

**COUR SUPRÊME DU CANADA**

|  |  |
| --- | --- |
| **Référence :** NIL/TU,O Child and Family Services Society *c.* B.C. Government and Service Employees’ Union, 2010 CSC 45 | **Date :**  20101104  **Dossier :**  32862 |

**Entre :**

**NIL/TU,O Child and Family Services Society**

Appelante

et

**B.C. Government and Service Employees’ Union**

Intimée

‑ et ‑

**Procureur général du Canada, procureur général de l’Ontario,**

**procureur général du Québec, procureur général du Nouveau‑Brunswick,**

**procureur général du Manitoba, procureur général de la Colombie‑Britannique,**

**procureur général de la Saskatchewan, British Columbia Labour Relations Board, Commission canadienne des droits de la personne, Kwumut Lelum Child and Family**

**Services Society, Conseil des Mohawks d’Akwesasne, Assemblée des Premières**

**Nations du Québec et du Labrador, Commission de la santé et des services**

**sociaux des Premières Nations du Québec et du Labrador,**

**Sommet des Premières Nations et Nations Te’Mexw**

Intervenants

**Traduction française officielle**

**Coram :** La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell

|  |  |
| --- | --- |
| **Motifs de jugement :**  (par. 1 à 47)  **Motifs conjoints concordants :**  (par. 48 à 82) | La juge Abella (avec l’accord des juges LeBel, Deschamps, Charron, Rothstein et Cromwell)  La juge en chef McLachlin et le juge Fish (avec l’accord du juge Binnie) |

**Note :** Ce document fera l’objet de retouches de forme avant la parution de sa version définitive dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada*.

\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_

nil/tu,o child and family services *c.* b.c.g.e.u.

**NIL/TU,O Child and Family Services Society** *Appelante*

*c.*

**B.C. Government and Service Employees’ Union** *Intimé*

et

**Procureur général du Canada, procureur général de**

**l’Ontario, procureure générale du Québec, procureur**

**général du Nouveau‑Brunswick, procureur général du**

**Manitoba, procureur général de la Colombie‑Britannique,**

**procureur général de la Saskatchewan, British Columbia**

**Labour Relations Board, Commission canadienne des**

**droits de la personne, Kwumut Lelum Child and Family**

**Services Society, Conseil des Mohawks d’Akwesasne,**

**Assemblée des Premières Nations du Québec et du**

**Labrador, Commission de la santé et des services sociaux**

**des Premières Nations du Québec et du Labrador,**

**Sommet des Premières Nations et Nations Te’Mexw** *Intervenants*

**Répertorié : NIL/TU,O Child and Family Services Society *c.* B.C. Government and Service Employees’ Union**

**2010 CSC 45**

No du greffe : 32862.

2009 : 8 décembre; 2010 : 4 novembre.

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

en appel de la cour d’appel de la colombie‑britannique

*Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Relations de travail — Autochtones — Agence d’aide à l’enfance offrant des services aux enfants et aux familles autochtones en Colombie‑Britannique — Demande du syndicat à la Labour Relations Board de la Colombie‑Britannique en vue d’être accrédité à titre d’agent négociateur des employés de l’agence — Agence alléguant que ses relations de travail relèvent de la compétence fédérale exclusive sur les Indiens — Compte tenu de sa nature, de son fonctionnement et de ses activités habituelles, l’agence est‑elle une entreprise fédérale? — Les aspects autochtones des activités de l’agence et de la prestation de ses services écartent‑ils la présomption de compétence provinciale sur les relations de travail? — Loi constitutionnelle de 1867, par. 91(24).*

NIL/TU,O Child and Family Services Society fournit aux enfants et aux familles de sept premières nations de la Colombie‑Britannique des services d’aide à l’enfance. Elle a une structure unique car elle relève du gouvernement provincial, elle est financée par le gouvernement fédéral et elle dispose d’une certaine indépendance opérationnelle. En 2005, le syndicat a présenté à la Labour Relations Board de la Colombie‑Britannique une demande afin d’être accrédité à titre d’agent négociateur des employés de NIL/TU,O.  Cette dernière s’y est opposée, alléguant que ses relations de travail relevaient de la compétence fédérale sur les « Indiens » en vertu du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* puisque ses services sont destinés au enfants et aux familles des Premières Nations. La Labour Relations Board a rejeté l’opposition de NIL/TU,O et a accrédité le syndicat. Dans le cadre d’un contrôle judiciaire, la Cour suprême de la Colombie‑Britannique a annulé l’ordonnance d’accréditation, concluant que même si les activités de NIL/TU,O répondaient à des fins provinciales, c’était uniquement avec des ressources autochtones. La Cour d’appel de la Colombie‑Britannique a accueilli l’appel du syndicat, concluant que les activités de NIL/TU,O — et par conséquent ses relations de travail — étaient de compétence provinciale.

