.43; *Provincial Court Act*, R.S.A. 2000, c. P-31; *Court of Queen's Bench Act*, R.S.A. 2000, c. C-31; A. A. Olowofoyeku, *Suing Judges : A Study of Judicial Immunity* (1993), p. 1-32; P. W. Hogg, P. J. Monahan et W. K. Wright, *Liability of the Crown* (4^e éd. 2011), p. 289. Il s'agit d'une large immunité qui a été appliquée même en dépit de violations alléguées des droits de la personne (*Hazel*; *Cartier*; *Gonzalez c. British Columbia (Ministry of Attorney General)*, 2009 BCSC 639, 95 B.C.L.R. (4th) 185; *Taylor c. Canada (Procureur général)*, [2000] 3 C.F. 298 (C.A.), autorisation d'appel refusée, [2000] 2 R.C.S. xiv). La common law est une source de « sagesse pratique » quant au fait d'exposer des organismes de réglementation quasi judiciaires tels que l'Office à des demandes de dommages-intérêts. Et l'analyse des préoccupations relatives au bon gouvernement qui font contrepoids peut tenir compte également des raisons de politique générale qui ont amené les législateurs de partout au pays à adopter de nombreuses dispositions législatives prévoyant une immunité comme celle qui protège l'Office en l'espèce. Bien entendu, ce genre de disposition législative ne saurait l'emporter sur les droits constitutionnels, mais le tribunal siégeant en révision peut et doit tenir compte des raisons de politique générale sur lesquelles se fondent ces dispositions.

[51] Les fondements de l'immunité accordée par la common law et la loi aux organismes de réglementation quasi judiciaires entrent dans deux catégories interreliées principales. Premièrement, l'immunité à l'égard des poursuites civiles permet aux décideurs de rendre des décisions de façon équitable et efficace en garantissant qu'ils sont à l'abri de toute intervention, une condition nécessaire à leur indépendance et à leur impartialité (*Morier*, p. 737-738, citant *Garnett c. Ferrand* (1827), 6 B. & C. 611, 108 E.R. 576, p. 581-582, et *Fray c. Blackburn* (1863), 3 B. & S. 576, 122 E.R. 217. Deuxièmement, l'immunité

to fulfill their functions without the distraction of time-consuming litigation.

[52] These grounds for immunity resonate in the context of claims for *Charter* damages.

[53] If actions for *Charter* damages were brought against the Board, it would inevitably be involved in defending those suits and thereby distracted from its statutory responsibilities. As Hogg, Monahan and Wright observe in relation to judicial immunity, the public relies on judges and the courts to resolve difficult problems, and “a judge would be placed in an intolerably vulnerable position, and there would be no end to litigation, if a disappointed litigant could turn around and bring fresh proceedings against the judge”: p. 283. The same may be said of quasi-judicial decision-makers: Ontario Law Reform Commission, *Report on the Liability of the Crown* (1989), at p. 29.

[54] Furthermore, allowing *Charter* damages claims to be brought for the Board’s actions and decisions has the potential to distort the appeal and review process. The corollary of immunity is that a judicial or quasi-judicial decision can be challenged only through judicial review or the appeals process: *Royer v. Mignault*, [1988] R.J.Q. 670 (C.A.), at pp. 673-74. This prevents judicial and quasi-judicial decision-makers from having to justify their decisions beyond the justification disclosed by the record which will be available for appeal or judicial review: *Canada (Attorney General) v. Slansky*, 2013 FCA 199, [2015] 1 F.C.R. 81, at para. 136, per Mainville J.A., concurring. It is worth remembering that in order not to compromise the decision-maker’s impartiality or the finality of his or her decision, the decision-maker has a limited role in an appeal or judicial review proceeding: see, e.g., *Ontario (Energy Board) v. Ontario Power Generation Inc.*, 2015 SCC 44, [2015] 3 S.C.R. 147. However, no such limit can apply to the scope of a quasi-judicial regulatory board’s defence against damages claims. Moreover, damages claims against such bodies, whether under

assure la capacité de ces institutions juridictionnelles de s’acquitter de leurs fonctions sans être distraites par un long procès.

[52] Ces fondements de l’immunité trouvent un écho dans le contexte des demandes de dommages-intérêts fondées sur la *Charte*.

[53] Si des actions en dommages-intérêts fondées sur la *Charte* étaient intentées contre l’Office, il serait inévitablement tenu de se défendre contre ces poursuites et, du même coup, détourné des responsabilités que lui attribue la loi. Comme le font remarquer les auteurs Hogg, Monahan et Wright à propos de l’immunité judiciaire, le public compte sur les juges et les tribunaux pour résoudre des problèmes épineux et [TRADUCTION] « le juge se trouverait dans une situation de vulnérabilité insoutenable et les poursuites en justice n’auraient jamais de fin si la partie déçue pouvait intenter un nouveau recours contre lui » (p. 283). Cela vaut également pour les décideurs quasi judiciaires (Commission de réforme du droit de l’Ontario, *Report on the Liability of the Crown* (1989), p. 29).

[54] De plus, le fait de permettre la présentation de demandes de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* pour des mesures et décisions de l’Office risque de dénaturer le processus d’appel et de contrôle. L’immunité a pour corollaire la possibilité de contester une décision judiciaire ou quasi judiciaire uniquement par voie de contrôle judiciaire ou d’appel (*Royer c. Mignault*, [1988] R.J.Q. 670 (C.A.), p. 673-674). Cela soustrait les décideurs judiciaires et décideurs quasi judiciaires à l’obligation de justifier leurs décisions au-delà de ce que révèle le dossier qui pourra être consulté pour les besoins de l’appel ou du contrôle judiciaire (*Canada (Procureur général) c. Slansky*, 2013 CAF 199, [2015] 1 R.C.F. 81, par. 136, le juge Mainville, motifs concordants). Il convient de rappeler que, pour éviter de compromettre son impartialité ou le caractère définitif de sa décision, le décideur joue un rôle limité dans une procédure d’appel ou de contrôle judiciaire (voir, p. ex., *Ontario (Commission de l’énergie) c. Ontario Power Generation Inc.*, 2015 CSC 44, [2015] 3 R.C.S. 147). Cependant, aucune restriction de ce genre ne peut s’appliquer au moyen de défense

the *Charter* or otherwise, open up new avenues of collateral attack. By protecting judicial and quasi-judicial decision-makers from having to defend their decisions against damages suits, the immunity simultaneously strengthens public confidence in the legal system, preserves impartiality, both in fact and in perception, and closes off routes of collateral attack. See *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796, at pp. 828-30.

[55] To conclude on this point, the policy reasons that underlie the common law and statutory immunities for regulatory and quasi-judicial boards like this one relate directly to the types of good governance concerns identified in *Ward*. Opening the Board to damages claims will distract it from its statutory duties, potentially have a chilling effect on its decision making, compromise its impartiality, and open up new and undesirable modes of collateral attack on its decisions.

(3) Case-by-Case Consideration Undermines the Purposes of the Immunity

[56] Ms. Ernst argues that claims for *Charter* damages must be assessed on a case-by-case basis to determine whether damages would be an appropriate and just remedy. However, as has been pointed out many times, requiring a case-by-case examination of particular claims largely undermines the purpose of conferring immunity in the first place: *Gonzalez*, at para. 49.

[57] Immunity is easily frustrated where the mere pleading of an allegation of bad faith or punitive conduct in a statement of claim can call into question a decision-maker's conduct: *Gonzalez*, at para. 53. Even qualified immunity undermines the decision-maker's ability to act impartially and independently, as the mere threat of litigation, achieved

qu'un organisme de réglementation quasi judiciaire peut opposer à des demandes de dommages-intérêts. En outre, les demandes de dommages-intérêts dirigées contre pareils organismes, que ce soit en vertu de la *Charte* ou d'une autre source, ouvrent de nouvelles pistes de contestation indirecte. En soustrayant les décideurs judiciaires et décideurs quasi judiciaires à l'obligation de défendre leurs décisions contre des poursuites en dommages-intérêts, l'immunité renforce la confiance du public dans le système juridique tout en préservant l'impartialité, à la fois dans les faits et en apparence, et écarte les possibilités de contestation indirecte. Voir *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796, p. 828-830.

[55] Pour conclure sur ce point, les raisons de politique générale qui sous-tendent les immunités accordées par la common law et la loi aux organismes de réglementation quasi judiciaires tels que celui en l'espèce se rapportent directement au genre de préoccupation relative au bon gouvernement dégagee dans *Ward*. Exposer l'Office à des demandes de dommages-intérêts le détournera des obligations que lui attribue la loi et cela pourrait avoir un effet paralysant sur sa prise de décisions, compromettre son impartialité et ouvrir la voie à de nouveaux moyens indésirables d'attaquer indirectement ses décisions.

(3) L'examen au cas par cas mine la raison d'être de l'immunité

[56] M^{me} Ernst soutient qu'il faut évaluer au cas par cas les demandes de dommages-intérêts fondées sur la *Charte* pour décider si les dommages-intérêts constitueraient une réparation convenable et juste. Or, comme on l'a souligné à maintes reprises, exiger un examen au cas par cas de certaines demandes mine en grande partie le motif pour lequel l'immunité est accordée au départ (*Gonzalez*, par. 49).

[57] L'immunité est aisément contrecarrée lorsqu'il suffit de plaider la mauvaise foi ou une conduite punitive dans une déclaration pour mettre en doute la conduite d'un décideur (*Gonzalez*, par. 53). Même une immunité restreinte diminue la capacité du décideur d'agir en toute impartialité et indépendance, car la simple menace de poursuite proférée à l'aide

by artful pleadings, will require the decision-maker to engage with claims brought against him or her. As Lord Denning M.R. held, to be truly free in thought, judges should not be “plagued with allegations of malice or ill-will or bias or anything of the kind”: *Sirros*, at p. 136, cited by *Morier*, at pp. 739-40.

C. *To Sum Up*

[58] As Ms. Ernst accepts, the immunity clause purports to bar her claim for *Charter* damages. That being the case, her damages claim must be struck and the appeal dismissed unless she succeeds in challenging the constitutionality of the immunity provision. She has failed to do so. It follows that her claim for *Charter* damages should be struck out and the appeal dismissed.

[59] I would answer the constitutional question as follows:

Is s. 43 of the *Energy Resources Conservation Act*, R.S.A. 2000, c. E-10, constitutionally inapplicable or inoperable to the extent that it bars a claim against the regulator for a breach of s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and an application for a remedy under s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: To the extent that s. 43 purports to bar a claim for *Charter* damages, the answer is no.

IV. Disposition

[60] I would dismiss the appeal with costs.

The following are the reasons delivered by

[61] ABELLA J. — Two statutory provisions are at stake. The first is Alberta’s requirement that before a constitutional challenge can be brought, the government must be given notice so that the law is given a thorough airing, with all parties having a chance to bring and test the evidence. This protects

d’habiles plaidoiries obligera le décideur à se défendre contre des réclamations présentées contre lui. Tel que l’a affirmé le maître des rôles lord Denning, pour être réellement libre d’esprit, le juge ne doit pas être [TRADUCTION] « inquiété par des allégations de mauvaise foi, de préjudice ou d’autre chose de semblable » (*Sirros*, p. 136, cité dans *Morier*, p. 739-740).

C. *Synthèse*

[58] Comme le reconnaît M^{me} Ernst, la disposition d’immunité vise à faire obstacle à sa demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte*. Cela étant, il faut radier sa demande et rejeter l’appel à moins qu’elle réussisse à contester la constitutionnalité de cette disposition. Elle n’y est pas parvenue. En conséquence, il y a lieu de radier sa demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte* et de rejeter le pourvoi.

[59] Je réponds ainsi à la question constitutionnelle :

L’article 43 de la loi intitulée *Energy Resources Conservation Act*, R.S.A. 2000, c. E-10, est-il inapplicable ou inopérant du point de vue constitutionnel en ce qu’il fait obstacle à la présentation d’une action contre l’organisme de réglementation pour violation de l’al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ainsi qu’à la présentation d’une demande de réparation fondée sur le par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : La réponse est non en ce que l’art. 43 vise à faire obstacle à une demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte*.

IV. Dispositif

[60] Je suis d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs rendus par

[61] LA JUGE ABELLA — Il y a deux dispositions législatives en jeu. La première est une disposition d’une loi albertaine qui oblige un demandeur, avant de pouvoir contester la constitutionnalité d’une loi, à donner un avis au gouvernement pour permettre un examen approfondi de la loi et pour donner à

the public interest by ensuring that laws are not casually or cavalierly either set aside or upheld. It also ensures the existence of a full and proper record on appeal.

[62] The second provision is an immunity clause protecting an administrative tribunal (like almost all quasi-judicial and judicial bodies in Alberta and the rest of Canada) from being sued for damages. This protects the public interest by ensuring that adjudicative bodies responsible for making independent decisions are not casually or cavalierly dragged into litigation that drains their attention and public resources.

[63] Jessica Ernst is asking this Court to decide whether an immunity clause insulating a quasi-judicial tribunal from lawsuits, bars her from bringing a claim for *Charter* damages against that tribunal.

[64] Ms. Ernst's claim is for damages under s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* from a quasi-judicial administrative body, the Energy Resources Conservation Board.² She claims that *Charter* damages are warranted because of the Board's decision to stop communicating with her, in essence finding her to be a vexatious litigant. Bypassing judicial review, she chose instead to designate the Board's decision as unconstitutional, claiming it breached her right to freedom of expression under s. 2(b) of the *Charter*. The Alberta Court of Queen's Bench and the Alberta Court of Appeal had no difficulty finding that s. 43 of the *Energy Resources Conservation Act*, R.S.A. 2000, c. E-10, an immunity clause in the Board's enabling statute, bars any and all claims against the Board, including claims for *Charter* damages.

² Now known as the Alberta Energy Regulator.

tous les intéressés l'occasion de présenter et de contester la preuve. Cette disposition protège l'intérêt public en garantissant que les lois ne sont pas invalidées ou confirmées à la légère ou de façon cavalière. Elle assure également l'existence d'un dossier complet et adéquat en appel.

[62] La seconde disposition est une disposition d'immunité qui protège les tribunaux administratifs (comme la quasi-totalité des organismes judiciaires et quasi judiciaires de l'Alberta et du reste du Canada) contre les poursuites en dommages-intérêts. Cette immunité protège l'intérêt public en garantissant que les organismes juridictionnels qui doivent rendre des décisions en toute indépendance ne se voient pas entraînés à la légère ou de façon cavalière dans des procès qui distrairaient leur attention et draineraient les ressources publiques.

[63] Jessica Ernst demande à notre Cour de décider si une disposition d'immunité mettant un tribunal quasi judiciaire à l'abri des poursuites en justice l'empêche d'intenter une action en dommages-intérêts en vertu de la *Charte* contre ce tribunal.

[64] M^{me} Ernst réclame, en vertu du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, des dommages-intérêts d'un organisme administratif quasi judiciaire, l'Energy Resources Conservation Board (« Office »)². Elle prétend que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* est justifié en raison de la décision de l'Office de cesser de communiquer avec elle et de conclure pour l'essentiel qu'elle est une plaideuse quérulente. Contournant la procédure de contrôle judiciaire, elle a plutôt jugé inconstitutionnelle la décision de l'Office et prétendu qu'elle violait le droit à la liberté d'expression que lui garantit l'al. 2b) de la *Charte*. La Cour du Banc de la Reine de l'Alberta et la Cour d'appel de cette province n'ont eu aucune difficulté à conclure que l'art. 43 de l'*Energy Resources Conservation Act*, R.S.A. 2000, c. E-10, une disposition d'immunité de la loi habilitante de l'Office, rend irrecevable toute demande dirigée contre lui, y compris les demandes de dommages-intérêts fondées sur la *Charte*.

² Organisme maintenant connu sous le nom d'Alberta Energy Regulator.

[65] Ms. Ernst at no stage gave the required *formal* notice of a constitutional challenge to s. 43. In fact, in both prior proceedings, she expressly denied that she was challenging the constitutionality of the immunity clause. Instead, she was challenging the *applicability* of the clause to her *Charter* claim. She claimed to be entitled to a remedy for a *Charter* breach under s. 24(1), regardless of whether s. 43 entitled her to get a remedy.

[66] Ms. Ernst's argument that she was not seeking to challenge the validity of s. 43, only its applicability to a *Charter* damages claim, is unsustainable. The immunity clause either complies with the *Charter* or it does not. But either way, there must be a judicial determination of the constitutional validity, and therefore the constitutional applicability, of the provision. Ms. Ernst's argument that the immunity clause does not apply when a *Charter* remedy is being sought, is an argument that there is no need to go through the necessary steps to determine whether a provision is *Charter*-compliant in order to disregard it. This invokes Alice in Wonderland.

[67] Since Ms. Ernst did not seek to challenge the constitutionality of s. 43 in the prior proceedings, there is no record either to justify or impugn the provision. This means that for the time being, the provision's constitutionality is intact, which means that the Board's immunity is intact, which means that Ms. Ernst cannot, under these circumstances, legally sustain a claim that the Board is vulnerable to a damages claim, either under the *Charter* or otherwise. As a result, I agree with the Alberta courts that Ms. Ernst's claim ought to be struck.

[68] *R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, [2011] 3 S.C.R. 45, sets out the accepted test for striking out a claim:

[65] M^{me} Ernst n'a jamais donné l'avis *officiel* requis pour contester la constitutionnalité de l'art. 43. En fait, lors des deux instances antérieures, elle a expressément nié qu'elle contestait la constitutionnalité de la disposition d'immunité. Elle affirmait plutôt contester l'*applicabilité* de cette disposition à sa demande fondée sur la *Charte*. Elle soutenait avoir droit, en vertu du par. 24(1), à une réparation pour une violation de la *Charte*, peu importe si l'art. 43 lui donnait droit à une réparation.

[66] L'argument de M^{me} Ernst suivant lequel elle ne cherchait pas à contester la validité de l'art. 43, mais seulement son applicabilité à une demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte*, est insoutenable. Ou bien la disposition d'immunité est conforme à la *Charte*, ou bien elle ne l'est pas. Mais dans un cas comme dans l'autre, une décision judiciaire doit être rendue au sujet de la constitutionnalité de cette disposition et, partant, au sujet de son applicabilité sur le plan constitutionnel. L'argument de M^{me} Ernst que la disposition d'immunité ne s'applique pas lorsque la réparation est demandée en vertu de la *Charte* revient à affirmer qu'il n'est pas nécessaire de franchir les étapes prévues pour déterminer si une disposition est conforme à la *Charte* avant de décider s'il y a lieu de l'écartier. Un tel raisonnement semble tiré du roman *Alice au pays des merveilles*.

[67] Puisque M^{me} Ernst n'a pas tenté de contester la constitutionnalité de l'art. 43 lors des instances antérieures, il n'y a pas de dossier pouvant servir à justifier ou à attaquer la disposition en question. Cela signifie que, pour l'instant, la constitutionnalité de cette disposition demeure intacte, de sorte que l'immunité de l'Office est elle aussi intacte et que, dans ces conditions, M^{me} Ernst ne peut soutenir en droit que l'Office est susceptible d'être condamné à des dommages-intérêts, que ce soit en vertu de la *Charte* ou autrement. Par conséquent, je suis d'accord avec les tribunaux albertains pour conclure qu'il y a lieu de radier la demande de M^{me} Ernst.

[68] L'arrêt *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, [2011] 3 R.C.S. 45, énonce le test reconnu qui s'applique à la radiation d'une demande :

A claim will only be struck if it is plain and obvious, assuming the facts pleaded to be true, that the pleading discloses no reasonable cause of action: *Odhavji Estate v. Woodhouse*, 2003 SCC 69, [2003] 3 S.C.R. 263, at para. 15; *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959, at p. 980. Another way of putting the test is that the claim has no reasonable prospect of success. Where a reasonable prospect of success exists, the matter should be allowed to proceed to trial: see, generally, *Syl Apps Secure Treatment Centre v. B.D.*, 2007 SCC 38, [2007] 3 S.C.R. 83; *Odhavji Estate*; *Hunt*; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735.

... The history of our law reveals that often new developments in the law first surface on motions to strike or similar preliminary motions, like the one at issue in *Donoghue v. Stevenson*[, [1932] A.C. 562 (H.L.)]. Therefore, on a motion to strike, it is not determinative that the law has not yet recognized the particular claim. The court must rather ask whether, assuming the facts pleaded are true, there is a reasonable prospect that the claim will succeed. The approach must be generous and err on the side of permitting a novel but arguable claim to proceed to trial (at paras. 17-21).

[69] This is not a cascading, multi-factored test, it is a simple one: Is it plain and obvious that s. 43 bars Ms. Ernst's claim?

[70] The immunity clause in this case is absolute and unqualified:

43 No action or proceeding may be brought against the Board or a member of the Board or a person referred to in section 10 or 17(1) in respect of any act or thing done purportedly in pursuance of this Act, or any Act that the Board administers, the regulations under any of those Acts or a decision, order or direction of the Board.

[71] The legislature clearly chose not to qualify the immunity in any way. Any argument that it should not apply to conduct alleged to be punitive, or that it applies to adjudicative but not to other

... l'action ne sera rejetée que s'il est évident et manifeste, dans l'hypothèse où les faits allégués seraient avérés, que la déclaration ne révèle aucune cause d'action raisonnable : *Succession Odhavji c. Woodhouse*, 2003 CSC 69, [2003] 3 R.C.S. 263, par. 15; *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959, p. 980. Autrement dit, la demande doit n'avoir aucune possibilité raisonnable d'être accueillie. Sinon, il faut lui laisser suivre son cours : voir généralement *Syl Apps Secure Treatment Centre c. B.D.*, 2007 CSC 38, [2007] 3 R.C.S. 83; *Succession Odhavji*; *Hunt*; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735.

... L'histoire de notre droit nous apprend que souvent, des requêtes en radiation ou des requêtes préliminaires semblables, à l'instar de celle présentée dans *Donoghue c. Stevenson*, [[1932] A.C. 562 (H.L.)], amorcent une évolution du droit. Par conséquent, le fait qu'une action en particulier n'a pas encore été reconnue en droit n'est pas déterminant pour la requête en radiation. Le tribunal doit plutôt se demander si, dans l'hypothèse où les faits allégués seraient avérés, il est raisonnablement possible que l'action soit accueillie. L'approche doit être généreuse et permettre, dans la mesure du possible, l'instruction de toute demande inédite, mais soutenable (par. 17-21).

[69] Il ne s'agit pas d'un test comportant de multiples facteurs à analyser en cascade. Ce test est simple : est-il évident et manifeste que l'art. 43 fait obstacle à la demande de M^{me} Ernst?

[70] La disposition d'immunité en l'espèce est sans équivoque et catégorique :

[TRADUCTION]

43 Aucune action ou instance ne peut être introduite contre l'Office, un commissaire ou toute personne mentionnée à l'article 10 ou au paragraphe 17(1) pour tout acte ou toute chose qui aurait été accompli en conformité avec la présente loi, toute loi appliquée par l'Office, tout règlement d'application des lois en question ou une décision, ordonnance ou directive de l'Office.

[71] La législature a clairement choisi de ne pas nuancer l'immunité de quelque façon que ce soit. Aucun argument selon lequel l'immunité ne devrait pas s'appliquer à une conduite qualifiée de punitive

kinds of Board decisions, is nowhere evident in the statutory language. That is precisely why determining the constitutionality of the clause based on a full evidentiary record is so important. It may be that the clause could be amended to permit suits for punitive conduct, but that is *not* what the clause now says. Moreover, creating a novel distinction between adjudicative and non-adjudicative conduct for purposes of limiting the scope of the immunity clause, strikes me as being an unhelpful unravelling of established jurisprudence.

[72] As a result, it is plain and obvious, based on the plain and obvious language of s. 43, that Ms. Ernst's claim is barred. The fact that her claim alleges "punitive" conduct cannot change the unqualified language in s. 43.

[73] Without a proper determination of the constitutionality of the immunity clause, there can be no assessment of its inapplicability or inoperability. It follows that Ms. Ernst's claim for *Charter* damages should be struck, and the appeal dismissed.

Background

[74] The Board is an independent quasi-judicial body responsible for regulating the development of Alberta's energy resources. It licenses gas wells and enforces legislative and regulatory provisions that are intended to protect the groundwater supply from interference or contamination due to oil and gas development. The Board has detailed procedures for receiving and investigating public complaints, conducting compliance inspections, and taking appropriate enforcement and remedial action when necessary. As set out in its enabling legislation, the Board is authorized to conduct hearings, inquiries and investigations, award costs and receive witnesses.

ou s'applique aux décisions de nature juridictionnelle de l'Office, mais non à ses autres décisions, ne ressort du texte de la loi. Voilà précisément pourquoi il est si important de trancher la constitutionnalité de la disposition sur la foi d'un dossier de preuve complet. Il se peut que l'on modifie la disposition afin de permettre l'exercice de recours dans les cas de conduite punitive, mais ce *n'est pas* ce que prévoit la disposition aujourd'hui. Qui plus est, je considère que créer une nouvelle distinction entre la conduite juridictionnelle et la conduite non juridictionnelle dans le but de restreindre la portée de la disposition d'immunité a pour effet de démêler inutilement la jurisprudence établie.

[72] Par conséquent, il est manifeste et évident, au vu des termes évidents et manifestes de l'art. 43, que la demande de M^{me} Ernst est irrecevable. Le fait qu'une conduite « punitive » soit alléguée dans sa demande ne peut emporter modification du texte catégorique de l'art. 43.

[73] Faute d'une décision en bonne et due forme sur la constitutionnalité de la disposition d'immunité, il est impossible de juger de son inapplicabilité ou de son inopérabilité. Par conséquent, la demande de dommages-intérêts présentée par M^{me} Ernst en vertu de la *Charte* doit être radiée, et le pourvoi, rejeté.

Contexte

[74] L'Office est un organisme quasi judiciaire indépendant chargé de réglementer l'exploitation des ressources énergétiques de l'Alberta. Il délivre des permis pour l'exploitation de puits de pétrole et applique les dispositions législatives et réglementaires visant à protéger les réserves d'eau souterraine contre les interférences et la contamination attribuables à l'exploitation des hydrocarbures. L'Office a établi une procédure détaillée pour recevoir et étudier les plaintes du public, procéder à des inspections en vue de vérifier la conformité et prendre les mesures coercitives et correctrices nécessaires. Comme le précise sa loi habilitante, l'Office est autorisé à mener des audiences, des enquêtes et des investigations, à accorder des dépens et à entendre des témoins.

[75] Ms. Ernst owns land near Rosebud, Alberta. She opposed the activities of EnCana Corporation, which engaged in hydraulic fracturing and drilling close to her property. Throughout 2004 and 2005, Ms. Ernst frequently voiced her concerns about the negative impacts caused by oil and gas development near her home. She did this through contact with the Board's compliance, investigation and enforcement offices. She also voiced her concerns publicly.

[76] EnCana's activities resulted in Ms. Ernst bringing claims against EnCana, the Board, and the government of Alberta in December of 2007.

[77] The claim against EnCana was based on damage to Ms. Ernst's water supply. Alberta was sued because it had failed to respond to her complaints about EnCana's activities notwithstanding that it owed Ms. Ernst a duty to protect her water supply. Ms. Ernst's claims against EnCana and against the province were not before this Court.

[78] The claim against the Board was binary. One claim was in negligence, alleging that the Board, which has regulatory jurisdiction over the activities of EnCana, had negligently administered the regulatory regime under the *Energy Resources Conservation Act*.

[79] The second claim against the Board was that it had breached Ms. Ernst's s. 2(b) right to freedom of expression by "arbitrarily, and without legal authority" restricting her communications with the Board.

[80] Ms. Ernst claimed that because of her public criticisms, and because of a reference she made to Weibo Ludwig (who was convicted for carrying out bombings and other destructive acts against oil industry installations in Alberta), the Board prohibited her from communicating with it. As a result,

[75] M^{me} Ernst possède un terrain situé près de Rosebud (Alberta). Elle s'est opposée aux activités d'EnCana Corporation, qui a effectué des travaux de fracturation hydraulique et de forage à proximité de sa propriété. En 2004 et 2005, M^{me} Ernst a fréquemment exprimé ses inquiétudes au sujet des impacts négatifs de l'exploitation des ressources pétrolières et gazières près de chez elle. Elle s'est adressée aux services de l'Office chargés de la surveillance de la conformité, des enquêtes et de l'application de la loi. Elle a également exprimé ses préoccupations sur la place publique.

[76] Les activités d'EnCana ont incité M^{me} Ernst à poursuivre EnCana, l'Office et le gouvernement de l'Alberta en décembre 2007.

[77] La demande visant EnCana était fondée sur les dommages causés à l'approvisionnement en eau de M^{me} Ernst. L'Alberta était poursuivie en raison de son défaut de répondre aux plaintes formulées par M^{me} Ernst relativement aux activités d'EnCana en dépit de son obligation de protéger l'approvisionnement en eau de M^{me} Ernst. La Cour n'a pas été saisie des recours intentés par M^{me} Ernst contre EnCana et la province.

[78] Quant à la demande dirigée contre l'Office, elle comportait deux volets. Le premier était fondé sur la négligence : M^{me} Ernst alléguait que l'Office, qui exerce une compétence réglementaire sur les activités d'EnCana, avait fait preuve de négligence dans l'application du régime réglementaire prévu par l'*Energy Resources Conservation Act*.

[79] D'après le second volet de la demande formulée contre l'Office, ce dernier a violé le droit à la liberté d'expression garanti à M^{me} Ernst par l'al. 2b) de la *Charte* en restreignant [TRADUCTION] « arbitrairement et illégalement » ses communications avec l'Office.

[80] M^{me} Ernst a prétendu qu'en raison des critiques qu'elle avait exprimées publiquement et du fait qu'elle avait mentionné le nom de Weibo Ludwig (qui avait été reconnu coupable d'attentats à la bombe et d'autres actes de vandalisme perpétrés contre des installations pétrolières en Alberta),

Ms. Ernst claimed she was unable to properly register her concerns that EnCana was adversely impacting the Rosebud Aquifer and her groundwater supply.

[81] The Manager of the Board's Compliance Branch wrote to Ms. Ernst and told her that all staff were instructed to avoid further contact with her, and that he had reported her to the Attorney General of Alberta, the RCMP and the Board's Field Surveillance Branch.

[82] When Ms. Ernst sought clarification of the restrictions she faced, she was directed to the Board's Legal Branch, which informed her that the Board "took a decision in 2005 to discontinue further discussion with" her, and would not re-open communications through the regular channels unless she agreed to raise her concerns only through the Board.

[83] In March 2007, Ms. Ernst was informed that she was again free to communicate with any staff at the Board.

[84] Rather than seeking judicial review of the Board's decision to stop communicating with her when she was first informed of this in November 2005, Ms. Ernst waited two years and then filed a statement of claim on December 3, 2007, an amended statement of claim on April 21, 2011, and a second amended statement of claim on February 7, 2012.

[85] The remedy Ms. Ernst sought for this second breach was "damages in the amount of \$50,000.00 under section 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*".

[86] The Board applied to strike out portions of Ms. Ernst's pleadings for failing to disclose a reasonable cause of action. It relied on its immunity clause, s. 43 of the *Energy Resources Conservation*

l'Office avait interdit à M^{me} Ernst de communiquer avec lui. M^{me} Ernst affirmait par conséquent qu'elle n'avait pas été en mesure d'exprimer valablement ses préoccupations suivant lesquelles EnCana nuisait à l'aquifère de Rosebud et à son approvisionnement souterrain en eau.

[81] Le directeur de la Direction de la conformité de l'Office a écrit à M^{me} Ernst pour l'informer que tous les membres de son personnel avaient reçu pour instructions de cesser de communiquer avec elle et qu'il avait signalé son cas au procureur général de l'Alberta, à la GRC et à la Direction de la surveillance sur le terrain de l'Office.

[82] Lorsqu'elle a cherché à obtenir des éclaircissements au sujet des restrictions qui lui avaient été imposées, M^{me} Ernst a été dirigée vers les services juridiques de l'Office qui lui ont fait savoir que l'Office [TRADUCTION] « a[vait] décidé en 2005 de cesser de communiquer avec » elle et n'accepterait de reprendre contact avec elle par les voies de communication habituelles que si elle acceptait de formuler ses doléances uniquement à l'Office.

[83] En mars 2007, M^{me} Ernst a été informée qu'elle était de nouveau libre de communiquer avec tous les membres du personnel de l'Office.

[84] Au lieu de demander le contrôle judiciaire de la décision de l'Office de cesser de communiquer avec elle lorsqu'elle avait été informée pour la première fois de cette mesure en novembre 2005, M^{me} Ernst a attendu deux ans avant de produire une déclaration le 3 décembre 2007, une déclaration modifiée le 21 avril 2011, puis une deuxième déclaration modifiée le 7 février 2012.

[85] La réparation que M^{me} Ernst réclamait pour cette seconde violation était [TRADUCTION] « la somme de 50 000 \$ à titre de dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* ».

[86] L'Office a présenté une requête en vue de faire radier des éléments des actes de procédure de M^{me} Ernst au motif qu'ils ne révélaient aucune cause d'action raisonnable. L'Office a invoqué sa

Act, arguing that it provided a complete bar to both the negligence and *Charter* damage claims against the Board. The Board also argued that the appropriate way for Ms. Ernst to challenge the Board's discretionary decision was through judicial review.

[87] The case management judge at the Queen's Bench, Wittmann C.J., found that the proposed negligence claim was unsupported at law since there was no private law duty of care owed to Ms. Ernst by the Board based on this Court's decisions in *Cooper v. Hobart*, [2001] 3 S.C.R. 537, and *Edwards v. Law Society of Upper Canada*, [2001] 3 S.C.R. 562 ((2013), 85 Alta. L.R. (5th) 333 (Q.B.), at paras. 28-29).

[88] Wittmann C.J. also held that s. 43 barred Ms. Ernst's claim for *Charter* damages. He stated that in order to properly challenge the constitutionality of s. 43, Ms. Ernst was required to give the necessary notice to the Attorneys General of Alberta and Canada but had failed to do so:

... if Ernst seeks as a remedy a declaration striking down section 43 of the [*Energy Resources Conservation Act*], a Notice of Constitutional Question should be given to the Attorneys General of Alberta and Canada, pursuant to section 24 of the *Judicature Act*, RSA 2000, c J-2. The ensuing constitutional litigation could be pursued in a procedural matrix, which would consider the constitutional validity of the legislation, including whether a section 1 *Charter* defence might be available to the Legislature in the event a *Charter* breach is found. The procedural requirement to provide a Notice of Constitutional Question facilitates full argument of any constitutional issues and is a matter of procedural fairness necessary to ensure the Attorneys General of Alberta and Canada have an opportunity to be heard (at para. 89).

[89] In Wittmann C.J.'s view, to allow personal *Charter* damage claims to circumvent statutory

disposition d'immunité, l'art. 43 de l'*Energy Resources Conservation Act*, en faisant valoir qu'elle rendait entièrement irrecevable tant la poursuite pour négligence que la demande de dommages-intérêts présentée en vertu de la *Charte* contre l'Office. Ce dernier a soutenu par ailleurs que le moyen que devait utiliser M^{me} Ernst pour contester la décision discrétionnaire de l'Office consistait à se pourvoir en contrôle judiciaire.

[87] Le juge de la Cour du Banc de la Reine chargé de la gestion de l'instance, le juge en chef Wittmann, a conclu que l'action en négligence projetée était insoutenable en droit, puisque l'Office n'avait aucune obligation de diligence de droit privé envers M^{me} Ernst selon les arrêts de notre Cour dans *Cooper c. Hobart*, [2001] 3 R.C.S. 537, et *Edwards c. Barreau du Haut-Canada*, [2001] 3 R.C.S. 562 ((2013), 85 Alta. L.R. (5th) 333 (B.R.), par. 28-29).

[88] Le juge en chef Wittmann a également conclu que l'art. 43 rendait irrecevable la demande présentée par M^{me} Ernst afin d'obtenir des dommages-intérêts en vertu de la *Charte*. Il a déclaré que, pour pouvoir contester régulièrement la constitutionnalité de l'art. 43, M^{me} Ernst devait donner l'avis requis aux procureurs généraux de l'Alberta et du Canada, mais qu'elle ne l'avait pas fait :

[TRADUCTION] ... si M^{me} Ernst réclame, à titre de réparation, un jugement déclaratoire invalidant l'article 43 de l' [*Energy Resources Conservation Act*], un avis de question constitutionnelle doit être donné aux procureurs généraux de l'Alberta et du Canada conformément à l'article 24 de la *Judicature Act*, RSA 2000, c. J-2. La contestation constitutionnelle qui s'ensuivrait pourrait se dérouler ensuite dans un cadre procédural où seraient examinées la constitutionnalité de la disposition législative contestée et la question de savoir si la législature pourrait invoquer en défense l'article premier de la *Charte* en cas de conclusion de violation de la *Charte*. L'obligation procédurale de donner un avis de question constitutionnelle facilite un débat exhaustif sur toute question constitutionnelle. C'est également une question d'équité procédurale qui est nécessaire pour veiller à ce que les procureurs généraux de l'Alberta et du Canada aient la possibilité d'être entendus (par. 89).

[89] Selon le juge en chef Wittmann, si l'on permettait que des demandes personnelles visant

immunity clauses would cause the “[p]arties [to] come to the litigation process dressed in their *Charter* clothes whenever possible”, and to allege “such a breach . . . in litigation against the government wherever possible”.

[90] In any event, Wittmann C.J. noted that Ms. Ernst was not without a remedy since he agreed with the Board that she could have brought judicial review proceedings, the “time-tested and conventional challenge to an administrative tribunal’s decision”.

[91] Ms. Ernst set out three issues in her formal Notice of Appeal:

Did the Court err in finding that the statutory immunity clause contained within section 43 of the *Energy Resources Conservation Act* bars an otherwise valid claim for breach of the right to freedom of expression made pursuant to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Did the Court err in finding that the [Board] does not owe a private duty of care to Ms. Ernst?

Did the Court err in finding that the statutory immunity clause contained within section 43 of the *Energy Resources Conservation Act* bars Ms. Ernst’s claim against the [Board] for negligent omissions?

[92] Of particular significance, is Ms. Ernst’s answer to question 7 in the Notice of Appeal. The question on the form was: “Is the constitutional validity of an Act or Regulation being challenged as a result of this appeal?” Ms. Ernst’s response was: “No. The appeal, however, does relate to a claim made under s. 24 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.”

[93] In other words, once again, she denied that she was seeking to challenge the constitutionality of s. 43.

à obtenir des dommages-intérêts en vertu de la *Charte* contournent des dispositions législatives prévoyant une immunité, [TRADUCTION] « les justiciables s’adresseraient aux tribunaux vêtus des atours de la *Charte* chaque fois qu’ils le pourraient » et invoqueraient « ce type de violation [. . .] dans les litiges les opposant à l’État chaque fois que cela serait possible ».

[90] Quoi qu’il en soit, le juge en chef Wittmann a fait remarquer que M^{me} Ernst n’était pas sans recours, puisqu’à l’instar de l’Office, il estimait qu’elle aurait pu présenter une demande de contrôle judiciaire, [TRADUCTION] « le recours éprouvé habituellement utilisé pour contester la décision d’un tribunal administratif ».

[91] M^{me} Ernst a formulé trois questions dans son avis d’appel officiel :

[TRADUCTION] La cour a-t-elle commis une erreur en concluant que la disposition législative prévoyant une immunité contenue à l’article 43 de l’*Energy Resources Conservation Act* fait obstacle à une demande par ailleurs valide pour violation du droit à la liberté d’expression présentée en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

La cour a-t-elle commis une erreur en concluant que [l’Office] n’a aucune obligation de diligence de droit privé envers M^{me} Ernst?

La cour a-t-elle commis une erreur en concluant que la disposition législative prévoyant une immunité contenue à l’article 43 de l’*Energy Resources Conservation Act* fait obstacle à la demande fondée sur la négligence par omission que M^{me} Ernst a présentée contre [l’Office]?

[92] La réponse de M^{me} Ernst à la question 7 de l’avis d’appel revêt une importance particulière. La question était ainsi énoncée dans le formulaire : [TRADUCTION] « La constitutionnalité d’une loi ou d’un règlement est-elle contestée par suite du présent appel? » M^{me} Ernst a répondu : « Non. L’appel concerne toutefois une demande présentée en vertu de l’art. 24 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. »

[93] En d’autres termes, M^{me} Ernst a une fois de plus nié qu’elle cherchait à contester la constitutionnalité de l’art. 43.

[94] Nonetheless, she sent a letter to the Attorneys General of Alberta and Canada, paradoxically confirming that she was not challenging the constitutionality of s. 43 under the *Charter*, but was challenging whether it applied to *Charter* claims:

Please note that it is the Appellant’s position that she is not challenging the *constitutional validity* of any enactment (i.e. she is not seeking as a remedy a declaration striking down the section) but rather is challenging the *constitutional applicability* of s. 43 of the *Energy Resources Conservation Act* (“*ERCA*”) to claims made pursuant to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Specifically, her position is that the statutory immunity contained within s. 43 of the *ERCA* cannot apply to claims made pursuant to the *Charter*. In the alternative the Appellant is seeking a declaration that to the extent that s. 43 of the *ERCA* is inconsistent with s. 24(1) of the *Charter*, it is of no force and effect. Because the Appellant is not challenging the constitutional validity of any enactment, the Appellant’s position is that notice is not required under s. 24(1) the *Judicature Act*. Nevertheless, the Appellant is providing this notice out of an abundance of caution.

The Appellant has brought a claim against the Energy Resources Conservation Board alleging that the ERCB infringed her right to freedom of expression as guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Appellant seeks a remedy, namely *Charter* damages, under s. 24(1) of the *Charter*.

The Appellant will argue that a statutory immunity clause cannot provide immunity from valid *Charter* claims. The *Charter* guarantees not only fundamental freedoms, but crucially, also guarantees the right of Canadians to seek a remedy when these fundamental *Charter* rights and freedoms are violated. Section 24(1) of the *Charter* specifically provides remedies for unconstitutional government acts. These constitutional rights cannot be taken away by a statutory enactment purporting to grant immunity to the ERCB.

[94] Elle a néanmoins adressé aux procureurs généraux de l’Alberta et du Canada une lettre dans laquelle, paradoxalement, elle confirmait qu’elle ne contestait pas la constitutionnalité de l’art. 43 en invoquant la *Charte*, mais qu’elle remettait en cause l’applicabilité de l’art. 43 aux demandes fondées sur la *Charte* :

[TRADUCTION] Nous tenons à signaler que l’appelante ne conteste la *constitutionnalité* d’aucune disposition législative (c.-à-d. qu’elle ne cherche pas à obtenir, à titre de réparation, un jugement déclaratoire invalidant l’article en question), mais qu’elle conteste l’*applicabilité, sur le plan constitutionnel*, de l’art. 43 de l’*Energy Resources Conservation Act* (« *ERCA* ») aux demandes présentées en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Plus précisément, sa thèse est que l’immunité d’origine législative contenue à l’art. 43 de l’*ERCA* ne saurait s’appliquer à des demandes fondées sur la *Charte*. À titre subsidiaire, l’appelante réclame un jugement déclarant inopérant l’art. 43 de l’*ERCA* en ce qu’il est incompatible avec le par. 24(1) de la *Charte*. Comme l’appelante ne conteste la constitutionnalité d’aucune disposition législative, sa thèse est qu’elle n’avait pas l’obligation de donner l’avis prévu au par. 24(1) de la *Judicature Act*. L’appelante donne néanmoins cet avis par surcroît de prudence.

L’appelante a introduit contre l’Energy Resources Conservation Board (« Office ») une demande dans laquelle elle allègue que l’Office a violé son droit à la liberté d’expression garanti par l’al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L’appelante réclame une réparation, en l’occurrence des dommages-intérêts, en vertu du par. 24(1) de la *Charte*.

L’appelante entend soutenir qu’une disposition législative prévoyant une immunité ne peut accorder l’immunité contre des poursuites valablement intentées en vertu de la *Charte*. La *Charte* garantit non seulement les libertés fondamentales, mais, chose essentielle, elle garantit aussi le droit des citoyens canadiens de réclamer une réparation lorsque les droits et libertés fondamentaux que leur garantit la *Charte* ont été violés. Le paragraphe 24(1) de la *Charte* permet expressément d’obtenir réparation pour les actes inconstitutionnels commis par l’État. Ces droits constitutionnels ne peuvent être retirés par un texte de loi censé accorder une immunité de poursuite à l’Office.