*Arrêt*: Le pourvoi est rejeté

*Les* juges LeBel, Deschamps, **Abella**, Charron, Rothstein et Cromwell : L’application du cadre juridique bien établi servant à déterminer si les relations de travail relèvent de la compétence fédérale confirme de façon claire et concluante que NIL/TU,O est une entreprise provinciale. Ses relations de travail relèvent donc de la compétence provinciale et sont assujetties au *Labour Relations Code* de la Colombie‑Britannique. Les tribunaux canadiens ont reconnu depuis longtemps qu’en matière de relations de travail, la compétence provinciale est présumée. Pour écarter cette présomption, le tribunal doit procéder à un examen en deux étapes, la première étant l’application du « critère fonctionnel » qui permet d’examiner la nature, le fonctionnement et les activités habituelles de l’entité afin de déterminer si elle constitue une entreprise fédérale. Ce n’est que si la première étape n’est pas concluante que le tribunal doit passer à la seconde étape et se demander si la réglementation, par la province, des relations de travail de l’entité porterait atteinte au « contenu essentiel » du chef de compétence fédéral en cause. Rien ne justifie que la compétence relative aux relations de travail d’une entité soit abordée différemment lorsque le par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* est en cause. La nature fondamentale de l’examen est — et devrait être — la même.

Les activités de NIL/TU,O consistent essentiellement en la prestation de services aux enfants et aux familles, une matière qui relève de la compétence provinciale. NIL/TU,O est exclusivement réglementée par la province et ses employés exercent des pouvoirs délégués de compétence exclusivement provinciale. L’identité des bénéficiaires visés peut et devrait sans doute influer sur la façon dont ces services sont dispensés, mais elle ne change rien au fait que la prestation de services d’aide à l’enfance, une entreprise provinciale, est essentiellement la fonction de NIL/TU,O. La présomption en faveur de la compétence provinciale en matière de relations de travail continue de s’appliquer en l’espèce. Puisque la question de savoir si les activités ou le fonctionnement d’une entité se rattachent au « contenu essentiel » d’une entreprise fédérale ou d’un chef de compétence fédéral est étrangère au critère fonctionnel, et que l’application du critère fonctionnel est concluante, il n’est pas nécessaire de procéder à un examen du « contenu essentiel de l’indianité ».

*La* juge en chef **McLachlin** et les juges **Fish** et Binnie : La question principale en l’espèce est de savoir si les activités relèvent du « contenu essentiel de l’indianité » protégé par le par. 91(24), ce contenu étant défini comme les matières qui sont liées au statut et aux droits des Indiens. La thèse suivant laquelle le « contenu essentiel de l’indianité » ne devrait être pris en compte que si le critère fonctionnel ne s’avère pas concluant ne résiste pas à l'examen parce que l'élément essentiel du critère fonctionnel est de savoir si l’activité se rattache au contenu essentiel d'un pouvoir fédéral. Le critère en deux étapes signifierait que la compétence en matière de relations de travail serait dans bien des cas déterminée avant que l’on ait examiné la compétence en vertu du par. 91(24). Dans un cas comme celui en l’espèce, trancher la compétence en matière de relations de travail sans que soit examinée la compétence fédérale anéantit le critère fonctionnel. À l'inverse, accepter que tout aspect autochtone suffit pour que s'applique la compétence fédérale menacerait d'engloutir la présomption de compétence provinciale sur les relations de travail. La démarche qui s'impose consiste simplement à se demander, comme on l'a fait systématiquement dans les décisions antérieures, si les activités normales et habituelles de l'entreprise indienne en cause, considérées d'un point de vue fonctionnel, se rattachent au contenu essentiel du par. 91(24). L'analyse fonctionnelle des activités de l'entreprise ne constitue pas une étape préliminaire; elle permet plutôt de répondre à la question de savoir si l'activité relève du contenu essentiel protégé.