In sum, the Appellant is challenging the applicability of s. 43 of the *Energy Resources Conservation Act* to claims made pursuant to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. To the extent that s. 43 of the *ERCA* is inconsistent with s. 24(1) of the *Charter*, it is of no force and effect (underlining added; footnotes omitted).

[95] The Attorney General of Alberta intervened, arguing that because proper notice had not been given under s. 24 of Alberta's *Judicature Act*, R.S.A. 2000, c. J-2, he had been precluded from adducing evidence under s. 1. The Court of Appeal summarized his argument as follows:

The Minister of Justice and Solicitor General of Alberta intervened on the appeal arguing that proper notice had not been given (under s. 24 of the *Judicature Act*, RSA 2000, c. J-2) of the constitutional challenge to s. 43 of the *Energy Resources Conservation Act*. The Minister of Justice took the position that the appellant was attempting to raise a new argument on appeal, and that Alberta had been denied the opportunity to call evidence on the topic.

[96] The Court of Appeal dismissed the appeal.

[97] On appeal to this Court, Ms. Ernst reformulated her claim to add a challenge to the constitutional validity of s. 43.

Analysis

[98] All the provinces have statutes that require notice to be given to the Attorney General of that province in any proceeding where the constitutionality of a statute is in issue. Most provinces require that notice be given to the Attorney General of Canada as well. In Alberta, this requirement is found in s. 24 of Alberta's *Judicature Act*:

24(1) If in a proceeding the constitutional validity of an enactment of the Parliament of Canada or of the Legislature of Alberta is brought into question, the enactment shall not be held to be invalid unless 14 days' written

En somme, l'appelante conteste l'applicabilité de l'art. 43 de l'*Energy Resources Conservation Act* aux demandes présentées en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'article 43 de l'*ERCA* est inopérant en ce qu'il est incompatible avec le par. 24(1) de la *Charte* (je souligne; notes en bas de page omises).

[95] Le procureur général de l'Alberta est intervenu en faisant valoir que, comme l'avis exigé par l'art. 24 de la *Judicature Act*, R.S.A. 2000, c. J-2, de l'Alberta n'avait pas été régulièrement donné, il avait été privé de la possibilité de présenter des éléments de preuve fondés sur l'article premier. La Cour d'appel a résumé ainsi l'argument du procureur général :

[TRADUCTION] Le ministre de la Justice et solliciteur général de l'Alberta est intervenu dans l'appel en soutenant que l'avis (prévu à l'art. 24 de la *Judicature Act*, RSA 2000, c. J-2) n'avait pas été régulièrement donné pour contester la constitutionnalité de l'art. 43 de l'*Energy Resources Conservation Act*. Le ministre de la Justice s'est dit d'avis que l'appelante tentait de présenter un nouvel argument en appel et que l'Alberta s'était vu refuser la possibilité de produire des éléments de preuve à ce sujet.

[96] La Cour d'appel a rejeté l'appel.

[97] Dans le cadre du pourvoi formé devant notre Cour, M^{me} Ernst a reformulé sa demande pour y contester également la constitutionnalité de l'art. 43.

Analyse

[98] On trouve dans toutes les provinces des lois exigeant qu'un avis soit donné au procureur général de la province dans toute instance où la constitutionnalité d'une loi est en cause. La plupart des provinces exigent que cet avis soit également donné au procureur général du Canada. En Alberta, on trouve cette exigence à l'art. 24 de la *Judicature Act* :

[TRADUCTION]

24(1) Le texte de loi du Parlement du Canada ou de la législature de l'Alberta dont la validité constitutionnelle est mise en cause dans une instance judiciaire ne peut être invalidé que si un préavis écrit de 14 jours a été

notice has been given to the Attorney General of Canada and the Minister of Justice and Solicitor General of Alberta.

(2) When in a proceeding a question arises as to whether an enactment of the Parliament of Canada or of the Legislature of Alberta is the appropriate legislation applying to or governing any matter or issue, no decision may be made on it unless 14 days' written notice has been given to the Attorney General of Canada and the Minister of Justice and Solicitor General of Alberta.

(3) The notice shall include what enactment or part of an enactment is in question and give reasonable particulars of the proposed argument.

(4) The Attorney General of Canada and the Minister of Justice and Solicitor General of Alberta are entitled as of right to be heard, either in person or by counsel, notwithstanding that the Crown is not a party to the proceeding.

[99] Notice requirements serve a “vital purpose” when constitutional questions arise in litigation. They ensure “that courts have a full evidentiary record before invalidating legislation and that governments are given the fullest opportunity to support the validity of legislation” (*Guindon v. Canada*, [2015] 3 S.C.R. 3, at para. 19; see also *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, at paras. 58-59; *R. v. Aberdeen* (2006), 384 A.R. 395 (C.A.); *TransCanada Pipelines Ltd. v. Beardmore (Township)* (2000), 186 D.L.R. (4th) 403 (Ont. C.A.), at paras. 160-62; *R. v. Lilgert* (2014), 16 C.R. (7th) 346 (B.C.C.A.), at paras. 7-22).

[100] In Alberta, the Court of Appeal has emphasized that it requires strict adherence to the notice provisions regarding constitutional questions found in the *Judicature Act* (*Aberdeen; Broddy v. Alberta (Director of Vital Statistics)* (1982), 142 D.L.R. (3d) 151 (Alta. C.A.), at para. 41; *Seweryn v. Alberta (Appeals Commission for Alberta Workers' Compensation)*, 2016 ABCA 239, at paras. 3-5 (CanLII); *R. v. Redhead* (2006), 384 A.R. 206 (C.A.), at paras. 46-47). In *Aberdeen*, the Crown appealed a determination made as to the constitutionality of the retrospective application of the *Sex Offender Information Registration Act*, S.C. 2004, c. 10, on the ground that proper notice under the

donné au procureur général du Canada et au ministre de la Justice et solliciteur général de l'Alberta.

(2) Lorsque, dans une instance judiciaire, l'applicabilité d'un texte de loi du Parlement du Canada ou de la législature de l'Alberta à une question est soulevée, aucune décision ne peut être prise tant qu'un préavis écrit de 14 jours n'a pas été donné au procureur général du Canada et au ministre de la Justice et solliciteur général de l'Alberta.

(3) L'avis doit préciser le texte de loi ou la partie du texte en question et fournir des éléments suffisamment détaillés de l'argumentation proposée.

(4) Le procureur général du Canada et le ministre de la Justice et solliciteur général de l'Alberta peuvent, de plein droit, se faire entendre, en personne ou par l'entremise d'un avocat, même si Sa Majesté n'est pas partie à l'instance.

[99] L'obligation de donner avis a un « objectif fondamental » lorsque des questions constitutionnelles sont soulevées dans le cadre d'un procès, en l'occurrence « celui de faire en sorte que le tribunal se prononce sur la validité de la disposition à partir d'un dossier de preuve complet et que l'État ait vraiment l'occasion de soutenir la validité de la disposition » (*Guindon c. Canada*, [2015] 3 R.C.S. 3, par. 19; voir aussi *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, par. 58-59; *R. c. Aberdeen* (2006), 384 A.R. 395 (C.A.); *TransCanada Pipelines Ltd. c. Beardmore (Township)* (2000), 186 D.L.R. (4th) 403 (C.A. Ont.), par. 160-162; *R. c. Lilgert* (2014), 16 C.R. (7th) 346 (C.A. C.-B.), par. 7-22).

[100] En Alberta, la Cour d'appel a insisté sur la nécessité de respecter rigoureusement les dispositions relatives aux avis en matière de questions constitutionnelles qui figurent dans la *Judicature Act* (*Aberdeen; Broddy c. Alberta (Director of Vital Statistics)* (1982), 142 D.L.R. (3d) 151 (C.A. Alb.), par. 41; *Seweryn c. Alberta (Appeals Commission for Alberta Workers' Compensation)*, 2016 ABCA 239, par. 3-5 (CanLII); *R. c. Redhead* (2006), 384 A.R. 206 (C.A.), par. 46-47). Dans l'affaire *Aberdeen*, Sa Majesté avait interjeté appel d'une décision portant sur la constitutionnalité de l'application rétroactive de la *Loi sur l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels*, L.C. 2004, c. 10, au

Judicature Act was not given to the Attorneys General of Alberta and Canada. The Court of Appeal allowed the appeal in language of relevance to our case:

The requirement of notice is to ensure that governments have a full opportunity to support the constitutional validity of their legislation, or to defend their action or inaction, and to ensure that courts have an adequate evidentiary record in constitutional cases. The notice requirements depend on whether a constitutional remedy is sought and whether the remedy falls under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* or ss. 24(1) or 24(2) of the *Charter*.

That raises the question, what is the nature of the constitutional remedy sought here? The respondents submit that the remedy being sought is under s. 24(1) of the *Charter* and therefore the notice is not required. We disagree. The nature of the relief sought is essentially a s. 52(1) remedy. We find the reasoning adopted by the court in *R. v. Murrins (D.)* (2002), 201 N.S.R. (2d) 288 [C.A.], persuasive. In *Murrins*, supra, the court considered the retrospective application of a DNA order in the face of the same s. 11(i) *Charter* argument as is made before us. The court held that if the retrospective application of a DNA order resulted in a *Charter* infringement of Murrins' rights, it would violate the s. 11(i) *Charter* right of every offender who is subject to such an application and who committed the designated offence prior to its enactment. Thus, the issue was not simply whether Murrins' right under s. 11(i) *Charter* was infringed, but whether the provision was constitutionally valid.

That logic applies with equal force to the appeals before us. Despite the attempt by defence counsel to characterize the issue as a s. 24(1) *Charter* remedy, it is in effect a s. 52(1) *Charter* remedy that challenges the constitutional validity of the retrospective application of [the *Sex Offender Information Registration Act*, S.C. 2004, c. 10].

The argument that de facto notice was received is not supported by the evidence. The practical effect of the

motif que l'avis prévu par la *Judicature Act* n'avait pas été régulièrement donné aux procureurs généraux de l'Alberta et du Canada. La Cour d'appel a accueilli l'appel en tenant des propos qui présentent un intérêt en l'espèce :

[TRADUCTION] L'obligation de donner avis vise, d'une part, à garantir que l'État a la possibilité voulue de soutenir la constitutionnalité de ses lois ou de défendre son action ou son inaction et, d'autre part, à veiller à ce que les tribunaux disposent d'un dossier de preuve suffisant lorsqu'ils sont saisis d'une affaire constitutionnelle. Les exigences en matière d'avis s'appliquent si la réparation demandée est d'ordre constitutionnel et si elle relève du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ou des par. 24(1) ou 24(2) de la *Charte*.

D'où la question de savoir quelle est la nature de la réparation constitutionnelle réclamée en l'espèce. Les intimés affirment que la réparation est fondée sur le par. 24(1) de la *Charte* et qu'aucun avis n'est donc requis. Nous ne sommes pas d'accord avec eux sur ce point. Il s'agit essentiellement d'une réparation de la nature de celles qui sont prévues au par. 52(1). Nous estimons que le raisonnement suivi par la cour dans l'arrêt *R. c. Murrins (D.)* (2002), 201 N.S.R. (2d) 288 [C.A.], est convaincant. Dans l'arrêt *Murrins*, précité, la cour s'est penchée sur l'application rétroactive d'une ordonnance de prélèvement génétique dans une affaire où était invoqué le même argument tiré de l'al. 11i) de la *Charte* que celui qui nous est soumis en l'espèce. La cour a statué que si l'application rétroactive de l'ordonnance de prélèvement génétique donnait lieu à une violation des droits de M. Murrins, elle violerait le droit garanti par l'al. 11i) de la *Charte* à tout contrevenant faisant l'objet d'une telle requête qui aurait commis l'infraction désignée avant son adoption. Il ne s'agissait donc pas simplement de savoir si le droit garanti à M. Murrins par l'al. 11i) de la *Charte* avait été violé, mais aussi de savoir si cette disposition était constitutionnelle.

Cette logique s'applique avec autant de vigueur dans les appels dont nous sommes saisis. Malgré les tentatives qu'a faites l'avocat de la défense pour qualifier la question de recours fondé sur le par. 24(1) de la *Charte*, il s'agit en réalité d'une demande de réparation fondée sur le par. 52(1) pour violation de la *Charte* et de contestation de la constitutionnalité de l'application rétroactive de [la *Loi sur l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels*, L.C. 2004, c. 10].

La preuve n'appuie pas l'argument suivant lequel il y a eu un avis de facto. La Cour suprême du Canada s'est

absence of notice was addressed in *Eaton v. Board of Education of Brant County*, [1997] 1 S.C.R. 241[, . . .] where the court favoured the view that in the absence of notice, the decision is ipso facto invalid. Were we in error on the approach to be taken, the record itself establishes prejudice to the Crown: no one appeared for the federal Crown and hence it had no opportunity to make submissions or to supplement the record. Secondly, there was no opportunity to put forward an evidentiary record in support of a s. 1 *Charter* argument on the part of either Attorney General.

(*Aberdeen*, at paras. 12-15, per Paperny J.A.)

[101] This approach is precisely the route Ms. Ernst took almost a decade after the Alberta Court of Appeal impugned it, arguing that her claim was a s. 24(1) *Charter* remedy and that notice was therefore not required. As in *Aberdeen*, hers is a veiled s. 52 *Charter* claim.

[102] The Alberta Court of Appeal's censure was echoed by this Court in *Guindon*. In *Guindon*, this Court concluded that a new constitutional question ought not be answered at this level unless the state of the record, the fairness to all parties, the importance of having the issue resolved by this Court, the question's suitability for decision, and the broader interests of the administration of justice demand it. *Guindon* emphasized that the "test for whether new issues should be considered is a stringent one", and the discretion to hear new issues "should only be exercised exceptionally and never unless the challenger shows that doing so causes no prejudice to the parties".

[103] The threshold for the exceptional exercise of this Court's discretion to answer a new constitutional question, articulated most recently in *Guindon* but also in full view in this Court's prior decision in *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241, is nowhere in sight in this case.

penchée sur l'effet juridique concret de l'absence d'avis dans *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241[, . . .] où elle était favorable à l'opinion selon laquelle, en l'absence d'avis, la décision est ipso facto invalide. Si nous faisons erreur quant à l'approche à adopter, le dossier lui-même démontre le préjudice subi par Sa Majesté : personne n'a comparu au nom de la Couronne fédérale, qui n'a donc pas eu la possibilité de faire valoir son point de vue ou d'étoffer le dossier. En second lieu, aucun des deux procureurs généraux n'a eu l'occasion de soumettre un dossier de preuve à l'appui d'un moyen tiré de l'article premier de la *Charte*.

(*Aberdeen*, par. 12-15, la juge Paperny)

[101] C'est précisément la démarche qu'a adoptée M^{me} Ernst presque une décennie après son rejet par la Cour d'appel de l'Alberta, en soutenant que sa demande était fondée sur le par. 24(1) de la *Charte* et qu'elle n'avait donc pas à donner d'avis. Tout comme dans l'affaire *Aberdeen*, sa demande se fonde à mots couverts sur l'art. 52.

[102] Notre Cour a repris à son compte dans *Guindon* la censure de la Cour d'appel de l'Alberta. Dans cet arrêt, notre Cour a en effet conclu qu'elle ne devait pas répondre à une nouvelle question constitutionnelle à cette étape à moins que la teneur du dossier, l'équité envers toutes les parties, l'importance que la question soit résolue par la Cour, le fait que la question se prête à une décision et les intérêts de l'administration de la justice en général ne l'exigent. Dans l'arrêt *Guindon*, notre Cour a souligné que le « critère applicable pour décider de l'opportunité d'examiner une question nouvelle est strict » et que la Cour ne devait exercer le pouvoir discrétionnaire qui lui permettait d'examiner une question nouvelle « qu'à titre exceptionnel et jamais sans que le plaigneur ne démontre que les parties n'en subiront pas un préjudice ».

[103] On ne trouve en l'espèce pas la moindre allusion au seuil qui permettrait à notre Cour d'exercer de façon exceptionnelle son pouvoir discrétionnaire pour répondre à une nouvelle question constitutionnelle. Ce seuil a été formulé tout récemment dans *Guindon*, et ce, en toute connaissance de l'arrêt antérieur *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241.

[104] As the prior jurisprudence confirms, the fact that, at the request of a party, the Chief Justice has framed a constitutional question, does not obligate the Court to answer it if it would be inappropriate to do so (*Bell ExpressVu Limited Partnership*, at para. 59; *Eaton*, at para. 47).

[105] The Attorney General of Alberta and the Board both explicitly articulated their concerns objecting to the improper notice and the raising of new constitutional questions on appeal. The Board raised the matter before this Court in its response to Ms. Ernst's motion to state a constitutional question. The Attorney General of Alberta raised the notice issue at the Alberta Court of Appeal, and his materials were attached in the Board's response materials as well.

[106] While those concerns were raised before *Guindon* was released, they were nevertheless based on Alberta's and this Court's analogous jurisprudence. The Board's response to Ms. Ernst's motion to state a constitutional question, for example, stated:

This Court generally, and save in exceptional circumstances, will not state a constitutional question where, as here, that issue has not been raised in the courts below. The Appellant did not challenge the constitutional validity or applicability of s. 43 of the *ERCA* in the Court of Queen's Bench. At the Court of Appeal, the Appellant did not raise a proper constitutional question in respect of s. 43 of the *ERCA*. The Court did not address the constitutional applicability or validity of that section.

The distinction between the issue raised by the Appellant in the Courts below and a proper constitutional question is not a mere technicality, of no import to the parties. It is a question of procedural fairness. If the Appellant seeks to challenge the constitutional applicability or validity of a legislative provision, she is required to do so expressly, properly and precisely. If the Appellant wishes to raise a constitutional question, the parties are entitled to know what that question is. Indeed, the ERCB should

[104] Tel que le confirme la jurisprudence, le fait que la Juge en chef a formulé une question constitutionnelle à la demande d'une partie n'oblige pas la Cour à y répondre s'il serait inopportun de le faire (*Bell ExpressVu Limited Partnership*, par. 59; *Eaton*, par. 47).

[105] Le procureur général de l'Alberta et l'Office ont tous deux explicitement fait part de leurs préoccupations en s'opposant à l'avis irrégulier et à l'évocation de nouvelles questions constitutionnelles en appel. L'Office a soulevé la question devant notre Cour en réponse à la requête de M^{me} Ernst en formulation d'une question constitutionnelle. Le procureur général de l'Alberta a pour sa part soulevé la question de l'avis en Cour d'appel de l'Alberta et ses documents accompagnaient également ceux déposés par l'Office à l'appui de sa réponse.

[106] Bien que ces préoccupations aient été exprimées avant le prononcé de l'arrêt *Guindon*, elles reposaient néanmoins sur la jurisprudence analogue de l'Alberta et de notre Cour. Par exemple, l'Office a affirmé ce qui suit dans sa réponse à la requête de M^{me} Ernst en formulation d'une question constitutionnelle :

[TRADUCTION] Sauf circonstances exceptionnelles, la Cour ne formule généralement pas une question constitutionnelle dans un cas, comme en l'espèce, où cette question n'a pas été soulevée devant les juridictions inférieures. L'appelante n'a pas contesté la validité ou l'applicabilité constitutionnelle de l'art. 43 de l'*ERCA* en Cour du Banc de la Reine. En Cour d'appel, l'appelante n'a pas soulevé une question constitutionnelle régulière à l'égard de cet article. La Cour d'appel n'a pas non plus abordé l'applicabilité ou la validité constitutionnelle de celui-ci.

La distinction entre la question soulevée par l'appelante devant les juridictions inférieures et une question constitutionnelle régulière n'est pas un simple point technique sans importance pour les parties. C'est une question d'équité procédurale. Si l'appelante cherche à contester l'applicabilité ou la validité constitutionnelle d'une disposition législative, elle doit le faire en termes exprès, comme il se doit et avec précision. Si elle veut soulever une question constitutionnelle, les autres parties

not be made the primary defender of the constitutionality of legislation. That is the primary function of the Attorney General.

[107] This brings us to the factors set out in *Guindon*, which gave structure to this Court's prior jurisprudence. Beginning with the "state of the record", Ms. Ernst is asking this Court to pronounce on the constitutional applicability and operability of s. 43 in the absence of any submissions or evidence from the Attorney General of Alberta. This is troubling for several reasons.

[108] First, the public interest requires that the fullest and best evidence possible be put before the Court when it is asked to decide the constitutionality of a law. This was explained by Sopinka J. in *Eaton* where he said:

In our constitutional democracy, it is the elected representatives of the people who enact legislation. While the courts have been given the power to declare invalid laws that contravene the *Charter* and are not saved under s. 1, this is a power not to be exercised except after the fullest opportunity has been accorded to the government to support its validity. To strike down by default a law passed by and pursuant to the act of Parliament or the legislature would work a serious injustice not only to the elected representatives who enacted it but to the people. Moreover, in this Court, which has the ultimate responsibility of determining whether an impugned law is constitutionally infirm, it is important that in making that decision, *we have the benefit of a record that is the result of thorough examination of the constitutional issues in the courts or tribunal from which the appeals arise* (emphasis added; para. 48).

[109] This requires the participation and input of the appropriate Attorneys General, especially from the jurisdiction of the legislation in question. In this case, there is no such evidentiary record about the constitutionality of s. 43 because until she came to this Court, Ms. Ernst denied that she was even challenging the constitutionality of s. 43.

ont le droit de la connaître. En fait, l'Office ne doit pas devenir le défenseur principal de la constitutionnalité d'une loi. C'est là la fonction première du procureur général.

[107] Cela nous amène aux facteurs énoncés dans *Guindon*, qui donne une structure à la jurisprudence de notre Cour. Pour ce qui est tout d'abord de la « teneur du dossier », M^{me} Ernst demande à notre Cour de se prononcer sur l'applicabilité et l'opérabilité, du point de vue constitutionnel, de l'art. 43 sans qu'aucun argument ou élément de preuve n'ait été présenté par le procureur général de l'Alberta. Ce fait est troublant pour plusieurs raisons.

[108] Tout d'abord, l'intérêt public exige de soumettre à la Cour la preuve la meilleure et la plus complète possible lorsque la Cour est appelée à statuer sur la constitutionnalité d'une loi. C'est ce que le juge Sopinka explique dans l'arrêt *Eaton* :

Dans notre démocratie constitutionnelle, ce sont les représentants élus du peuple qui adoptent les lois. Bien que les tribunaux aient reçu le pouvoir de déclarer invalides les lois qui contreviennent à la *Charte* et qui ne sont pas sauvegardées en vertu de l'article premier, c'est un pouvoir qui ne doit être exercé qu'après que le gouvernement a vraiment eu l'occasion d'en soutenir la validité. Annuler par défaut une disposition législative adoptée par le Parlement ou une législature causerait une injustice grave non seulement aux représentants élus qui l'ont adoptée mais également au peuple. En outre, devant notre Cour, qui a la responsabilité ultime de déterminer si une loi contestée est inconstitutionnelle, il est important que, pour rendre cette décision, *nous disposions d'un dossier qui résulte d'un examen en profondeur des questions constitutionnelles soulevées devant les cours ou le tribunal dont les jugements sont portés en appel* (italiques ajoutés; par. 48).

[109] Cela nécessite la participation et le concours des procureurs généraux concernés, surtout celui du ressort où a été adoptée la loi en question. En l'espèce, il n'y a pas de dossier de preuve portant sur la constitutionnalité de l'art. 43 parce que, jusqu'au moment où elle s'est présentée devant notre Cour, M^{me} Ernst niait carrément qu'elle contestait la constitutionnalité de l'art. 43.

[110] In *Guindon*, the Court was also concerned about the waste of judicial resources that would result from the Court not considering the case on its merits by “[i]nsisting on the notice provision in the lower courts where . . . it would serve no purpose to do so” because this Court had “the benefit of fully developed reasons for judgment on the constitutional point in both of the courts below”, and several Attorneys General had “addressed the merits of the constitutional argument” before this Court (at paras. 35-36).

[111] In the case before us, the constitutionality of s. 43 was never fully or properly addressed, again because of Ms. Ernst’s express denial that she was challenging it. This meant that the Attorney General of Alberta, among others, was prevented from offering justificatory evidence for the Court of Appeal’s — and this Court’s — consideration.

[112] The “fairness to the parties” factor also weighs heavily against this Court exercising its discretion to decide the constitutionality of s. 43. In *Guindon*, in finding that the constitutionality of the provision at issue *should* be decided, the Court observed that “[n]o one has suggested that any additional evidence is required, let alone requested permission to supplement the record” (para. 35). In this case, the opposite is true. The Board, as already stated, asked this Court not to hear the constitutional question because it was not properly raised in the courts below, leaving it, rather than the Attorney General, unfairly as the sole defender of a provision in its enabling statute. At the Alberta Court of Appeal, the Attorney General of Alberta, for his part, also expressly raised concerns about the lack of notice and his inability to adduce evidence at the trial court and the appellate court. He stated that the government was “depriv[ed] . . . of an opportunity to adduce any relevant evidence”, and that it was “precluded from considering whether to call evidence of justification under s. 1” essentially because

[110] Dans *Guindon*, la Cour s’est dite également préoccupée par le gaspillage de ressources judiciaires qui résulterait du refus de la Cour de se prononcer sur l’affaire au fond si l’on « [s]’attach[ait] au respect de la disposition qui prescrit l’avis devant les juridictions inférieures lorsque [. . .] cela ne servirait à rien », d’autant plus que, dans cette affaire, notre Cour « dispos[ait] [. . .] des motifs de jugement détaillés des deux juridictions inférieures sur la question constitutionnelle » et que plusieurs procureurs généraux s’étaient « exprimés sur le bien-fondé de l’argument constitutionnel » devant notre Cour (par. 35-36).

[111] Dans l’affaire qui nous occupe, la constitutionnalité de l’art. 43 n’a jamais été pleinement ou correctement abordée, là encore parce que M^{me} Ernst niait expressément qu’elle la contestait. Cela veut dire qu’à l’instar d’autres intéressés, le procureur général de l’Alberta a été empêché de soumettre des éléments de preuve justificatifs à l’examen de la Cour d’appel et de notre Cour.

[112] Le facteur de l’« équité envers les parties » joue lui aussi lourdement en défaveur de l’exercice, par notre Cour, de son pouvoir discrétionnaire pour se prononcer sur la constitutionnalité de l’art. 43. Dans l’arrêt *Guindon*, pour conclure qu’il y avait lieu de se prononcer sur la constitutionnalité de la disposition en litige, la Cour a fait observer que « [n]ul ne soutient qu’une preuve supplémentaire s’impose, sans compter qu’aucune demande d’autorisation d’étouffer la preuve n’a été présentée » (par. 35). En l’espèce, c’est plutôt le contraire. Comme je l’ai déjà dit, l’Office a demandé à notre Cour de ne pas instruire la question constitutionnelle parce qu’elle n’avait pas été régulièrement soulevée devant les juridictions inférieures, de sorte que c’est l’Office, et non le procureur général, qui s’est injustement retrouvé dans le rôle d’unique défenseur d’une disposition de sa loi habilitante. En Cour d’appel de l’Alberta, le procureur général de cette province avait pour sa part formulé lui aussi expressément des réserves au sujet du défaut d’avis et de son incapacité à présenter des éléments

of the indirect and unclear nature of how the issue was raised there.

[113] The failure to provide notice about the intention to challenge the constitutionality of s. 43 has therefore resulted in no record and in the Attorney General of Alberta having lost the opportunity to properly meet the case against it. This makes Ms. Ernst's request that this Court assess the application of the statutory immunity clause inappropriate — and unwise.

[114] Ms. Ernst's approach represents not only an improper collateral attack on s. 43's constitutionality, it is a dramatic jurisprudential development with profound implications for judicial and quasi-judicial decision-makers across Canada. It is crucial to note that immunity clauses protecting judicial and quasi-judicial bodies are found in, among other Canadian statutes, the *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, ss. 33.1(21), 49(27), 82, and 86.2(19), providing immunity for Judges, Masters, Case Management Masters, and Judicial Council; the *Provincial Court Act*, R.S.A. 2000, c. P-31, s. 68, providing immunity for Mediators; the *Court of Queen's Bench Act*, R.S.A. 2000, c. C-31, s. 14, providing immunity for Masters; the *Provincial Court Act*, R.S.B.C. 1996, c. 379, ss. 27.3 and 42, providing immunity for tribunals, any person acting on their behalf, and Provincial Court Judges; the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 12(6), providing immunity for Prothonotaries; the *Justices of the Peace Act*, R.S.N.W.T. 1988, c. J-3, s. 4(5), providing immunity for the Justices of the Peace Review Council; *The Justices of the Peace Act, 1988*, S.S. 1988-89, c. J-5.1, s. 12.9, providing immunity for the Chief Judge, the Justices of the Peace Review Council, the investigation committee and any member or officer of the Council

de preuve tant en première instance qu'en cour d'appel. Il a déclaré que l'État avait été [TRADUCTION] « priv[é] [. . .] de toute possibilité de produire des éléments de preuve pertinents » et qu'il avait été « empêché d'examiner l'opportunité de présenter des éléments de preuve justificatifs fondés sur l'article premier », essentiellement en raison de la façon indirecte et ambiguë dont la question avait été soulevée dans cette affaire.

[113] Le défaut de M^{me} Ernst de donner avis de son intention de contester la constitutionnalité de l'art. 43 s'est par conséquent traduit par une absence de dossier et par le fait que le procureur général de l'Alberta a perdu la possibilité de répondre convenablement aux allégations formulées contre cet article. Dans ces conditions, il est inopportun et mal avisé pour M^{me} Ernst de demander à notre Cour de se prononcer sur l'application de la disposition législative prévoyant une immunité.

[114] L'approche préconisée par M^{me} Ernst représente non seulement une attaque indirecte irrégulière de la constitutionnalité de l'art. 43, mais aussi un revirement jurisprudentiel radical qui a de profondes répercussions sur les décideurs judiciaires et quasi judiciaires partout au Canada. Il est indispensable de rappeler que des dispositions d'immunité protégeant les organismes judiciaires et quasi judiciaires se retrouvent, entre autres, dans les lois canadiennes suivantes : la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, c. C.43, par. 33.1(21), 49(27), art. 82 et par. 86.2(19), qui accorde l'immunité de poursuite aux juges, aux protonotaires, aux protonotaires chargés de la gestion des causes et au Conseil de la magistrature; la *Provincial Court Act*, R.S.A. 2000, c. P-31, art. 68, qui accorde l'immunité aux médiateurs; la *Court of Queen's Bench Act*, R.S.A. 2000, c. C-31, art. 14, qui accorde l'immunité aux protonotaires; la *Provincial Court Act*, R.S.B.C. 1996, c. 379, art. 27.3 et 42, qui accorde l'immunité aux tribunaux administratifs, aux personnes agissant en leur nom et aux juges de la Cour provinciale; la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, c. F-7, par. 12(6), qui accorde aux protonotaires l'immunité de poursuite; la *Loi sur les juges de paix*, L.R.T.N.-O. 1988, c. J-3, par. 4(5), qui accorde l'immunité au Conseil de surveillance des juges de paix;

or committee; *The Human Rights Code*, C.C.S.M., c. H175, s. 62, providing immunity for the Manitoba Human Rights Commission, any of its members, officers, employees and adjudicators; the *Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, c. 45, Part 8, providing immunity to tribunal members, adjudicators and registrars; the *Law Society Act*, R.S.O. 1990, c. L.8, s. 9, providing immunity for benchers, officers and employees; the *Labour Board Act*, S.N.S. 2010, c. 37, s. 11, providing immunity for the Labour Board and its members; the *Labour Relations Code*, R.S.B.C. 1996, c. 244, s. 145.4, providing immunity for mediators and the industrial inquiry commission; the *Workplace Safety and Insurance Act, 1997*, S.O. 1997, c. 16, Sch. A, s. 179(1), providing immunity for members, officers and employees of the Workplace Safety and Insurance Board or a person engaged by the Board to conduct examinations; the *Environmental Review Tribunal Act, 2000*, S.O. 2000, c. 26, Sch. F, s. 8.1(1), providing immunity for any member or employee of the Tribunal; and the *Public Inquiry Act*, S.B.C. 2007, c. 9, s. 32, providing immunity for a commission, commissioners, and persons acting on behalf of or under the direction of a commissioner.

la *Loi de 1988 sur les juges de paix*, L.S. 1988-89, c. J-5.1, art. 12.9, qui accorde l'immunité de poursuite au Juge en chef, au Conseil de révision des activités des juges de paix, au comité d'enquête et aux membres et dirigeants du Conseil ou d'un comité; le *Code des droits de la personne*, C.P.L.M., c. H175, art. 62, qui accorde l'immunité à la Commission des droits de la personne du Manitoba de même qu'à ses membres, cadres, employés et arbitres; l'*Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, c. 45, partie 8, qui accorde l'immunité aux membres, arbitres et greffiers des tribunaux administratifs; la *Loi sur le Barreau*, L.R.O. 1990, c. L.8, art. 9, qui accorde l'immunité aux conseillers, dirigeants et employés du Barreau; la *Labour Board Act*, S.N.S. 2010, c. 37, art. 11, qui accorde l'immunité à la Commission des relations de travail et à ses membres; le *Labour Relations Code*, R.S.B.C. 1996, c. 244, art. 145.4, qui accorde l'immunité aux médiateurs et à la commission d'enquête sur les relations de travail; la *Loi de 1997 sur la sécurité professionnelle et l'assurance contre les accidents du travail*, L.O. 1997, c. 16, ann. A, par. 179(1), qui accorde l'immunité aux membres, administrateurs et employés de la Commission de la sécurité professionnelle et de l'assurance contre les accidents du travail et à toute personne engagée par la Commission pour procéder à un examen; la *Loi de 2000 sur le Tribunal de l'environnement*, L.O. 2000, c. 26, ann. F, par. 8.1(1), qui accorde l'immunité aux membres et aux employés du Tribunal; et la *Public Inquiry Act*, S.B.C. 2007, c. 9, art. 32, qui accorde l'immunité à une commission, aux commissaires et aux personnes agissant au nom d'un commissaire ou sous son autorité.

[115] The jurisprudence also confirms that judicial and quasi-judicial decision-makers are protected by common law immunities. This includes law society benchers and investigators acting on their behalf (*Edwards*); public inquiry officials (*Alkasabi v. Ontario*, 1994 CarswellOnt 3639, 48 A.C.W.S. (3d) 1306, at paras. 15-17; *Morier v. Rivard*, [1985] 2 S.C.R. 716, at pp. 737-45); and judges (*MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796, at pp. 830-31; *Taylor v. Canada (Attorney General)*, [2000] 3 F.C. 298 (C.A.), at paras. 25-29); see also discussions in Peter W. Hogg, Patrick J. Monahan, and Wade K. Wright, *Liability of the Crown* (4th ed. 2011), at

[115] La jurisprudence confirme par ailleurs que les décideurs judiciaires ou quasi judiciaires jouissent d'immunités en common law. Sont protégés notamment les conseillers du Barreau et les enquêteurs agissant en leur nom (*Edwards*), les commissaires agissant dans le cadre d'une enquête publique (*Alkasabi c. Ontario*, 1994 CarswellOnt 3639, 48 A.C.W.S. (3d) 1306, par. 15-17; *Morier c. Rivard*, [1985] 2 R.C.S. 716, p. 737-745) et les juges (*MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796, p. 830-831; *Taylor c. Canada (Procureur général)*, [2000] 3 C.F. 298 (C.A.), par. 25-29); voir également les commentaires dans Peter W. Hogg,

pp. 283-91; and Robert D. Kligman, “Judicial Immunity” (2011), 38 *Adv. Q.* 251, at pp. 251-61.

[116] Immunizing these judicial and quasi-judicial adjudicators from personal damages claims is grounded in attempts to protect their independence and impartiality, and to facilitate the proper and efficient administration of justice. In *Canada (Attorney General) v. Slansky*, [2015] 1 F.C.R. 81 (C.A.), at paras. 134-37, Mainville J.A. summarized the role that immunity plays for the judiciary:

The principle of judicial independence has resulted in concomitant immunities, most notably (a) the immunity of a judge from suit and prosecution, and (b) the immunity of a judge from testifying about or otherwise justifying the reasons for a particular decision beyond those given in open court: *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796 (*MacKeigan*), at page 830.

The immunity of a judge from suit and prosecution has long been recognized as necessary to maintain public confidence in the judicial system: *Garnett v. Ferrand* (1827), 6 B. & C. 611, at pages 625-626, quoted approvingly in *Morier et al. v. Rivard*, [1985] 2 S.C.R. 716 (*Morier*), at page 737. The immunity serves to ensure that the judge is free in thought and independent in judgment: *Morier*, at pages 737-745. As noted by Lord Denning in *Sirros v. Moore*, [1975] 1 Q.B. 118 (C.A.), quoted approvingly in *Morier*, at page 739 and in *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114, at pages 155-156:

If the reason underlying this immunity is to ensure “that they may be free in thought and independent in judgment,” it applies to every judge, whatever his rank. Each should be protected from liability to damages when he is acting judicially. Each should be able to do his work in complete independence and free from fear. He should not have to turn the pages of his books with trembling fingers, asking himself: “If I do this, shall I be liable to damages?”

Patrick J. Monahan et Wade K. Wright, *Liability of the Crown* (4^e éd. 2011), p. 283-291; et dans Robert D. Kligman, « Judicial Immunity » (2011), 38 *Adv. Q.* 251, p. 251-261.

[116] L’immunité à l’égard des recours personnels en dommages-intérêts intentés contre les décideurs judiciaires et quasi judiciaires susmentionnés est motivée par la volonté de protéger leur indépendance et leur impartialité et par le souci de favoriser la bonne administration de la justice et d’en renforcer l’efficacité. Dans l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Slansky*, [2015] 1 R.C.F. 81 (C.A.), par. 134-137, le juge Mainville résume ainsi le rôle que joue l’immunité dans le cas des juges :

Le principe de l’indépendance judiciaire a donné lieu à des immunités concomitantes, notamment a) l’immunité d’un juge contre les poursuites, et b) l’immunité d’un juge contre l’obligation de témoigner ou de fournir une quelconque justification au sujet des motifs d’une décision donnée, mis à part les motifs rendus au cours de l’audience publique : *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796 (*MacKeigan*), à la page 830.

L’immunité des juges contre les poursuites est depuis longtemps reconnue comme étant nécessaire pour maintenir la confiance du public envers le système judiciaire : *Garnett c. Ferrand* (1827), 6 B. & C. 611, aux pages 625 et 626, cité avec approbation dans l’arrêt *Morier et autre c. Rivard*, [1985] 2 R.C.S. 716 (*Morier*), à la page 737. L’immunité sert à garantir que le juge est libre d’esprit et indépendant de pensée : *Morier*, aux pages 737 à 745. Comme le fait remarquer lord Denning dans la décision *Sirros c. Moore*, [1975] 1 Q.B. 118 (C.A.), cité avec approbation dans l’arrêt *Morier*, à la page 739 et dans l’arrêt *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, aux pages 155 et 156 :

[TRADUCTION] Si la raison d’être de l’immunité est de garantir qu’ils « soient libres d’esprit et indépendants de pensée », elle s’applique à tous les juges indépendamment de leur rang. Tout juge doit être à l’abri de toute action en responsabilité lorsqu’il agit de façon judiciaire. Tout juge devrait être en mesure de travailler en toute indépendance et à l’abri de toute crainte. Il ne doit pas feuilleter ses recueils en tremblant et en se demandant « Si je prends ce parti, suis-je exposé à une action en responsabilité? »

The additional immunity from accounting for or justifying judicial decisions beyond those reasons provided in open court also serves to ensure the independence of judges and to instil public confidence in the judicial process: *MacKeigan*, at pages 828-830. As noted by McLachlin J. (as she then was), at page 831 of that decision, “To entertain the demand that a judge testify before a civil body, an emanation of the legislature or executive, on how and why he or she made his or her decision would be to strike at the most sacrosanct core of judicial independence.”

It is important to bear in mind that these immunities are there not for the benefit of individual judges; rather they exist for the benefit of the community as a whole. Indeed, an independent judiciary free from improper influence is an essential component of a free and democratic society.

[117] The same analysis applies to quasi-judicial decision-makers, which is why legislatures and Parliament have extended statutory immunity to administrative boards and tribunals: see Hogg, Monahan and Wright, at p. 289, and Kligman, at pp. 259-61.

[118] Further, this Court has already accepted an immunity that protects regulatory boards from negligence claims that arise from the policy decisions they make, whether or not they are made in their adjudicative capacity: *Cooper*, at para. 38, and *Edwards*. In *Edwards*, for example, the Law Society of Upper Canada was sued in negligence for failing to properly investigate and remedy a situation where a lawyer’s trust fund had been compromised, despite the Law Society being advised of the suspicious use of the fund by the lawyer himself. The *Law Society Act* has an immunity clause in s. 9 which states:

9. No action or other proceedings for damages shall be instituted against the Treasurer or any bencher, official of the Society or person appointed in Convocation for any act done in good faith in the performance or intended performance of any duty or in the exercise or in

L’immunité supplémentaire contre le fait d’avoir à rendre des comptes ou à fournir des justifications concernant les décisions judiciaires, au-delà des motifs donnés en audience publique, sert également à garantir l’indépendance des juges et à accroître la confiance du public envers le processus judiciaire : *MacKeigan*, aux pages 828 à 830. Comme le fait remarquer le juge McLachlin (qui n’était pas encore juge en chef à l’époque) à la page 831 de cette décision, « [d]onner suite à l’exigence qu’un juge témoigne devant un organisme civil, émanant du pouvoir législatif ou du pouvoir exécutif, quant à savoir comment et pourquoi il a rendu sa décision, serait attaquer l’élément le plus sacro-saint de l’indépendance judiciaire. »

Il est important de ne pas oublier que ces immunités existent non pas au bénéfice personnel des juges, mais plutôt au bénéfice de la collectivité dans son ensemble. En effet, un pouvoir judiciaire indépendant et libre de toute influence indue est un élément essentiel d’une société libre et démocratique.

[117] Cette analyse vaut aussi pour les décideurs quasi judiciaires, ce qui explique pourquoi les législatures et le Parlement fédéral ont étendu l’immunité légale aux commissions et tribunaux administratifs (voir Hogg, Monahan et Wright, p. 289, et Kligman, p. 259-261).

[118] De plus, notre Cour a déjà reconnu une immunité qui met les organismes de réglementation à l’abri des poursuites pour négligence découlant de leurs décisions de politique générale, que ces décisions soient prises ou non dans l’exercice de leur fonction juridictionnelle (*Cooper*, par. 38, et *Edwards*). Dans l’affaire *Edwards*, par exemple, le Barreau du Haut-Canada était poursuivi pour négligence pour ne pas avoir enquêté adéquatement et ne pas avoir remédié à une situation dans laquelle le compte en fiducie d’un avocat avait été compromis malgré le fait que le Barreau avait été prévenu par l’avocat lui-même de l’utilisation douteuse du compte en question. On trouve une disposition d’immunité dans la *Loi sur le Barreau*, à l’art. 9 qui prévoit :

9. Sont irrecevables les actions ou autres instances en dommages-intérêts intentées contre le trésorier, les conseillers, les dirigeants du Barreau ou les personnes nommées au Conseil, en raison d’un acte accompli de bonne foi dans l’exercice, réel ou projeté, d’un devoir

the intended exercise of any power under this Act, a regulation, a by-law or a rule of practice and procedure, or for any neglect or default in the performance or exercise in good faith of any such duty or power.

[119] The claim was struck as disclosing no cause of action by Sharpe J., who found that the Law Society's quasi-judicial function immunized it from liability in negligence. Finlayson J.A. at the Court of Appeal agreed with Sharpe J., and concluded that the jurisprudence "clearly establishes a judicial immunity from negligence for the Law Society's discipline process" ((2000), 48 O.R. (3d) 329 (C.A.), at p. 343). On appeal to this Court, no issue was taken with Finlayson J.A.'s finding that the quasi-judicial immunity provided by s. 9 of the *Law Society Act* also extended to the Law Society's employees who investigate complaints. Applying the same logic, the immunity in s. 43 of the *Energy Resources Conservation Act* would apply to the Compliance Branch's decision to cease communicating with Ms. Ernst. That means that artificial binary distinctions between adjudicative and other administrative decisions should be avoided, since these decisions too are subject to judicial review.