Dans le contexte des relations de travail, la présomption que les lois ouvrières provinciales s’appliquent ne peut être écartée que si les activités normales et habituelles de l'entreprise ont un lien direct avec ce qui fait que les Indiens sont des personnes fédérales en vertu de leur statut ou de leurs droits. Il s’agit d’un critère étroit qui reconnaît que les Indiens font partie de la population générale et que, dans le cadre de leurs activités quotidiennes, ils sont assujettis aux lois provinciales d'application générale. Ce n'est que lorsque l'activité est si entièrement liée à ce qui fait que les Indiens et les terres réservées aux Indiens sont une responsabilité fédérale fondamentale qu'elle devient une partie intrinsèque de la compétence fédérale exclusive, de sorte que le pouvoir législatif provincial est exclu. En l’espèce, la fonction ou les activités de NIL/TU,O consistent en la prestation de services d'aide à l'enfance dans le cadre du réseau provincial des organismes offrant des services semblables. Le fait que NIL/TU,O emploie des Indiens et qu'elle cherche à assurer le bien‑être des enfants indiens d'une manière adaptée à leur culture dans le but d'enrichir leur identité autochtone et de préserver les valeurs autochtones ne modifie en rien cette fonction essentielle. En outre, les activités normales et habituelles de NIL/TU,O ne concernent pas les questions de statut ou de droits des Indiens. En tant que tels, les services d'aide à l'enfance ne peuvent être considérés comme des activités fédérales. Cette conclusion ne va pas à l'encontre du fait que le gouvernement fédéral a conclu une entente intergouvernementale avec la province de la Colombie‑Britannique et NIL/TU,O ou qu’il a accepté de financer partiellement la prestation de services d’aide à l’enfance dans les réserves. NIL/TU,O, en tant que prestataire de ces services, est donc liée par les lois provinciales applicables.

**Jurisprudence**

Citée par la juge Abella

**Arrêts appliqués :***Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 115; *Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d’Amérique*, [1980] 1 R.C.S. 1031; **arrêts mentionnés :** *Consolidated Fastfrate Inc. c. Western Canada Council of Teamsters*, 2009 CSC 53, [2009] 3 R.C.S. 407; *Toronto Electric Commissioners c. Snider*, [1925] A.C. 396; *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation* Act, [1955] R.C.S. 529; *Reference re Minimum Wage Act of Saskatchewan*, [1948] R.C.S. 248; *Commission du salaire minimum c. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] R.C.S. 767; *Agence Maritime Inc. c. Conseil canadien des relations ouvrières*, [1969] R.C.S. 851; *Union des facteurs du Canada c. Syndicat des postiers du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 178; *Conseil canadien des relations du travail c. Ville de Yellowknife*, [1977] 2 R.C.S. 729; *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754; *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749; *Ontario Hydro c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1993] 3 R.C.S. 327; *Sappier c. Tobique Indian Band (Council)* (1988), 87 N.R. 1; *Qu’Appelle Indian Residential School Council c. Canada (Tribunal canadien des droits de la personne)*, [1988] 2 C.F. 226; *Sagkeeng Alcohol Rehab Centre Inc. c. Abraham*, [1994] 3 C.F. 449; *Banque canadienne de l’Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783; *Bande Kitkatla c. Colombie‑Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, 2002 CSC 31, [2002] 2 R.C.S. 146; *Fédération des producteurs de volailles du Québec c. Pelland*, 2005 CSC 20, [2005] 1 R.C.S. 292.

Citée par la juge en chef McLachlin et le juge Fish

**Arrêts mentionnés :** *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754; *Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d’Amérique*, [1980] 1 R.C.S. 1031;*Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 115; *Paul c. Colombie‑Britannique (Forest Appeals Commission)*, 2003 CSC 55, [2003] 2 R.C.S. 585; *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309; *Delgamuukw* *c. Colombie‑Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *Consolidated Fastfrate Inc. c. Western Canada Council of Teamsters*, 2009 CSC 53, [2009] 3 R.C.S. 407; *Banque canadienne de l’Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Sagkeeng Alcohol Rehab Centre Inc. c. Abraham*, [1994] 3 C.F. 449; *Conseil de la bande indienne de Shubenacadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)* (2000), 37 C.H.R.R. D/466; *Sappier c. Tobique Indian Band (Council)* (1988), 87 N.R. 1; *Qu’Appelle Indian Residential School Council c. Canada (Tribunal canadien des droits de la personne)*, [1988] 2 C.F. 226; *Westbank First Nation c. British Columbia (Labour Relations Board)* (1997), 39 C.L.R.B.R. (2d) 227; *Commission de transport de la Communauté urbaine de Québec c. Canada (Commission des champs de bataille nationaux)*, [1990] 2 R.C.S. 838; *Parents naturels c. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 R.C.S. 751; *Paul c. Paul*, [1986] 1 R.C.S. 306; *Derrickson c. Derrickson*, [1986] 1 R.C.S. 285; *Bande Kitkatla c. Colombie‑Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, 2002 CSC 31, [2002] 2 R.C.S. 146.

**Lois et règlements cités**

*Child, Family and Community Service Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 46, art. 2, 3, 4, 71(3), 91, 93(1)g)(iii).

*Code canadien du travail*, L.R.C. 1985, ch. L‑2.

*Labour Relations Code,* R.S.B.C. 1996, ch. 244.

*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91, 92, 93.

*Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I‑5, art. 88.