[120] The analogous functions between courts and quasi-judicial decision-makers mean that extra caution should be exercised before this Court nibbles away at the immunity clause in this case. There are profound and obvious implications for *all* judges and tribunals from such a decision, and it should not be undertaken without a full and tested evidentiary record. It may or may not be the case that governments will be able to justify immunity from *Charter* damages, but until the s. 1 justificatory evidence is explored, this Court should not replace the necessary evidence with its own inferences.

ou d'une fonction aux termes de la présente loi, d'un règlement, d'un règlement administratif ou d'une règle de pratique et de procédure, ou en raison d'une négligence ou d'une omission dans l'exécution, de bonne foi, de ce devoir ou de cette fonction.

[119] Le juge Sharpe avait radié la demande pour absence de cause d'action, concluant que la fonction quasi judiciaire qu'exerçait le Barreau le protégeait contre toute responsabilité pour négligence. Le juge Finlayson, de la Cour d'appel, avait abondé dans le sens du juge Sharpe et estimé que la jurisprudence [TRADUCTION] « établi[ssait] clairement une immunité judiciaire à l'égard de la négligence en faveur du processus disciplinaire du Barreau » ((2000), 48 O.R. (3d) 329 (C.A.), p. 343). Dans le cadre du pourvoi formé devant notre Cour, personne n'a contesté la conclusion du juge Finlayson suivant laquelle l'immunité quasi judiciaire prévue à l'art. 9 de la *Loi sur le Barreau* s'étendait aussi aux employés du Barreau chargés d'enquêter sur les plaintes. Selon la même logique, l'immunité prévue à l'art. 43 de l'*Energy Resources Conservation Act* s'appliquerait à la décision de la Direction de la conformité de cesser de communiquer avec M^{me} Ernst. Par conséquent, il y a lieu d'éviter de faire des distinctions binaires factices entre les décisions de nature juridictionnelle et celles de nature administrative, puisque ces décisions sont également susceptibles de contrôle judiciaire.

[120] Compte tenu des fonctions analogues qu'exercent les tribunaux judiciaires et les décideurs quasi judiciaires, notre Cour doit user d'encre plus de prudence avant de rogner la disposition d'immunité en l'espèce. Une telle décision entraîne des conséquences profondes et évidentes pour l'*ensemble* des juges et des tribunaux et ne doit être prise que si l'on dispose d'un dossier de preuve complet qui a fait l'objet de vérifications. L'État pourra ou non être en mesure de justifier une immunité contre toute condamnation à des dommages-intérêts en vertu de la *Charte*, mais tant que les éléments de preuve justificatifs fondés sur l'article premier n'ont pas été analysés, notre Cour ne devrait pas remplacer les éléments de preuve requis par ses propres déductions.

[121] This Court said in *Vancouver (City) v. Ward*, [2010] 2 S.C.R. 28, that “granting damages under the *Charter* is a new endeavour, and an approach to when damages are appropriate and just should develop incrementally” (para. 21). It is worth noting that this Court has found *Charter* damages to be available on only two occasions: in response to a *Charter* breach resulting from abusive police conduct towards a detained suspect (*Ward*), and in response to a *Charter* breach resulting from a prosecutor’s inadequate evidentiary disclosure to a criminal accused (*Henry v. British Columbia (Attorney General)*, [2015] 2 S.C.R. 214). In both cases, the conduct justifying damages was committed by individuals who were under the direction of the state. *Charter* damages have never been awarded against independent judicial or quasi-judicial decision-makers. This does not mean that such damages are beyond reach, but they are tied to the question of the constitutionality of immunity clauses and the extent to which they should be read down.

[122] Moreover, it is important to note that in *Ward* and *Henry*, this Court had the benefit of significant contributions from various Attorneys General when deciding the s. 24(1) damages claims. In *Ward*, the Attorney General of British Columbia was directly involved in the litigation from the trial stage onwards, and before this Court, the Attorneys General of Canada, Ontario and Quebec intervened. Similarly in *Henry*, the Attorneys General of British Columbia and Canada were involved from the trial stage onwards, and before this Court, eight other provincial Attorneys General intervened.

[123] I agree that an analysis pursuant to *Ward* likely leads to the conclusion that *Charter* damages are not an “appropriate and just” remedy in the circumstances, but in my respectful view the question

[121] Notre Cour a déclaré dans *Vancouver (Ville) c. Ward*, [2010] 2 R.C.S. 28, que « l’octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* constitue une nouveauté, et les règles servant à déterminer s’il s’agit d’une réparation convenable et juste devraient se développer graduellement » (par. 21). Il vaut la peine de signaler le fait que notre Cour n’a permis l’octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* à titre de réparation pour une violation de la *Charte* que dans deux cas, à savoir : en réponse à une violation de la *Charte* résultant d’un abus de pouvoir des forces policières contre un suspect détenu (*Ward*) et en réponse à une violation de la *Charte* découlant du défaut du poursuivant de communiquer suffisamment d’éléments de preuve à l’accusé (*Henry c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [2015] 2 R.C.S. 214). Dans un cas comme dans l’autre, la conduite répréhensible justifiant la condamnation à des dommages-intérêts était le fait de représentants de l’État. Des décideurs judiciaires ou quasi judiciaires indépendants n’ont encore jamais été condamnés à des dommages-intérêts en vertu de la *Charte*. Il ne faut pas en conclure pour autant que de tels dommages-intérêts ne peuvent jamais être accordés, mais leur octroi dépend de la constitutionnalité de la disposition d’immunité et de la mesure dans laquelle elle doit être interprétée restrictivement.

[122] En outre, il importe de signaler que, dans les affaires *Ward* et *Henry*, notre Cour avait pu compter sur le précieux concours de divers procureurs généraux pour l’aider à trancher les demandes de dommages-intérêts fondées sur le par. 24(1). Dans l’affaire *Ward*, le procureur général de la Colombie-Britannique avait participé directement à l’instance dès l’étape du procès et, devant notre Cour, les procureurs généraux du Canada, de l’Ontario et du Québec étaient intervenus. De même, dans l’affaire *Henry*, les procureurs généraux de la Colombie-Britannique et du Canada étaient intervenus dès le procès et, devant notre Cour, huit autres procureurs généraux provinciaux étaient intervenus.

[123] Je conviens qu’une analyse effectuée en conformité avec *Ward* mène vraisemblablement à la conclusion que l’octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne constitue pas une réparation

of whether such damages are appropriate requires a prior determination of the constitutionality of the immunity clause. If the clause is constitutional, there is no need to embark on a *Ward* analysis. If, on the other hand, it is found to be unconstitutional, only then does a *Ward* analysis become relevant.

[124] A final comment about the questionable nature in which the new constitutional question has arisen before this Court. Ms. Ernst acknowledged in the hearing before us that she was aware that s. 43 was being used to bar her claim at the Court of Queen's Bench and that she did not give the proper notice there. She must also be taken to be aware of the requirement of constitutional notice confirmed by Alberta's Court of Appeal, which expressly rejected the approach taken by Ms. Ernst of arguing that she was seeking a finding of constitutional inapplicability under s. 24(1) rather than unconstitutionality under s. 52. Yet at the Court of Appeal, Ms. Ernst's Notice of Appeal stated that she was *not* challenging the constitutional validity of s. 43, and that, as a result, no notice was required. She also stated, confusingly, that she would be arguing that s. 43 was "of no force and effect". This is hardly the kind of notice required by s. 24 of the *Judicature Act*. It was not until she was before this Court that she first expressed a clear intention to challenge the constitutionality of s. 43, essentially depriving both the Alberta Attorney General and others from the opportunity of meaningfully participating in prior proceedings.

[125] This is not conduct that should be rewarded in this Court with redemptive forgiveness. Ms. Ernst's conduct was procedurally in breach of her province's jurisprudence and statutory requirements, and of the public interest that jurisprudence and legislation was designed to protect.

« convenable et juste » dans les circonstances. Or, à mon humble avis, il faut statuer sur la constitutionnalité de la disposition d'immunité avant de juger si pareils dommages-intérêts sont convenables. Si la disposition est constitutionnelle, point n'est besoin de procéder à l'analyse prescrite par *Ward*. Si, en revanche, elle est jugée inconstitutionnelle, ce n'est que dans ce cas que l'analyse en question entre en jeu.

[124] Je tiens à formuler une dernière observation au sujet de la façon douteuse dont la nouvelle question constitutionnelle a été soulevée devant notre Cour. M^{me} Ernst a reconnu à l'audience tenue devant nous qu'elle savait que l'art. 43 était invoqué pour faire obstacle à sa demande en Cour du Banc de la Reine et pourtant, elle n'a pas donné l'avis prescrit au cours de cette instance. Il faut également présumer qu'elle avait connaissance de son obligation de donner un avis de question constitutionnelle, comme l'a confirmé la Cour d'appel de l'Alberta, qui a expressément rejeté la manière dont M^{me} Ernst avait fait valoir qu'elle tentait d'obtenir une conclusion d'inapplicabilité constitutionnelle en vertu du par. 24(1) plutôt qu'une déclaration d'inconstitutionnalité en vertu de l'art. 52. Or, devant la Cour d'appel, M^{me} Ernst a précisé dans son avis d'appel qu'elle *ne* contestait *pas* la constitutionnalité de l'art. 43 et que, par conséquent, aucun avis n'était exigé. Elle a également déclaré de façon confuse qu'elle plaiderait que l'art. 43 était [TRADUCTION] « inopérant ». Ce n'est guère le genre d'avis qu'exige l'art. 24 de la *Judicature Act*. Ce n'est que devant notre Cour qu'elle a pour la première fois exprimé clairement son intention de contester la constitutionnalité de l'art. 43, privant essentiellement à la fois le procureur général de l'Alberta et d'autres intéressés de la possibilité de participer utilement aux instances précédentes.

[125] Notre Cour ne devrait pas récompenser une telle conduite en faisant preuve de clémence et en rétablissant M^{me} Ernst dans ses droits. Par ses agissements, M^{me} Ernst a, sur le plan procédural, agi à l'encontre de la jurisprudence et des exigences légales de sa province et contrairement à l'intérêt public que la jurisprudence et la loi étaient censées protéger.

[126] I therefore agree with both Wittmann C.J. and the Alberta Court of Appeal that Ms. Ernst’s *Charter* claim should be dismissed for not disclosing a reasonable cause of action pursuant to the *Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 124/2010, r. 3.68, in light of the immunity clause.

[127] I also agree with them that judicial review was the appropriate means of addressing her concerns. As Wittmann C.J. concluded, “the time-tested and conventional challenge to an administrative tribunal’s decision is judicial review, not an action against the administrative tribunal”. The Court of Appeal agreed, and held that

limits on remedies do not offend the rule of law, so long as there remain some effective avenues of redress: *Ward* at paras. 34-5, 43. The long standing remedy for improper administrative action has been judicial review. There is nothing in s. 43 that would have prevented the appellant from seeking an order in the nature of *mandamus* or *certiorari* to compel the Board to receive communications from her. Further, she could have appealed any decisions of the Board to this Court, with leave (at para. 30).

[128] When the Board made the decision to stop communicating with Ms. Ernst through the normal complaints process, it was exercising its discretionary authority under its enabling legislation (s. 16 of the *Energy Resources Conservation Act*). Issues about the legality, reasonableness, or fairness of this discretionary decision are issues for judicial review (*Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 28). Even the language used by Ms. Ernst in her statement of claim — that the Board’s decision “was made arbitrarily, and without legal authority” — evokes the terminology of a claim for judicial review.

[129] Ms. Ernst had the opportunity to seek timely judicial review of the Board’s decision. She chose not to. Instead, she attempted to frame her

[126] Je suis donc d’accord tant avec le juge en chef Wittmann qu’avec la Cour d’appel de l’Alberta pour dire que la demande présentée par M^{me} Ernst en vertu de la *Charte* devrait être rejetée au motif qu’elle ne révèle aucune cause d’action raisonnable au sens de l’art. 3.68 des *Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 124/2010, compte tenu de la disposition d’immunité.

[127] Je suis également d’accord avec eux pour dire que le moyen qu’elle aurait dû utiliser pour formuler ses doléances était de se pourvoir en contrôle judiciaire. Ainsi que l’a conclu le juge en chef Wittmann, [TRADUCTION] « le recours éprouvé habituellement utilisé pour contester la décision d’un tribunal administratif est le contrôle judiciaire et non une action dirigée contre le tribunal administratif ». La Cour d’appel s’est dite du même avis et a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION] . . . le fait qu’il existe des restrictions aux réparations ne contrevient pas à la primauté du droit tant qu’il reste une voie de recours efficace (*Ward*, par. 34-35 et 43). Le contrôle judiciaire constitue depuis longtemps le recours ouvert pour sanctionner un acte répréhensible de l’Administration. Rien à l’art. 43 n’aurait empêché l’appelante de solliciter un bref de *mandamus* ou de *certiorari* pour forcer l’Office à recevoir ses communications. De plus, elle aurait pu, sur autorisation, interjeter appel de toute décision de l’Office devant notre cour . . . (par. 30).

[128] Lorsque l’Office a décidé de cesser de communiquer avec M^{me} Ernst dans le cadre du processus habituel de règlement des plaintes, il exerçait le pouvoir discrétionnaire que lui confère sa loi habilitante (art. 16 de l’*Energy Resources Conservation Act*). La légalité, la rationalité ou l’équité de cette décision discrétionnaire sont des questions qui relèvent du contrôle judiciaire (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 28). Même les mots employés par M^{me} Ernst dans sa déclaration, en l’occurrence que la décision de l’Office [TRADUCTION] « a été rendue arbitrairement et illégalement », rappellent la terminologie d’une demande de contrôle judiciaire.

[129] M^{me} Ernst a eu l’occasion de solliciter en temps opportun le contrôle judiciaire de la décision de l’Office. Elle a choisi de ne pas se prévaloir

grievance as a claim for *Charter* damages. That is precisely why s. 43 exists — to prevent an end-run by litigants around the required process, resulting in undue expense and delay for the Board and for the public (*Hryniak v. Mauldin*, [2014] 1 S.C.R. 87).

[130] I would dismiss the appeal with costs.

The reasons of McLachlin C.J. and Moldaver, Côté and Brown JJ. were delivered by

[131] THE CHIEF JUSTICE AND MOLDAVER AND BROWN JJ. (dissenting) — Section 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* ensures that those whose rights or freedoms have been violated have access to “appropriate and just” remedies. But s. 24(1) was not enacted in a vacuum. It was born into a legal system with limits which, in some cases, prevent claims from being brought, including claims against the state. This appeal concerns the operation of one such limit — a statutory immunity clause — on an application to strike a claim for a remedy under s. 24(1).

[132] The appellant, Jessica Ernst, brought a claim against the respondent, the Alberta Energy Regulator (“Board”), seeking, among other things, *Charter* damages under s. 24(1) for breaching her right to freedom of expression under s. 2(b) of the *Charter*. In moving to strike Ms. Ernst’s claim, the Board relied in part on s. 43 of its enabling statute³ which essentially bars all claims against the Board.

³ The Board’s enabling statute was at all material times the *Energy Resources Conservation Act*, R.S.A. 2000, c. E-10 (“ERCA”). This statute has since been repealed and replaced with the *Responsible Energy Development Act*, S.A. 2012, c. R-17.3. The new legislation has a provision similar to s. 43 of the ERCA (s. 27). Under the ERCA, the regulator was known as the Energy Resources Conservation Board (“ERCB”). The new statute replaced the ERCB with the Board, and as a result, the Board is named as the respondent as the successor to the ERCB.

de cette possibilité. Elle a plutôt tenté d’exprimer ses reproches sous forme de demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte*. C’est précisément la raison d’être de l’art. 43 : empêcher les plaideurs de court-circuiter la procédure prescrite et éviter ainsi à l’Office et au public des frais et des retards indus (*Hryniak c. Mauldin*, [2014] 1 R.C.S. 87).

[130] Je rejetterais le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Moldaver, Côté et Brown rendus par

[131] LA JUGE EN CHEF ET LES JUGES MOLDAVER ET BROWN (dissidents) — Le paragraphe 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit aux personnes victimes de violation de leurs droits ou de leurs libertés la possibilité d’obtenir une réparation « convenable et juste ». Toutefois, le par. 24(1) n’a pas été édicté en l’absence de tout contexte. Il a vu le jour au sein d’un système juridique qui comporte des limites faisant parfois obstacle à la présentation de demandes, y compris celles dirigées contre l’État. Le présent pourvoi concerne l’application d’une telle limite, en l’occurrence une disposition législative prévoyant une immunité, à une requête en radiation d’une demande de réparation fondée sur le par. 24(1).

[132] L’appelante, Jessica Ernst, a présenté une demande contre l’intimé, l’Alberta Energy Regulator (« Office »), afin d’obtenir entre autres des dommages-intérêts en vertu du par. 24(1) pour violation du droit à la liberté d’expression que lui confère l’al. 2b) de la *Charte*. Pour solliciter la radiation de cette demande, l’Office s’est notamment fondé sur l’art. 43 de sa loi habilitante³, qui faisait

³ La loi habilitante de l’Office s’est intitulée *Energy Resources Conservation Act*, R.S.A. 2000, c. E-10 (« ERCA »), à toutes les époques pertinentes. Cette loi a depuis été abrogée et remplacée par la *Responsible Energy Development Act*, S.A. 2012, c. R-17.3. La nouvelle loi renferme une disposition semblable à l’art. 43 de l’ERCA (l’art. 27). À l’époque de l’ERCA, l’organisme de réglementation s’appelait l’Energy Resources Conservation Board (« ERCB »). La nouvelle loi a remplacé l’ERCB par l’Office, d’où la désignation de l’Office comme intimé parce qu’il a succédé à l’ERCB.

The case management judge found that, although Ms. Ernst's pleadings raised an arguable *Charter* claim, s. 43 immunized the Board. He accordingly struck her claim for *Charter* damages, and his decision was upheld by the Court of Appeal of Alberta.

[133] We would allow the appeal. Just as it is not plain and obvious that *Charter* damages could in no circumstances be an appropriate and just remedy in a claim against the Board or any quasi-judicial decision-maker like it, it is not plain and obvious that Ms. Ernst's claim is barred by s. 43. Ms. Ernst seeks *Charter* damages as a remedy for actions by the Board that Ms. Ernst says were intended to punish her. It is arguable that such punitive acts fall outside the scope of the immunity that s. 43 confers. Accordingly, we would hold that Ms. Ernst's claim cannot be struck on the basis of s. 43.

[134] On appeal to this Court, Ms. Ernst argued that it is not plain and obvious that s. 43 bars her claim for *Charter* damages because, in her submission, s. 43 is unconstitutional. Since we would conclude that it is not plain and obvious that s. 43 bars her claim at all, it is not necessary to consider s. 43's constitutionality at this stage of the proceedings. If it is subsequently determined that s. 43 does, indeed, bar Ms. Ernst's claim for *Charter* damages, then she may challenge its constitutionality at that juncture.

[135] We add this. This is a difficult case raising novel and difficult issues. It is not surprising that counsel and judges at all levels have struggled to find the appropriate template through which to view Ms. Ernst's claim. In the end, and with great respect for contrary views, we have concluded that the test for striking out Ms. Ernst's claim at the

essentiellement obstacle à toute demande visant l'Office. Le juge chargé de la gestion de l'instance a conclu que même si les actes de procédure de M^{me} Ernst donnaient ouverture à une demande fondée sur la *Charte* qui pouvait être plaidée, l'art. 43 protégeait l'Office. Il a par conséquent radié sa demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte*, une décision qui a été confirmée par la Cour d'appel de l'Alberta.

[133] Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi. Il n'est pas évident et manifeste que l'art. 43 fait obstacle à la demande de M^{me} Ernst, tout comme il n'est pas évident et manifeste que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne peut en aucun cas constituer une réparation convenable et juste dans le cadre d'une demande présentée contre l'Office ou tout autre décideur quasi judiciaire analogue. M^{me} Ernst réclame des dommages-intérêts fondés sur la *Charte* en guise de réparation pour des agissements de l'Office qui, aux dires de M^{me} Ernst, avaient pour but de la punir. On peut soutenir que de tels actes punitifs échappent à la portée de l'immunité que confère l'art. 43. Nous concluons donc à l'impossibilité de radier la demande de M^{me} Ernst sur la base de l'art. 43.

[134] Devant notre Cour, M^{me} Ernst a soutenu qu'il n'est pas évident et manifeste que l'art. 43 fait obstacle à sa demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte* parce que, selon ses arguments, l'art. 43 est inconstitutionnel. Puisque nous concluons qu'il n'est pas évident et manifeste que l'art. 43 fait obstacle à sa demande, point n'est besoin de se prononcer sur la constitutionnalité de l'art. 43 à ce stade de l'instance. S'il est décidé par la suite que l'art. 43 fait bel et bien obstacle à la demande de dommages-intérêts présentée par M^{me} Ernst en vertu de la *Charte*, elle pourra alors en attaquer la constitutionnalité à cette étape.

[135] Nous ajoutons ceci. Il s'agit d'une affaire qui soulève des questions nouvelles et épineuses. Il n'est guère étonnant que les avocats et les juges de toutes les instances aient eu du mal à trouver le bon cadre d'analyse par lequel il faut voir la demande de M^{me} Ernst. En fin de compte, et malgré tout le respect que nous avons pour les opinions contraires,

outset has not been satisfied, and that the matter should be returned to the Alberta courts to decide the important issues of free speech and *Charter* remedies that her case raises.

I. Factual Background

[136] In 2007, Ms. Ernst claimed against the Board, EnCana Corporation, and the Province of Alberta, alleging that EnCana contaminated her water while shallow drilling for the extraction of methane gas, and that Alberta and the Board were indirectly responsible for this contamination. Only the claim against the Board is raised here.

[137] Ms. Ernst's claim against the Board is two-fold. First, she says the Board was negligent in administering its statutory regime, and that its failure to comply with certain statutory duties resulted in the contamination of her well. Secondly, she says that the Board breached her right to freedom of expression under s. 2(b) of the *Charter*, and that she is entitled to *Charter* damages under s. 24(1). Only this second aspect of her claim is before us.

[138] Because this matter arises from an application to strike, Ms. Ernst's allegations must be taken as true. Those allegations are straightforward.

[139] Ms. Ernst lives near Rosebud, Alberta. A well draws water for her home from geological formations that comprise an aquifer, or a series of aquifers.

[140] The Board is a statutory government agency established to regulate the oil and gas industry in Alberta. It conducts inspections and investigations in respect of legislative and regulatory provisions intended to protect groundwater from contamination due to oil and gas development, and takes enforcement action when warranted. To these ends, it has a

nous avons conclu qu'il n'a pas été satisfait au critère applicable pour radier au départ la demande de M^{me} Ernst et que l'affaire doit être renvoyée aux tribunaux albertains pour qu'ils tranchent les questions importantes de liberté d'expression et de réparations fondées sur la *Charte* qu'évoque son cas.

I. Contexte factuel

[136] En 2007, M^{me} Ernst a poursuivi l'Office, EnCana Corporation et la province de l'Alberta, en alléguant qu'EnCana avait contaminé son eau lors d'un forage superficiel visant à extraire du gaz de méthane et que l'Alberta et l'Office étaient indirectement responsables de cette contamination. Le présent pourvoi ne porte que sur la demande visant l'Office.

[137] La demande de M^{me} Ernst contre l'Office comporte deux volets. En premier lieu, M^{me} Ernst dit que l'Office a fait preuve de négligence dans l'application de son régime légal et que son défaut de se conformer à certaines obligations que la loi lui imposait a entraîné la contamination de son puits à elle. En second lieu, elle affirme que l'Office a violé son droit à la liberté d'expression garanti par l'al. 2b) de la *Charte* et qu'elle a droit à des dommages-intérêts en vertu du par. 24(1). Nous ne sommes saisis que de ce second volet de sa demande.

[138] Comme la présente affaire découle d'une requête en radiation, les allégations de M^{me} Ernst doivent être tenues pour avérées. Ces allégations sont simples.

[139] M^{me} Ernst vit près de Rosebud, en Alberta. Un puits extrait de l'eau pour sa maison à partir de formations géologiques qui comprennent un aquifère ou une série d'aquifères.

[140] L'Office est un organisme gouvernemental créé par la loi dont la mission est de réglementer l'industrie des hydrocarbures en Alberta. Il réalise des enquêtes et inspections relatives aux dispositions législatives et réglementaires visant à protéger les eaux souterraines contre la contamination attribuable à l'exploitation de ressources pétrolières

specific process for communicating with the public and hearing public complaints.

[141] In 2004 and 2005, Ms. Ernst was a critic of the Board. She frequently expressed her concerns to the Board about the oil and gas development near her home. She also spoke to the media and to the public.

[142] Ms. Ernst alleges that her public criticism was a source of embarrassment to the Board, prompting it to take steps to silence her. In November 2005, the manager of the Board's Compliance Branch informed her by letter that all of its staff had been instructed to avoid contact with her. When Ms. Ernst wrote several letters asking why she was being excluded from the Board's public complaints process, the Board directed her to its legal branch, which initially ignored and later refused her request for an explanation. Eventually, the Board informed Ms. Ernst that it would communicate with her only if she agreed to raise her concerns directly with the Board, and not through the media or members of the public.

[143] In October 2006, Ms. Ernst wrote to the Board, asking that she be free to communicate unconditionally with the Board, like other members of the public. This letter went unanswered. It was not until March 2007 that the Board informed Ms. Ernst that she was free to communicate unconditionally with it.

[144] In her statement of claim, Ms. Ernst alleges that the Board breached her right to freedom of expression under s. 2(b) of the *Charter*, in that the Board's actions "were a means to punish Ms. Ernst for past public criticisms" and "to prevent her from making future public criticisms" of the Board (A.R., at p. 72). In particular, Ms. Ernst alleges that the Board "*punitively*" excluded her from its own complaints, investigation and enforcement process "in retaliation for her vocal criticism"

et gazières, et prend des mesures coercitives au besoin. À ces fins, un mécanisme particulier lui permet de communiquer avec le public et d'entendre ses plaintes.

[141] En 2004 et 2005, M^{me} Ernst a critiqué l'Office. Elle a fréquemment exprimé à l'Office ses inquiétudes au sujet de l'exploitation des ressources pétrolières et gazières près de chez elle. Elle s'est également adressée aux médias et au public à cet égard.

[142] M^{me} Ernst allègue que ses critiques publiques ont plongé l'Office dans l'embarras, ce qui a incité ce dernier à prendre des mesures pour la faire taire. En novembre 2005, le directeur de la Direction de la conformité de l'Office l'a informée par lettre que tous les membres de son personnel avaient reçu l'ordre de ne pas communiquer avec elle. Quand M^{me} Ernst a écrit plusieurs lettres afin de savoir pourquoi on l'avait écartée du processus de règlement des plaintes publiques de l'Office, il l'a dirigée vers ses services juridiques qui, après l'avoir d'abord ignorée, ont refusé de donner suite à sa demande d'explications. L'Office a fini par dire à M^{me} Ernst qu'il ne communiquerait avec elle que si elle acceptait d'exprimer ses préoccupations directement à l'Office et non par l'entremise des médias ou du public.

[143] En octobre 2006, M^{me} Ernst a demandé par écrit à l'Office de la laisser communiquer avec lui sans condition, au même titre que tout autre simple citoyen. Cette lettre est restée sans réponse. Ce n'est qu'en mars 2007 que l'Office a informé M^{me} Ernst qu'elle était désormais libre de communiquer avec lui sans condition.

[144] Dans sa déclaration, M^{me} Ernst reproche à l'Office d'avoir violé le droit à la liberté d'expression que lui accorde l'al. 2b) de la *Charte*, en ce sens que les agissements de l'Office [TRADUCTION] « constituaient un moyen de [la] punir pour avoir critiqué publiquement dans le passé [et] de [l']empêcher de critiquer publiquement [l'Office] à l'avenir » (d.a., p. 72). Plus particulièrement, M^{me} Ernst allègue que l'Office l'a exclue « *de façon punitive* » de son processus de règlement des plaintes, d'enquête et

and “*arbitrarily*” removed her “from a public forum of communication with a government agency that had been established to accept public concerns and complaints” (A.R., at p. 72 (emphasis added)). Ms. Ernst claims damages of \$50,000 and relies on s. 24(1) of the *Charter*, which provides:

Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

[145] The Board applied to strike Ms. Ernst’s claim in negligence and her *Charter* damages claim, arguing that s. 43 of the *ERCA* plainly and obviously bars both claims. Section 43 reads as follows:

43 No action or proceeding may be brought against the Board or a member of the Board or a person referred to in section 10 or 17(1) [technical specialists or personnel] in respect of any act or thing done purportedly in pursuance of this Act, or any Act that the Board administers, the regulations under any of those Acts or a decision, order or direction of the Board.

II. Decisions Below

[146] The case management judge struck both of Ms. Ernst’s claims (2013 ABQB 537, 570 A.R. 317). He disposed of the negligence claim as barred by s. 43 and, though he rejected the Board’s argument that Ms. Ernst’s pleadings did not disclose a violation of s. 2(b) of the *Charter*, he struck her claim for *Charter* damages as barred by the same provision.

[147] The Court of Appeal unanimously dismissed Ms. Ernst’s appeal (2014 ABCA 285, 580 A.R. 341). In doing so, it did not consider whether

d’application de la loi « en guise de représailles pour ses critiques de vive voix » et l’a écartée « *arbitrairement* d’une tribune de communication publique avec un organisme gouvernemental qui avait été créée pour recevoir les plaintes et préoccupations du public » (d.a., p. 72 (italiques ajoutés)). M^{me} Ernst réclame des dommages-intérêts de 50 000 \$ et invoque le par. 24(1) de la *Charte*, qui dispose :

Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s’adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

[145] L’Office a sollicité la radiation de l’action de M^{me} Ernst en négligence ainsi que sa demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte*, soutenant que l’art. 43 de l’*ERCA* fait évidemment et manifestement obstacle à ces deux recours. L’article 43 est ainsi libellé :

[TRADUCTION]

43 Aucune action ou instance ne peut être introduite contre l’Office, un commissaire ou toute personne mentionnée à l’article 10 ou au paragraphe 17(1) [spécialistes techniques ou employés] pour tout acte ou toute chose qui aurait été accompli en conformité avec la présente loi, toute loi appliquée par l’Office, tout règlement d’application des lois en question ou une décision, ordonnance ou directive de l’Office.

II. Décisions des juridictions inférieures

[146] Le juge chargé de la gestion de l’instance a radié les deux recours intentés par M^{me} Ernst (2013 ABQB 537, 570 A.R. 317). Il a rejeté l’action en négligence au motif qu’elle était irrecevable par application de l’art. 43 et, bien qu’il ait rejeté l’argument de l’Office selon lequel les actes de procédure de M^{me} Ernst ne révélaient aucune violation de l’al. 2b) de la *Charte*, il a également radié sa demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte*, la jugeant irrecevable elle aussi par application de la même disposition.

[147] La Cour d’appel a rejeté à l’unanimité l’appel de M^{me} Ernst (2014 ABCA 285, 580 A.R. 341). Pour ce faire, elle ne s’est pas demandé si les actes

Ms. Ernst's pleadings made out a s. 2(b) claim, as the Board did not raise this issue on appeal. The Court of Appeal agreed with the case management judge that s. 43 of the *ERCA* barred Ms. Ernst's claim for *Charter* damages.

III. Analysis

[148] A claim "will only be struck if it is plain and obvious, assuming the facts pleaded to be true, that the pleading discloses no reasonable cause of action" (*R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45, at para. 17; see also Rule 3.68 of the *Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 124/2010). The issue on this appeal is thus whether Ms. Ernst's claim should be struck out because it discloses no cause of action, either because it is plain and obvious that *Charter* damages could not be an appropriate and just remedy in Ms. Ernst's action against the Board, or else because it is plain and obvious that the immunity clause in s. 43 of the *ERCA* bars her claim.

[149] In deciding whether a claim for *Charter* damages should be struck out on the basis of a statutory immunity clause, the court must first determine whether it is plain and obvious that *Charter* damages could not be an appropriate and just remedy in the circumstances of the plaintiff's claim. If it is not plain and obvious that *Charter* damages could not be appropriate and just, then the court must determine whether it is plain and obvious that the immunity clause, on its face, applies to the plaintiff's claim for *Charter* damages. If it is plain and obvious that the immunity clause applies, then the court must give effect to the immunity clause and strike the plaintiff's claim, unless the plaintiff successfully challenges the clause's constitutionality.

de procédure de M^{me} Ernst établissaient le bien-fondé d'un moyen tiré de l'al. 2b), puisque l'Office n'avait pas soulevé cette question en appel. La Cour d'appel a convenu avec le juge chargé de la gestion de l'instance que l'art. 43 de l'*ERCA* faisait obstacle à la demande de dommages-intérêts présentée par M^{me} Ernst en vertu de la *Charte*.

III. Analyse

[148] L'action « ne sera rejetée que s'il est évident et manifeste, dans l'hypothèse où les faits allégués seraient avérés, que la déclaration ne révèle aucune cause d'action raisonnable » (*R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45, par. 17; voir aussi l'art. 3.68 des *Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 124/2010). La question à trancher dans le présent pourvoi est donc de savoir s'il y a lieu de radier la demande de M^{me} Ernst car elle ne révèle aucune cause d'action, soit parce qu'il est évident et manifeste que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne peut pas constituer une réparation convenable et juste dans le cas de l'action intentée par M^{me} Ernst contre l'Office, soit parce qu'il est évident et manifeste que la disposition d'immunité contenue à l'art. 43 de l'*ERCA* fait obstacle à sa demande.

[149] Pour décider s'il y a lieu de radier une demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte* en raison d'une disposition législative prévoyant une immunité, le tribunal doit d'abord établir s'il est évident et manifeste que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne peut pas constituer une réparation convenable et juste dans le cas de la demande du demandeur. S'il n'est pas évident et manifeste que cette réparation ne peut pas être convenable et juste, le tribunal doit alors décider s'il est évident et manifeste que la disposition d'immunité s'applique à première vue à la demande de dommages-intérêts présentée par le demandeur en vertu de la *Charte*. Si la disposition s'applique évidemment et manifestement, le tribunal doit donner effet à la disposition d'immunité et radier la demande du demandeur, à moins que ce dernier ne conteste avec succès la constitutionnalité de la disposition.

[150] In this case, then, the first issue is whether it is plain and obvious that *Charter* damages could not be an appropriate and just remedy in the circumstances of Ms. Ernst's claim. If it is, the appeal may be dismissed and the claim struck without any reliance on the immunity clause. Our colleague Cromwell J. goes further; he would hold not only that *Charter* damages are not appropriate and just in the circumstances of Ms. Ernst's claim, but also that *Charter* damages could *never* be appropriate and just in the circumstances of *any* claim against the Board — or, indeed, against any quasi-judicial decision-maker like it. He therefore concludes that s. 43 is not unconstitutional to the extent that it bars a claim against the Board for *Charter* damages.

[151] If, by contrast, it is not plain and obvious that *Charter* damages could not be an appropriate and just remedy, the Court must consider the second issue — whether it is plain and obvious that s. 43 of the *ERCA* applies to Ms. Ernst's claim. If it is, the appeal must be dismissed and the claim struck on the basis of the immunity clause, unless the immunity clause is unconstitutional and therefore of no force and effect.

[152] If, however, it is not plain and obvious that s. 43 applies to Ms. Ernst's claim, the appeal must be allowed and it will not be necessary to consider s. 43's constitutionality at this stage. We would dispose of the appeal on this basis.

A. *It Is Not Plain and Obvious That Charter Damages Could Not Be an Appropriate and Just Remedy*

[153] In *Vancouver (City) v. Ward*, 2010 SCC 27, [2010] 2 S.C.R. 28, this Court set out a framework for assessing whether damages are an appropriate and just remedy in the circumstances. We turn

[150] Ainsi, il s'agit en l'espèce de déterminer d'abord s'il est évident et manifeste que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne peut pas constituer une réparation convenable et juste dans le cas de la demande de M^{me} Ernst. Si c'est le cas, on peut rejeter le pourvoi et radier la demande sans invoquer le moindrement la disposition d'immunité. Notre collègue le juge Cromwell va plus loin : selon lui, non seulement l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* n'est pas convenable et juste dans le cas de la demande de M^{me} Ernst, mais il ne peut *jamais* être convenable et juste pour *toute* demande contre l'Office, ni même contre n'importe quel autre décideur quasi judiciaire analogue. Le juge Cromwell conclut donc que l'art. 43 n'est pas inconstitutionnel en ce qu'il fait obstacle à une demande de dommages-intérêts présentée contre l'Office en vertu de la *Charte*.

[151] Si, par contre, il n'est pas évident et manifeste que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne peut pas constituer une réparation convenable et juste, la Cour doit se pencher sur la deuxième question : l'art. 43 de l'*ERCA* s'applique-t-il évidemment et manifestement à la demande de M^{me} Ernst? Dans l'affirmative, il faut rejeter le pourvoi et radier la demande en raison de la disposition d'immunité, à moins que la disposition d'immunité ne soit inconstitutionnelle et par conséquent inopérante.

[152] S'il n'est toutefois pas évident et manifeste que l'art. 43 s'applique à la demande de M^{me} Ernst, le pourvoi doit être accueilli et il ne sera pas nécessaire de statuer sur la constitutionnalité de l'art. 43 à ce stade. Nous sommes d'avis de trancher le pourvoi sur ce fondement.

A. *Il n'est pas évident et manifeste que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la Charte ne peut constituer une réparation convenable et juste*

[153] Dans *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28, la Cour a établi des paramètres servant à déterminer si l'octroi de dommages-intérêts est une réparation convenable et

now to consider how that framework can be applied here, at the application to strike stage.

[154] To survive an application to strike, the claimant must first plead facts which, if true, could prove a *Charter* breach (see *Ward*, at para. 23). Ms. Ernst has met this threshold.

[155] The Board submits that Ms. Ernst’s s. 2(b) claim must be struck because s. 2(b) does not guarantee a right to be heard. We do not agree that Ms. Ernst’s claim necessarily depends on her establishing that s. 2(b) guarantees the positive right she asserts.

[156] A s. 2(b) infringement may result where state action, *in purpose or effect*, “restrict[s] attempts to convey a meaning” (*Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 973). If an individual’s expression promotes one of the principles underpinning s. 2(b) of the *Charter* and state action has the effect of limiting that expression, a s. 2(b) infringement may result (*Irwin Toy*, at p. 976). These principles were summarized in *Irwin Toy* as follows:

... (1) seeking and attaining the truth is an inherently good activity; (2) participation in social and political decision-making is to be fostered and encouraged; and (3) the diversity in forms of individual self-fulfillment and human flourishing ought to be cultivated in an essentially tolerant, indeed welcoming, environment not only for the sake of those who convey a meaning, but also for the sake of those to whom it is conveyed. [p. 976]

[157] Ms. Ernst has pleaded that the Board is a government agency and a public body that encouraged public participation and communication in its regulatory process. She has pleaded that she was a “vocal and effective” critic of the Board, but that the Board took steps to restrict her speech by refusing to communicate with her or allow her to participate in its compliance and enforcement process until she

juste dans les circonstances. Nous nous penchons maintenant sur la manière dont ces paramètres peuvent s’appliquer en l’espèce, au stade de la requête en radiation.

[154] Pour résister à une requête en radiation, le demandeur doit d’abord alléguer des faits qui, s’ils se révélaient véridiques, pourraient démontrer l’existence d’une violation de la *Charte* (voir *Ward*, par. 23). M^{me} Ernst a satisfait à ce critère.

[155] L’Office soutient que le moyen que M^{me} Ernst tire de l’al. 2b) doit être radié parce que cet alinéa ne garantit pas le droit d’être entendu. Nous ne sommes pas d’avis que le succès de la demande de M^{me} Ernst dépend nécessairement de son aptitude à démontrer que l’al. 2b) garantit le droit positif qu’elle revendique.

[156] Il peut y avoir violation de l’al. 2b) lorsque l’action du gouvernement *a pour objet ou pour effet* de « restreindre la transmission d’une signification » (*Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 973). Si le message que transmet l’individu favorise l’un des principes qui sous-tendent l’al. 2b) de la *Charte* et que l’action du gouvernement a pour effet de restreindre son expression, une violation de l’al. 2b) peut en résulter (*Irwin Toy*, p. 976). Ces principes ont été résumés ainsi dans l’arrêt *Irwin Toy* :

... (1) la recherche de la vérité est une activité qui est bonne en soi; (2) la participation à la prise de décisions d’intérêt social et politique doit être encouragée et favorisée; et (3) la diversité des formes d’enrichissement et d’épanouissement personnels doit être encouragée dans une société qui est essentiellement tolérante, même accueillante, non seulement à l’égard de ceux qui transmettent un message, mais aussi à l’égard de ceux à qui il est destiné. [p. 976]

[157] M^{me} Ernst a allégué que l’Office est un organisme gouvernemental public qui encourageait la participation et la communication du public dans le cadre de son processus de réglementation. Elle a expliqué qu’elle avait critiqué l’Office [TRADUCTION] « de façon véhémement et efficace », mais que ce dernier avait pris des mesures pour restreindre son droit de parole en refusant de communiquer

“agreed to raise her concerns only with the [Board] and not publicly through the media or through communications with other citizens” (A.R., at pp. 70-71). The effect of the Board’s action was to “greatly limi[t] her ability to lodge complaints, register concerns and to participate in the [Board’s] compliance and enforcement process” (A.R., at p. 70).

[158] Ms. Ernst’s pleadings raise two possible sources of limits on her freedom of expression: (1) the Board told her she had to stop expressing herself *to the media and the public* or else it would not hear her complaints; and (2) Ms. Ernst was prohibited *from participating in the Board’s public complaints and enforcement process*. The first amounts to an allegation that the Board acted with the *purpose* of limiting Ms. Ernst’s expressive activity in the public sphere. The second amounts to an allegation that the Board’s action had the *effect* of limiting Ms. Ernst’s expression in the Board’s complaints and enforcement process, where that expression was consistent with her participation in social and political decision making relating to oil and gas development in southern Alberta.

[159] On either front, these pleadings establish the elements of an admittedly novel s. 2(b) claim. The test for granting an application to strike is stringent: it is “only if the statement of claim is certain to fail because it contains a ‘radical defect’ that the plaintiff should be driven from the judgment” (*Odhavji Estate v. Woodhouse*, 2003 SCC 69, [2003] 3 S.C.R. 263, at para. 15). A court must “err on the side of permitting a novel but arguable claim to proceed” (*Imperial Tobacco*, at para. 21). We cannot say, on the basis of Ms. Ernst’s pleadings, that it is plain and obvious that she cannot establish a breach of s. 2(b) of the *Charter*.

avec elle ou en ne lui permettant de participer au processus de surveillance de la conformité et d’application de la loi que si elle « acceptait d’exprimer ses préoccupations uniquement à [l’Office] et non publiquement par l’entremise des médias ou en s’adressant à d’autres citoyens » (d.a., p. 70-71). Les agissements de l’Office ont eu pour effet de « limit[er] considérablement sa capacité de porter plainte, de formuler ses préoccupations et de prendre part au processus de surveillance de la conformité et d’application de la loi [de l’Office] » (d.a., p. 70).

[158] Les actes de procédure de M^{me} Ernst évoquent deux tentatives possibles de restreindre sa liberté d’expression : (1) l’Office lui a dit qu’elle devait cesser de s’adresser *aux médias et au public*, à défaut de quoi l’Office refuserait d’entendre ses plaintes; (2) on a interdit à M^{me} Ernst *de participer au processus public de règlement des plaintes et d’application de la loi*. Dans le premier cas, l’allégation de M^{me} Ernst revient à dire que l’Office a agi dans le *but* de restreindre ses activités expressives dans l’espace public. Dans le second cas, son allégation revient à dire que les agissements de l’Office ont eu pour *effet* de restreindre sa liberté d’expression dans le cadre du processus de règlement des plaintes et d’application de la loi, chaque fois que cette liberté d’expression se traduisait par sa participation à la prise de décisions sociales et politiques en matière d’exploitation pétrolière et gazière dans le sud de l’Alberta.

[159] Dans un cas comme dans l’autre, les actes de procédure de M^{me} Ernst établissent les éléments constitutifs d’un moyen certes inédit tiré de l’al. 2b). Le critère applicable en matière de radiation est rigoureux : ce n’est « que si la déclaration est vouée à l’échec parce qu’elle contient un “vice fondamental” que le demandeur devrait être privé d’un jugement » (*Succession Odhavji c. Woodhouse*, 2003 CSC 69, [2003] 3 R.C.S. 263, par. 15). Le tribunal doit « permettre, dans la mesure du possible, l’instruction de toute demande inédite, mais soutenable » (*Imperial Tobacco*, par. 21). Nous ne pouvons pas affirmer, sur la foi de ces actes de procédure, que M^{me} Ernst ne peut évidemment et manifestement pas prouver l’existence d’une violation de l’al. 2b) de la *Charte*.

[160] Ms. Ernst has therefore pleaded a viable s. 2(b) claim against the Board for the purposes of the first step of the *Ward* analysis on an application to strike. The second step, on an application to strike, requires the claimant to demonstrate that damages could fulfill one or more of the functions of compensation, vindication, or deterrence (*Ward*, at paras. 24-31). Ms. Ernst has met this threshold, as well. She has not pleaded any injury caused by the Board that could give rise to compensatory *Charter* damages. But the fact that the claimant has not suffered compensable loss “does not preclude damages where the objectives of vindication or deterrence” are served by an award of *Charter* damages (*Ward*, at para. 30). Ms. Ernst’s pleadings allege that the Board’s actions were punitive, arbitrary, and retaliatory. These allegations are sufficient to establish that the functions of vindication and deterrence could be supported by an award of *Charter* damages.

[161] We note the case management judge’s concern that, absent the automatic application of statutory immunity clauses, “[p]arties would come to the litigation process dressed in their *Charter* clothes whenever possible” (trial reasons, at para. 81). However, parties can only come to court “in their *Charter* clothes” if they have pleaded all the elements of a *Charter* breach, and facts upon which an award of *Charter* damages could be functionally justified. *Charter* claims are not easy to make out; they require specific factual allegations. Where the state shows that a claimant has merely affixed a *Charter* label on what is in substance a private law claim, that claim should be struck at one of the first two steps of the *Ward* analysis.

[160] M^{me} Ernst a donc plaidé un moyen valable tiré de l’al. 2b) à l’encontre de l’Office pour les besoins de la première étape de l’analyse prescrite par *Ward* dans le cas d’une requête en radiation. La deuxième étape à suivre en pareil cas oblige le demandeur à démontrer que les dommages-intérêts répondraient à l’un ou à plusieurs des objectifs d’indemnisation, de défense du droit en cause ou de dissuasion (*Ward*, par. 24-31). M^{me} Ernst a satisfait également à ce critère. Elle n’a pas plaidé de préjudice causé par l’Office qui pourrait donner ouverture à des dommages-intérêts compensatoires fondés sur la *Charte*. Mais l’absence de préjudice indemnisable subi par le demandeur « n’empêche pas l’octroi de dommages-intérêts [en vertu de la *Charte*] si ceux-ci sont par ailleurs manifestement exigés par les objectifs de défense du droit ou de dissuasion » (*Ward*, par. 30). Dans ses actes de procédure, M^{me} Ernst allègue que les agissements de l’Office étaient punitifs et arbitraires et qu’il s’agissait de mesures de représailles. Ces allégations suffisent pour établir que l’octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* permettrait de répondre aux objectifs de défense du droit et de dissuasion.

[161] Nous prenons note du souci du juge chargé de la gestion de l’instance selon lequel, si les dispositions législatives prévoyant une immunité ne s’appliquent pas automatiquement, [TRADUCTION] « [I]es justiciables s’adresseraient aux tribunaux vêtus des atours de la *Charte* chaque fois qu’ils le pourraient » (motifs de première instance, par. 81). Toutefois, un justiciable ne peut s’adresser au tribunal « vêtu des atours de la *Charte* » que s’il a plaidé tous les éléments d’une violation de la *Charte* et les faits en raison desquels l’octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* peut être fondé d’un point de vue fonctionnel. Il n’est pas facile d’établir le bien-fondé d’une demande présentée en vertu de la *Charte*; une demande de ce genre doit être fondée sur des allégations de fait précises. Si l’État démontre qu’un demandeur s’est contenté de décrire comme étant « fondée sur la *Charte* » une demande qui, en réalité, constitue une action de droit privé, il y a lieu de radier cette demande à l’une des deux premières étapes de l’analyse prescrite par *Ward*.

[162] At the third step of *Ward*, as applied on an application to strike, the state may show that countervailing considerations make it plain and obvious that *Charter* damages could not be appropriate and just (see *Ward*, at paras. 32-45). We will return to this step shortly. The fourth step of the *Ward* analysis concerns the quantum of damages that would be appropriate and just in the circumstances. Since this is a matter best left for summary procedure or trial, the claimant need not plead facts which show that the quantum of damages sought is appropriate and just.

[163] To be clear, claims that proceed beyond the application to strike stage need not advance to a full trial on the merits. Other summary procedures — in Alberta, for example, summary judgment or summary trial — can be employed on a more fully developed record.

[164] Cromwell J. accepts that Ms. Ernst has pleaded facts which satisfy the first two steps of the *Ward* analysis for the purposes of an application to strike. At the third step, however, he holds that countervailing factors make it plain and obvious that *Charter* damages cannot be an appropriate and just remedy in the circumstances of Ms. Ernst's claim against the Board — or, indeed, in *any* claim against the Board, or against any quasi-judicial decision-maker like it. We respectfully disagree.

[165] *Charter* damages will not be available where countervailing factors render s. 24(1) damages inappropriate or unjust. In *Ward*, this Court identified such countervailing factors as including the availability of alternative remedies and good governance concerns. We propose to elaborate briefly on these two factors.

[162] À la troisième étape de l'analyse prescrite par *Ward*, dans le cas d'une requête en radiation, l'État peut démontrer qu'en raison de considérations faisant contrepoids, l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne peut évidemment et manifestement pas être convenable et juste (voir *Ward*, par. 32-45). Nous reviendrons sur cette étape sous peu. La quatrième étape de l'analyse en question s'attache au montant des dommages-intérêts qui serait convenable et juste dans les circonstances. Puisqu'il vaut mieux trancher cette question dans le cadre d'une procédure ou d'un procès sommaire, le demandeur n'a pas à alléguer de faits démontrant que le montant des dommages-intérêts réclamés est convenable et juste.

[163] En termes clairs, il n'est pas nécessaire que les demandes franchissant l'étape de la requête en radiation fassent l'objet d'un procès complet sur le fond. On peut avoir recours à d'autres procédures sommaires — par exemple le jugement ou procès sommaire en Alberta — sur la foi d'un dossier plus étoffé.

[164] Le juge Cromwell reconnaît que M^{me} Ernst a allégué des faits qui franchissent avec succès les deux premières étapes de l'analyse prescrite par *Ward* pour les besoins d'une requête en radiation. À la troisième étape, cependant, il estime qu'en raison de facteurs faisant contrepoids, l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne peut évidemment et manifestement pas constituer une réparation convenable et juste dans le cas de la demande présentée par M^{me} Ernst contre l'Office, ni même, en fait, dans le cas de *toute* demande visant l'Office ou n'importe quel autre décideur quasi judiciaire analogue. Avec égards, nous ne partageons pas son avis.

[165] Des dommages-intérêts fondés sur la *Charte* ne peuvent être obtenus s'il ne serait pas convenable ou juste d'accorder cette réparation en vertu du par. 24(1) à cause de facteurs faisant contrepoids. Dans *Ward*, notre Cour a précisé que ces facteurs comprennent la possibilité d'exercer d'autres recours et les préoccupations relatives au bon gouvernement. Nous donnerons brièvement des détails sur ces deux facteurs.

(1) Alternative Remedies

[166] *Charter* damages, to be recoverable, must meet at least one of the following objectives: compensating the loss caused by the breach, vindicating or affirming the right with respect to the harm done to the claimant and society, and deterring future breaches of the right by regulating state behaviour. Where a plaintiff has pleaded facts on the basis of which an award of *Charter* damages could be justified under one or more of these objectives, the burden shifts to the state to show that it is plain and obvious that the same objective or objectives can be met through other remedies.

[167] The Board submits, and our colleagues Abella and Cromwell JJ. agree, that Ms. Ernst had an alternative and effective remedy because she could have pursued judicial review of the Board's conduct. We cannot agree. In our view, the Board has not shown that it is plain and obvious that judicial review will meet the same objectives as an award of *Charter* damages, namely, vindicating Ms. Ernst's *Charter* right and deterring future breaches. At the very least, it would be premature to conclude, based on the pleadings alone, that judicial review would provide an effective alternative remedy to *Charter* damages in this case, let alone in *all* cases, against the Board. We note that, under the *Alberta Rules of Court*, damages are not available through judicial review.⁴

(2) Good Governance Concerns

[168] In *Ward*, this Court recognized that good governance concerns may render an award of *Charter* damages unjust or inappropriate. Such concerns were understood in *Henry v. British Columbia (Attorney General)*, 2015 SCC 24, [2015] 2 S.C.R.

(1) L'existence d'autres recours

[166] Pour pouvoir être accordés, les dommages-intérêts fondés sur la *Charte* doivent atteindre au moins un des objectifs suivants : compenser la perte causée par la violation, défendre ou revendiquer le droit pour ce qui est du préjudice causé au demandeur et à la société, et dissuader de nouvelles violations du droit en encadrant le comportement de l'État. Si le demandeur a allégué des faits pouvant fonder l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* pour réaliser un ou plusieurs de ces objectifs, il incombe à l'État de démontrer que l'on peut évidemment et manifestement atteindre ces mêmes objectifs par d'autres recours.

[167] L'Office affirme que M^{me} Ernst était en mesure d'obtenir une autre réparation efficace parce qu'elle aurait pu demander le contrôle judiciaire des agissements de l'Office, et nos collègues les juges Abella et Cromwell souscrivent à cet argument. Nous ne pouvons y souscrire. À notre avis, l'Office n'a pas démontré que le contrôle judiciaire permettra évidemment et manifestement d'atteindre les mêmes objectifs que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte*, à savoir défendre le droit conféré à M^{me} Ernst par la *Charte* et dissuader de nouvelles violations. Il serait à tout le moins prématuré de conclure, sur la seule foi des actes de procédure, que le contrôle judiciaire offrirait une réparation efficace à la place de dommages-intérêts fondés sur la *Charte* en l'espèce, encore moins dans *tous* les cas, à l'encontre de l'Office. Nous constatons que les *Alberta Rules of Court* ne permettent pas d'obtenir des dommages-intérêts par la voie du contrôle judiciaire⁴.

(2) Préoccupations relatives au bon gouvernement

[168] La Cour a reconnu dans *Ward* que des préoccupations relatives au bon gouvernement peuvent faire en sorte que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne soit pas juste ou convenable. Les préoccupations de ce genre ont été décrites dans

⁴ Rule 3.24.

⁴ Règle 3.24.

214, as “policy factors that will justify restricting the state’s exposure to civil liability” (para. 39).

[169] A court must keep two interrelated principles in mind when considering such concerns. First, as *Ward* makes clear, *Charter* compliance is itself a foundational principle of good governance (para. 38). Second, courts must consider good governance concerns in a manner that remains protective of *Charter* rights, since the “appropriate and just” analysis under s. 24(1) is designed to redress the *Charter* breach.

[170] Bearing those principles in mind, if the state can establish, without relying on an immunity clause, that good governance concerns make it plain and obvious that *Charter* damages cannot be appropriate and just in the circumstances, then the plaintiff’s claim will be struck. This, in substance, is the conclusion reached by Cromwell J. He points to common law and statutory immunities enjoyed by judges and various quasi-judicial decision-makers, as well as good governance concerns rooted in the “practical wisdom” of the common law, to support his conclusion that *Charter* damages can never be an appropriate and just remedy in an action against the Board.

[171] We acknowledge that our common law recognizes absolute immunity from personal liability for judges in the exercise of their adjudicative function. This is necessary to maintain judicial independence and impartiality (*Sirros v. Moore*, [1975] 1 Q.B. 118 (C.A.); *Gonzalez v. British Columbia (Ministry of Attorney General)*, 2009 BCSC 639, 95 B.C.L.R. (4th) 185; *Taylor v. Canada (Attorney General)*, [2000] 3 F.C. 298 (C.A.), leave to appeal refused, [2000] 2 S.C.R. xiv). Such immunity is not inconsistent with the *Charter*, as judicial immunity itself is a fundamental constitutional principle (*Taylor*, at para. 57).

Henry c. Colombie-Britannique (Procureur général), 2015 CSC 24, [2015] 2 R.C.S. 214, comme des « facteurs de principe justifiant que l’on restreigne les possibilités de recours en responsabilité civile contre l’État » (par. 39).

[169] Le tribunal doit garder à l’esprit deux principes interreliés lorsqu’il examine ces préoccupations. En premier lieu, comme l’indique clairement *Ward*, le respect de la *Charte* constitue en soi un principe fondamental de bon gouvernement (par. 38). En second lieu, le tribunal doit examiner les préoccupations relatives au bon gouvernement en se souciant de la protection des droits conférés par la *Charte*, car l’analyse de la réparation « convenable et juste » au sens du par. 24(1) est conçue pour remédier à la violation de la *Charte*.

[170] Compte tenu de ces principes, si l’État peut établir, sans invoquer de disposition d’immunité, que des préoccupations relatives au bon gouvernement font en sorte que l’octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne peut manifestement pas être convenable ou juste dans les circonstances, la demande du demandeur sera radiée. C’est essentiellement ce que conclut le juge Cromwell. Il cite les immunités qu’accordent la common law et la loi aux juges et aux différents décideurs quasi judiciaires de même que les préoccupations relatives au bon gouvernement ancrées dans la « sagesse pratique » de la common law pour étayer sa conclusion selon laquelle les dommages-intérêts fondés sur la *Charte* ne peuvent jamais constituer une réparation convenable et juste dans le cas d’une action intentée contre l’Office.

[171] Certes, notre common law reconnaît aux juges une immunité absolue à l’égard de la responsabilité personnelle dans l’exercice de leur fonction juridictionnelle. Cette immunité est nécessaire pour préserver l’indépendance et l’impartialité judiciaires (*Sirros c. Moore*, [1975] 1 Q.B. 118 (C.A.); *Gonzalez c. British Columbia (Ministry of Attorney General)*, 2009 BCSC 639, 95 B.C.L.R. (4th) 185; *Taylor c. Canada (Procureur général)*, [2000] 3 C.F. 298 (C.A.), autorisation d’appel refusée, [2000] 2 R.C.S. xiv). Pareille immunité n’est pas incompatible avec la *Charte*, puisque l’immunité

Similarly, we anticipate that compelling good governance concerns rendering *Charter* damages inappropriate or unjust will exist where the state actor has breached a *Charter* right while performing an adjudicative function.

[172] But that is not the case before us. There is nothing in the record which indicates that the Board was acting in an adjudicative capacity when it informed Ms. Ernst that she could no longer write to the Board until she stopped publically criticizing it. We see no compelling policy rationale to immunize state actors in *all* cases, including where, as here, the impugned conduct is said to have been “punitive” in nature. To be precise, what Ms. Ernst alleges is that the Board, far from exercising an adjudicative function, effectively sought to punish her by barring access to those functions so long as she continued to criticize the Board in public. Our colleague Abella J. suggests that the Board, in deciding to stop communicating with Ms. Ernst, “in essence f[ound] her to be a vexatious litigant” (para. 64). We see no basis for our colleague’s characterization.

[173] Further, we disagree with our colleague Cromwell J. that the policy concerns which underlie the negation of any negligence law duty of care owed by the Board to Ms. Ernst support an absolute immunity from *Charter* damages claims for the Board. In his view, certain policy considerations which negate a duty of care should also render an award of *Charter* damages inappropriate or unjust, namely: (i) excessive demands on resources, (ii) the potential “chilling effect” on the behaviour of the state actor, and (iii) protection of quasi-judicial decision making. However, immunity in negligence law does not necessarily translate into immunity under the *Charter*. Though public regulators such as the Board will rarely be found to owe a duty of care in negligence law (*Edwards v. Law Society of Upper Canada*, 2001 SCC 80, [2001] 3 S.C.R. 562,

judiciaire elle-même est un principe constitutionnel fondamental (*Taylor*, par. 57). De même, nous prédisons qu’il existera des préoccupations impérieuses relatives au bon gouvernement en raison desquelles il ne sera pas convenable ou juste de condamner à des dommages-intérêts en vertu de la *Charte* l’acteur étatique qui a violé un droit conféré par celle-ci dans l’exercice d’une fonction juridictionnelle.

[172] Or, nous ne sommes pas saisis d’une telle situation en l’espèce. Rien au dossier n’indique que l’Office exerçait une fonction juridictionnelle quand il a avisé M^{me} Ernst qu’elle ne pouvait plus lui écrire avant de cesser de le critiquer publiquement. Nous ne voyons aucune raison impérieuse de politique générale pour laquelle il faudrait soustraire les acteurs étatiques dans *tous* les cas, notamment ceux, comme en l’espèce, où l’on prétend que la conduite reprochée est de nature « punitive ». Plus précisément, ce que M^{me} Ernst allègue, c’est que l’Office, loin d’exercer une fonction juridictionnelle, a bel et bien cherché à la punir en lui refusant l’accès à ces fonctions tant qu’elle continuait à le critiquer publiquement. Notre collègue la juge Abella laisse entendre que, quand il a décidé de cesser de communiquer avec M^{me} Ernst, l’Office a « concl[u] pour l’essentiel [que M^{me} Ernst était] une plaideuse quérulente » (par. 64). La description de notre collègue nous paraît dénuée de fondement.

[173] En outre, nous ne partageons pas l’opinion de notre collègue le juge Cromwell selon laquelle les préoccupations de politique générale qui sous-tendent l’exclusion de toute obligation de diligence de l’Office en droit de la négligence envers M^{me} Ernst justifient que l’Office bénéficie d’une immunité absolue à l’égard des demandes de dommages-intérêts fondées sur la *Charte*. Selon lui, certaines des préoccupations qui excluent une obligation de diligence devraient aussi faire en sorte que l’octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne soit pas convenable ou juste, en l’occurrence : (i) une ponction indue sur les ressources, (ii) l’« effet paralysant » que cette obligation peut avoir sur la conduite de l’acteur étatique et (iii) la protection du processus décisionnel quasi judiciaire. Toutefois, l’immunité en droit de la négligence n’emporte pas nécessairement

at para. 18; *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537), this Court has rejected the argument that “the balancing of policy factors . . . which led this Court to establish a qualified immunity shielding prosecutors from tort liability absent a showing of malice . . . is also dispositive” in the context of *Charter* damages (*Henry*, at paras. 52 and 56). Considerations supporting private law immunity from liability for negligent conduct do not automatically support absolute immunity from *Charter* damages claims for more serious misconduct, including conduct amounting to bad faith or an abuse of power.

[174] Because good governance concerns should limit the availability of *Charter* damages only so far as necessary, this Court has recognized qualified immunities from claims for *Charter* damages, preconditioning an award upon the claimant establishing a threshold of misconduct or fault. In *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405, the Court recognized that state actors should be afforded some immunity from claims for *Charter* damages, so as not to unduly constrain the effectiveness of state action under statutes that are subsequently declared invalid. This was said to furnish “a means of creating a balance between the protection of constitutional rights and the need for effective government” (para. 79). *Mackin* cautions, however, that immunity — even in this qualified form — would not cover conduct that is “clearly wrong, in bad faith or an abuse of power” (*ibid.*). The state and its representatives are required to exercise their powers in good faith and to respect constitutional rights. This makes sense because, as noted in *Henry*, *Charter* breaches “cover a spectrum of blameworthiness, ranging from the good faith error, quickly rectified, to the rare cases of egregious failures” (para. 91). In *Henry*, the Court held that a heightened liability

immunité sous le régime de la *Charte*. Bien qu’il soit rare de conclure que des organismes de réglementation publics comme l’Office ont une obligation de diligence en droit de la négligence (*Edwards c. Barreau du Haut-Canada*, 2001 CSC 80, [2001] 3 R.C.S. 562, par. 18; *Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537), notre Cour a rejeté dans *Henry* l’argument selon lequel « la mise en balance des considérations de principe [. . .] qui a amené notre Cour à établir une immunité restreinte protégeant les poursuivants contre toute responsabilité délictuelle en l’absence d’une démonstration de malveillance [. . .] tranche également » la question des dommages-intérêts fondés sur la *Charte* (par. 52 et 56). Les considérations favorables à une immunité contre toute responsabilité pour négligence en droit privé ne sont pas nécessairement favorables à une immunité absolue contre les demandes de dommages-intérêts présentées en vertu de la *Charte* pour une inconduite plus grave, y compris une conduite équivalant à de la mauvaise foi ou à un abus de pouvoir.

[174] Comme les préoccupations relatives au bon gouvernement ne doivent limiter la possibilité d’obtenir des dommages-intérêts en vertu de la *Charte* que dans la mesure nécessaire, notre Cour a reconnu des immunités relatives contre les demandes de dommages-intérêts fondées sur la *Charte*, et établi comme condition préalable à l’octroi de ces dommages-intérêts la démonstration par le demandeur d’un seuil d’inconduite ou de faute. Dans *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405, la Cour a reconnu qu’il faut accorder aux acteurs étatiques une certaine immunité à l’égard des demandes de dommages-intérêts fondées sur la *Charte* afin de ne pas limiter indûment l’efficacité des mesures prises par l’État en vertu de lois déclarées invalides par la suite. On a affirmé que l’immunité relative constituait « un moyen d’établir un équilibre entre la protection des droits constitutionnels et la nécessité d’avoir un gouvernement efficace » (par. 79). L’arrêt *Mackin* prévient toutefois que l’immunité — même sous cette forme restreinte — n’a pas été étendue au comportement « clairement fautif, de mauvaise foi ou d’abus de pouvoir » (*ibid.*). L’État et ses représentants sont tenus d’exercer leurs pouvoirs de bonne

threshold must be met in cases of wrongful non-disclosure, which addressed concerns about the “risk of undue interference with the ability of prosecutors to freely carry out their duties” (para. 76).

[175] In the private law context, the Court recognized in *Hinse v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 35, [2015] 2 S.C.R. 621, that the Minister of Justice’s exercise of the power of mercy is entitled to only a *qualified* immunity from claims for damages. In that case, the Court held that damages in a civil case could still be awarded where the Minister of Justice acts in “bad faith” or with “serious recklessness” when reviewing an application for mercy (para. 69). Likewise, in *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170, Lamer J. (as he then was) noted that an action for malicious prosecution against the Attorney General or a Crown Attorney will lie only where the prosecutor has “perpetrated a fraud on the process of criminal justice and in doing so has perverted or abused his office and the process of criminal justice” (p. 194).

[176] These cases demonstrate that certain state actors are subject to *qualified* immunities. A judge, though absolutely immune in respect of his or her adjudicative role, is not necessarily immune in respect of acts or omissions outside his or her adjudicative role. A prosecutor is not immune where he or she perverts or abuses his or her office or intentionally withholds material evidence that he or she knows or should know is material to an accused’s ability to make full answer and defence. The Minister of Justice is not immune when he or she acts in bad faith or with serious recklessness in reviewing an application for mercy. Never has this Court held, simply because

foi et de respecter les droits constitutionnels. Cela est logique parce que, comme notre Cour l’a fait remarquer dans *Henry*, les violations de la *Charte* « peuvent découler d’un éventail de comportements répréhensibles, allant de l’erreur de bonne foi — corrigée rapidement — aux rares cas [de défauts] tout à fait inacceptable[s] » (par. 91). La Cour a conclu dans cet arrêt qu’il faut atteindre un seuil de responsabilité plus élevé dans les cas de défaut injustifié de communiquer des renseignements. Ce seuil répondait aux préoccupations concernant le « risque d’entraver indûment la possibilité, pour les poursuivants, d’exercer en toute liberté leurs fonctions » (par. 76).

[175] En droit privé, notre Cour a reconnu dans *Hinse c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 35, [2015] 2 R.C.S. 621, que le ministre de la Justice n’a droit qu’à une immunité *relative* contre les demandes de dommages-intérêts dans l’exercice de son pouvoir de clémence. Dans cet arrêt, notre Cour a conclu qu’il est encore possible d’octroyer des dommages-intérêts dans une action civile lorsque le ministre de la Justice fait preuve de « mauvaise foi ou [d’]insouciance grave » dans l’examen d’une demande de clémence (par. 69). De même, dans *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170, le juge Lamer (plus tard Juge en chef) a signalé qu’il y a ouverture à action pour poursuites abusives contre le procureur général ou le procureur de la Couronne uniquement s’il a « commis une fraude dans le processus de justice criminelle et que, dans la perpétration de cette fraude, il [a] abusé de ses pouvoirs et perverti le processus de justice criminelle » (p. 194).

[176] Cette jurisprudence démontre que certains acteurs étatiques bénéficient d’une immunité *relative*. Bien qu’il jouisse d’une immunité absolue à l’égard de son rôle juridictionnel, le juge n’est pas nécessairement protégé pour ce qui est des actes ou omissions qui ne relèvent pas de ce rôle. Le poursuivant n’est pas protégé lorsqu’il pervertit son pouvoir ou en abuse, ou s’abstient délibérément de produire des éléments de preuve qu’il sait essentiels à la faculté de l’accusé de présenter une défense pleine et entière. Le ministre de la Justice n’est pas protégé lorsqu’il fait preuve de mauvaise foi ou d’insouciance grave dans l’examen d’une

a governmental decision-maker has *an* adjudicative role — or a prosecutorial role, or a ministerial role — that *Charter* damages can never be an appropriate and just remedy, regardless of the circumstances.

[177] Cromwell J. asserts that when the countervailing factors he identifies are considered cumulatively, rather than individually or in isolation, they justify complete immunity from *Charter* damages claims for the Board and decision-makers like it. He would therefore hold, for the first time, that *Charter* damages can never be an appropriate and just remedy in *any* action against *any* quasi-judicial decision-maker like the Board. In our view, whether the countervailing factors are examined individually or collectively, the record at this juncture does not support recognizing such a broad, sweeping immunity for the Board in this case, let alone in every case.

[178] In the final analysis, it is not plain and obvious to us that *Charter* damages could not be an appropriate and just remedy in the circumstances of Ms. Ernst’s claim against the Board. That being so, the remaining question is whether it is plain and obvious that s. 43 of the *ERCA* bars that claim. In our view, it does not.

B. *It Is Not Plain and Obvious That the Immunity Clause Bars the Plaintiff’s Claim*

[179] Recall that s. 43 of the *ERCA* provides that “[n]o action or proceeding may be brought against the Board . . . in respect of any act or thing done purportedly in pursuance of this Act, or any Act that the Board administers, the regulations under any of those Acts or a decision, order or direction of the Board.” The issue is thus whether it is plain and obvious that the wrong pleaded — i.e., acts intended

demande de clémence. Notre Cour n’a jamais conclu que l’octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne peut en aucun cas constituer une réparation convenable et juste du simple fait qu’un décideur gouvernemental remplit *une* fonction juridictionnelle, une fonction de poursuivant ou encore une fonction ministérielle, et ce, peu importe les circonstances.

[177] Le juge Cromwell affirme que, lorsque les facteurs faisant contrepoids qu’il énonce sont examinés cumulativement, plutôt qu’individuellement ou isolément, ils justifient une immunité absolue en faveur de l’Office et des décideurs analogues à l’égard des demandes de dommages-intérêts fondées sur la *Charte*. Il arrive donc pour la première fois à la conclusion que l’octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne peut jamais constituer une réparation convenable ou juste dans *quelque* action *que ce soit* intentée contre *tout* décideur quasi judiciaire tel l’Office. À notre avis, que les facteurs faisant contrepoids soient examinés individuellement ou collectivement, le dossier ne permet pas à ce stade de reconnaître à l’Office une immunité aussi large et étendue en l’espèce, encore moins dans tous les cas.

[178] En dernière analyse, il n’est pas évident et manifeste pour nous que l’octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne peut constituer une réparation convenable et juste dans le cas de la demande présentée par M^{me} Ernst contre l’Office. En conséquence, il reste à décider si l’art. 43 de l’*ERCA* fait évidemment et manifestement obstacle à cette demande. À notre avis, ce n’est pas le cas.

B. *Il n’est pas évident et manifeste que la disposition d’immunité fait obstacle à la demande de la demanderesse*

[179] Rappelons que l’art. 43 de l’*ERCA* prévoit ce qui suit : [TRADUCTION] « Aucune action ou instance ne peut être introduite contre l’Office [. . .] pour tout acte ou toute chose qui aurait été accompli en conformité avec la présente loi, toute loi appliquée par l’Office, tout règlement d’application des lois en question ou une décision, ordonnance ou directive de l’Office. » La question

to punish Ms. Ernst — would always and inevitably fall within the s. 43 bar to litigation. More precisely, the question is whether punitive conduct is clearly caught by the phrase, “any act or thing done purportedly in pursuance of” the *ERCA* or other legislation administered by the Board, or any regulation, or any “decision, order or direction”.

[180] We cannot conclude that it is plain and obvious that actions taken by the Board purely to punish a member of the public would necessarily fall within the phrase “done purportedly in pursuance” of the *ERCA* or any other instrument. It is arguable that the *ERCA* does not authorize punitive conduct, either expressly or impliedly. Nor does it plainly and obviously give persons acting under it or any other instrument the power to punish anyone as it allegedly punished Ms. Ernst. If, as Ms. Ernst asserts, “the decision to restrict her communication with the [Board], and the decision to continue such restriction, was made arbitrarily, and without legal authority” (A.R., at p. 72 (emphasis added)), the immunity clause may not apply to her claims in respect of these particular allegations.

[181] The courts below assumed that, by its terms, s. 43 of the *ERCA* plainly and obviously bars Ms. Ernst’s entire claim. In his submissions to this Court, Ms. Ernst’s counsel did the same. That assumption may ultimately prove correct, but it is not plainly and obviously so at this stage. If it is ultimately established that the actions of which Ms. Ernst complains were, in fact, “purportedly in pursuance” of the *ERCA*, other legislation or regulation, or a Board decision, order or direction, the immunity clause will bar her claim unless s. 43 is unconstitutional. In our view, those issues remain to be determined on a fuller record.

consiste donc à savoir s’il est évident et manifeste que le tort allégué — c’est-à-dire les actes visant à punir M^{me} Ernst — relèverait toujours et inévitablement de l’interdiction de poursuite prévue par l’art. 43. Plus précisément, il s’agit de déterminer si la conduite punitive est clairement visée par le segment de phrase « tout acte ou toute chose qui aurait été accompli en conformité avec » l’*ERCA*, une autre loi appliquée par l’Office, tout règlement ou toute « décision, ordonnance ou directive ».

[180] Nous ne saurions conclure qu’il est évident et manifeste que les mesures prises par l’Office dans l’unique but de punir un membre du public seraient nécessairement visées par l’expression « qui aurait été accompli en conformité avec » l’*ERCA* ou tout autre instrument. On peut soutenir que l’*ERCA* n’autorise ni expressément ni implicitement une conduite punitive. Elle n’accorde pas non plus évidemment et manifestement aux personnes qui s’en réclament ou se réclament de tout autre instrument le pouvoir de punir qui que ce soit comme il aurait puni M^{me} Ernst. Si, tel que le soutient M^{me} Ernst, [TRADUCTION] « la décision de restreindre ses communications avec [l’Office] et celle de poursuivre pareille restriction ont été prises arbitrairement et illégalement » (d.a., p. 72 (nous soulignons)), la disposition d’immunité ne s’applique peut-être pas aux recours que M^{me} Ernst a intentés relativement à ces allégations précises.

[181] Les juridictions inférieures ont supposé que, de par son libellé, l’art. 43 de l’*ERCA* fait évidemment et manifestement obstacle à la demande de M^{me} Ernst au complet. Dans sa plaidoirie devant notre Cour, l’avocat de M^{me} Ernst a supposé la même chose. Cette supposition pourrait s’avérer exacte en fin de compte, mais cela n’est pas évident et manifeste à ce stade. S’il est finalement établi que les actes dont se plaint M^{me} Ernst [TRADUCTION] « aurai[en]t été [en fait] accompli en conformité » avec l’*ERCA*, une autre loi ou un règlement, ou une décision, ordonnance ou directive de l’Office, la disposition d’immunité fera obstacle à sa demande à moins que l’art. 43 soit inconstitutionnel. Nous estimons qu’il reste à trancher ces questions sur la foi d’un dossier plus étoffé.

[182] Our colleague Cromwell J. takes issue with our approach to the immunity clause. He stresses that this argument was not made by Ms. Ernst before this Court. We accept that this is so. However, as he correctly notes, the Court is not bound by the positions taken by the parties on questions of law. Ms. Ernst’s assumption that s. 43 of the *ERCA* bars all actions or proceedings against the Board, “regardless of the nature of the claim” (A.F., at para. 63), is not binding on us. The interpretation of s. 43 and particularly the phrase “in respect of any act or thing done purportedly in pursuant of this Act” raises a question of law, involving as it does a matter of statutory interpretation.

[183] Apart from our not being bound by the positions of the parties on questions of law, as we shall explain, the circumstances of this case are exceptional and, in our view, compel the Court to consider an issue not raised by the parties.

[184] First, Ms. Ernst raises a novel and difficult legal problem involving the interplay between legislative immunity clauses and s. 24(1) of the *Charter*. The significance of this issue cannot be overstated and it has proved challenging to counsel and the courts below. The complexity of this matter has understandably resulted in submissions which have not comprehensively addressed the issues in this case. In these circumstances, the Court may go beyond the parties’ submissions to make a proper determination of the matter according to law.

[185] Second, the issues raised by Ms. Ernst’s claim are of significant public importance. The allegations against the Board are serious. She says that the Board abused its powers to punish a citizen and to curtail her freedom of expression, thereby breaching her s. 2(b) *Charter* right. Whether Ms. Ernst may advance a claim for *Charter* damages against the Board in the face of a statutory immunity clause which may bar such claims will have consequences which extend

[182] Notre collègue le juge Cromwell s’inscrit en faux contre la manière dont nous abordons la disposition d’immunité. Il souligne que M^{me} Ernst n’a pas avancé cet argument devant notre Cour, ce que nous reconnaissons. Toutefois, comme il le signale à juste titre, la Cour n’est pas liée par les positions qu’adoptent les parties sur des questions de droit. La supposition de M^{me} Ernst selon laquelle l’art. 43 de l’*ERCA* fait obstacle à toute action ou instance introduite contre l’Office, [TRADUCTION] « peu importe la nature de la demande » (m.a., par. 63), ne nous lie pas. L’interprétation de l’art. 43, plus particulièrement le segment de phrase [TRADUCTION] « pour tout acte ou toute chose qui aurait été accompli en conformité avec la présente loi », soulève une question de droit, soit un point d’interprétation législative.

[183] Outre le fait que nous ne sommes pas liés par les positions des parties sur des questions de droit, comme nous l’expliquerons, les circonstances de l’espèce sont exceptionnelles et, selon nous, elles contraignent la Cour à étudier une question que les parties n’ont pas soulevée.

[184] Premièrement, M^{me} Ernst soulève un problème juridique nouveau et difficile à résoudre qui met en jeu l’interaction entre les dispositions législatives prévoyant une immunité et le par. 24(1) de la *Charte*. On ne saurait surestimer l’importance de ce point qui s’est révélé épineux pour les avocats et les juridictions inférieures. Naturellement, la complexité de cet enjeu s’est traduite par des observations qui ne traitaient pas exhaustivement des questions en l’espèce. Dans ces circonstances, la Cour peut aller au-delà des observations des parties pour trancher correctement l’enjeu conformément à la loi.

[185] Deuxièmement, les questions que soulève M^{me} Ernst dans sa demande sont d’une grande importance pour le public. Les allégations formulées contre l’Office sont graves. M^{me} Ernst dit que l’Office a abusé de ses pouvoirs pour punir une citoyenne et restreindre sa liberté d’expression, violant par le fait même le droit que lui garantit l’al. 2b) de la *Charte*. La possibilité ou non pour M^{me} Ernst d’aller de l’avant avec une demande de dommages-intérêts

far beyond the facts of this case. In our view, the fact that Ms. Ernst did not argue that s. 43 does not apply to her claim should not impede the just determination of a legal issue which has such broad ramifications for the public.

[186] Since it is not plain or obvious that *Charter* damages could never be appropriate and just or that s. 43 of the *ERCA* bars Ms. Ernst's claim, the application to strike must fail and the appeal must be allowed. It is therefore unnecessary to determine s. 43's constitutionality, and we would decline to do so.

C. *We Decline to Answer the Constitutional Question*

[187] The constitutional question at issue on this appeal was stated by the Chief Justice as follows:

Is s. 43 of the *Energy Resources Conservation Act*, R.S.A. 2000, c. E-10, constitutionally inapplicable or inoperable to the extent that it bars a claim against the regulator for a breach of s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and an application for a remedy under s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

[188] Where the state applies to strike a claim for *Charter* damages on the basis of a statutory immunity clause and it is not plain and obvious that *Charter* damages could not be an appropriate and just remedy but it is plain and obvious that the immunity clause would bar the plaintiff's claim, the plaintiff may defeat the application to strike by successfully challenging the clause's constitutionality. That is what Ms. Ernst sought to do in her appeal to this Court.

fondée sur la *Charte* à l'encontre de l'Office malgré une disposition législative prévoyant une immunité qui fait peut-être obstacle à de telles demandes aura des conséquences qui débordent largement les faits de l'espèce. À notre avis, le fait que M^{me} Ernst n'a pas plaidé que l'art. 43 ne s'applique pas à sa demande ne devrait pas entraver le règlement juste d'une question de droit qui a des ramifications aussi vastes sur le public.

[186] Puisqu'il n'est pas évident ou manifeste que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne peut jamais être convenable et juste ou que l'art. 43 de l'*ERCA* fait obstacle à la demande de M^{me} Ernst, la requête en radiation doit être rejetée, et le pourvoi, accueilli. Il n'est donc pas nécessaire de statuer sur la constitutionnalité de l'art. 43 et nous refusons de le faire.

C. *Nous refusons de répondre à la question constitutionnelle.*

[187] La question constitutionnelle en litige dans le présent pourvoi a été formulée en ces termes par la Juge en chef :

L'article 43 de la loi intitulée *Energy Resources Conservation Act*, R.S.A. 2000, c. E-10, est-il inapplicable ou inopérant du point de vue constitutionnel en ce qu'il fait obstacle à la présentation d'une action contre l'organisme de réglementation pour violation de l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ainsi qu'à la présentation d'une demande de réparation fondée sur le par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

[188] Si l'État réclame la radiation d'une demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte* en raison d'une disposition législative prévoyant une immunité, et il n'est pas évident et manifeste que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne peut constituer une réparation convenable et juste, alors qu'il est évident et manifeste que la disposition d'immunité ferait obstacle à la demande du demandeur, ce dernier peut faire échec à la requête en radiation en contestant avec succès la constitutionnalité de la disposition. C'est ce que M^{me} Ernst a tenté de faire dans le présent pourvoi.

[189] We would decline her invitation to strike down s. 43 as unconstitutional, for two reasons. First, it is not necessary to do so to dispose of this appeal; as discussed above, it is not plain and obvious that, on its face, s. 43 bars Ms. Ernst's claim for *Charter* damages. Second, even if it were necessary to consider s. 43's constitutionality, the record before us does not provide an adequate basis on which to do so; we have received neither submissions nor evidence on the application, if any, of s. 1 of the *Charter* to s. 43, for example.

[190] We would therefore leave for another day the question of whether s. 43 or a similar immunity clause can constitutionally bar a claim for *Charter* damages. All we have determined on this appeal is that, for the purposes of the application to strike, it is not plain and obvious that s. 43 applies to Ms. Ernst's claim. If a court ultimately finds that s. 43 does bar Ms. Ernst's claim, Ms. Ernst would still have the opportunity to seek a declaration that s. 43 of the *ERCA* is unconstitutional and to provide proper notice of her constitutional challenge to the Attorney General of Canada and the Minister of Justice and Solicitor General of Alberta in accordance with s. 24 of Alberta's *Judicature Act*, R.S.A. 2000, c. J-2.

[191] The constitutionality of s. 43 could then be dealt with at first instance. It would be open to the state to adduce evidence of countervailing considerations which may render *Charter* damages inappropriate or unjust, to make submissions on the extent, if any, to which s. 1 applies to Ms. Ernst's s. 24(1) claim and to provide any other evidence in support of the clause's constitutionality. Of course, it would be similarly open to Ms. Ernst to answer such evidence or submissions with evidence and submissions of her own.

[189] Nous refusons son invitation de déclarer l'art. 43 inconstitutionnel pour deux raisons. En premier lieu, point n'est besoin de le faire pour trancher le présent pourvoi; comme nous l'avons expliqué précédemment, il n'est pas évident et manifeste qu'à première vue, l'art. 43 fait obstacle à la demande de dommages-intérêts présentée par M^{me} Ernst en vertu de la *Charte*. En second lieu, même s'il était nécessaire d'examiner la constitutionnalité de l'art. 43, le dossier dont nous disposons ne fournit pas un fondement adéquat à cet examen; nous n'avons reçu, par exemple, aucun argument ou élément de preuve au sujet de l'application, s'il en est, de l'article premier de la *Charte* à l'art. 43.

[190] Nous sommes donc d'avis de reporter à une autre occasion l'analyse de la question de savoir si l'art. 43 ou une disposition d'immunité semblable fait obstacle à une demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte*. Tout ce que nous avons décidé en l'espèce, c'est qu'en ce qui concerne la requête en radiation, il n'est pas évident et manifeste que l'art. 43 s'applique à la demande de M^{me} Ernst. Si un tribunal finit par conclure que l'art. 43 fait bel et bien obstacle à cette demande, M^{me} Ernst aurait néanmoins la possibilité de solliciter un jugement déclarant que l'art. 43 de l'*ERCA* est inconstitutionnel et d'aviser comme il se doit le procureur général du Canada ainsi que le ministre de la Justice et solliciteur général de l'Alberta de sa contestation constitutionnelle conformément à l'art. 24 de la *Judicature Act*, R.S.A. 2000, c. J-2, de l'Alberta.

[191] Il sera possible par la suite de se prononcer sur la constitutionnalité de l'art. 43 en première instance. L'État pourrait alors produire la preuve de considérations faisant contrepoids et susceptibles de faire en sorte que l'octroi de dommages-intérêts en vertu de la *Charte* ne soit pas convenable ou juste, présenter des arguments sur la mesure, le cas échéant, dans laquelle l'article premier s'applique à la demande présentée par M^{me} Ernst en vertu du par. 24(1) et déposer tout autre élément de preuve à l'appui de la constitutionnalité de la disposition. Bien entendu, il serait tout aussi loisible à M^{me} Ernst de répliquer à ces éléments de preuve ou arguments par ses propres éléments de preuve et arguments.

IV. Conclusion

[192] We would allow the appeal, and set aside the order striking the claim, with costs to Ms. Ernst throughout. Ms. Ernst may proceed with her claim for *Charter* damages unless and until it is established that it is barred by s. 43.

Appeal dismissed with costs, McLACHLIN C.J. and MOLDAVER, CÔTÉ and BROWN JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Klippensteins, Toronto.

Solicitors for the respondent: Jensen Shawa Solomon Duguid Hawkes, Calgary.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Chernos Flaherty Svonkin, Toronto.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Bull, Housser & Tupper, Vancouver.

Solicitors for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights: WeirFoulds, Toronto; University of Toronto Faculty of Law, Toronto.

IV. Conclusion

[192] Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi et d'annuler l'ordonnance radiant la demande, le tout avec dépens en faveur de M^{me} Ernst dans toutes les cours. M^{me} Ernst peut aller de l'avant avec sa demande de dommages-intérêts fondée sur la *Charte* à moins qu'il soit établi qu'elle est irrecevable par application de l'art. 43.

Pourvoi rejeté avec dépens, la juge en chef McLACHLIN et les juges MOLDAVER, CÔTÉ et BROWN sont dissidents.

Procureurs de l'appelante : Klippensteins, Toronto.

Procureurs de l'intimé : Jensen Shawa Solomon Duguid Hawkes, Calgary.

Procureure de l'intervenante la procureure générale du Québec : Procureure générale du Québec, Québec.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Chernos Flaherty Svonkin, Toronto.

Procureurs de l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association : Bull, Housser & Tupper, Vancouver.

Procureurs de l'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights : WeirFoulds, Toronto; University of Toronto Faculty of Law, Toronto.