*Society Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 433.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie‑Britannique (le juge en chef Finch et les juges Frankel et Groberman), 2008 BCCA 333, 81 B.C.L.R. (4th) 318, 258 B.C.A.C. 244, 434 W.A.C. 244, 296 D.L.R. (4th) 364, 155 C.L.R.B.R. (2d) 1, 80 Admin. L.R. (4th) 282, [2008] 10 W.W.R. 388, 2009 C.L.L.C. 220‑011, [2008] 4 C.N.L.R. 57, [2008] B.C.J. No. 1611 (QL), 2008 CarswellBC 1773, qui a infirmé une décision du juge Cullen, 2007 BCSC 1080, 76 B.C.L.R. (4th) 322, 284 D.L.R. (4th) 42, 147 C.L.R.B.R. (2d) 289, [2008] 4 W.W.R. 287, 2007 C.L.L.C. 220‑044, [2007] B.C.J. No. 1609 (QL), 2007 CarswellBC 1671. Pourvoi rejeté.

*Walter G.* *Rilkoff*, *Lisa A. Peters* et *Nicole K. Skuggedal*, pour l’appelante.

*Kenneth R.* *Curry* et *Catherine Ann Sullivan*, pour l’intimé.

*Peter* *Southey* et *Sean Gaudet*, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

*Sean* *Hanley* et *Bruce Ellis*, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

*Sylvain* *Leboeuf* et *Monique Rousseau*, pour l’intervenante la procureure générale du Québec.

*Gaétan* *Migneault*, pour l’intervenant le procureur général du Nouveau‑Brunswick.

*Cynthia* *Devine*, pour l’intervenant le procureur général du Manitoba.

*Paul E.* *Yearwood*, pour l’intervenant le procureur général de la Colombie‑Britannique.

*R. James* *Fyfe*, pour l’intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

*Elena* *Miller*, pour l’intervenante British Columbia Labour Relations Board.

*Philippe* *Dufresne* et *Valerie Phillips*, pour l’intervenante la Commission canadienne des droits de la personne.

*John W.* *Gailus* et *Christopher G. Devlin*, pour l’intervenante Kwumut Lelum Child and Family Services Society.

*Jacques E.* *Emond* et *Colleen Dunlop*, pour l’intervenant le Conseil des Mohawks d’Akwesasne.

*David* *Schulze* et *Barbara Cuber*, pour les intervenantes l’Assemblée des Premières Nations du Québec et du Labrador et la Commission de la santé et des services sociaux des Premières Nations du Québec et du Labrador.

*Arthur C.* *Pape* et *Richard B. Salter*, pour l’intervenant le Sommet des Premières Nations.

*Robert J. M.* *Janes* et *Karey M. Brooks*, pour l’intervenante Nations Te’Mexw.

Version française du jugement des juges LeBel, Deschamps, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell rendu par

La juge Abella —

1. La société NIL/TU,O Child and Family Services Society (« NIL/TU,O ») fournit aux enfants et aux familles de certaines premières nations de la Colombie‑Britannique des services d’aide à l’enfance. La structure de cette société est unique car elle relève du gouvernement provincial, elle est financée par le gouvernement fédéral et elle dispose d’une certaine indépendance opérationnelle.
2. Aucune des parties ne conteste le fait que les services d’aide à l’enfance relèvent de la compétence législative provinciale en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867.*  NIL/TU,O ne conteste pas la validité constitutionnelle de la *Child, Family and Community Service Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 46, qui s’applique aux Autochtones. Le présent litige ne vise pas non plus à déterminer si le gouvernement fédéral peut édicter des lois en matière de relations de travail portant sur les « Indiens » puisqu’il peut clairement le faire. La question en litige dans le présent pourvoi est de savoir si les relations de travail de NIL/TU,O relèvent néanmoins de la compétence fédérale sur les « Indiens » en vertu du par. 91(24) puisque les services dispensés sont destinés à des enfants et des familles des Premières Nations.
3. Au cours des quatre‑vingt‑cinq dernières années, notre Cour a constamment retenu et appliqué un critère juridique distinct pour déterminer si les relations de travail relèvent de la compétence fédérale. Ce cadre juridique, exposé de la manière la plus complète dans *Northern Telecom Ltd. c. Travailleurs en communication du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 115 et *Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d’Amérique*, [1980] 1 R.C.S. 1031, et appliqué plus récemment dans *Consolidated Fastfrate Inc. c. Western Canada Council of Teamsters*, 2009 CSC 53, [2009] 3 R.C.S. 407, est employé peu importe le chef de compétence fédéral visé dans le cadre d’une affaire donnée. Ce critère requiert l’examen de la nature, des activités habituelles et de l’exploitation quotidienne de l’entité en question afin de déterminer s’il s’agit d’une entreprise fédérale. Cet examen est appelé le « critère fonctionnel ». C’est uniquement si ce critère ne s’avère pas concluant pour déterminer si une entreprise donnée est « fédérale » que la Cour vérifiera ensuite si la réglementation, par la province, des relations de travail de cette entité porte atteinte au « contenu essentiel » du chef de compétence fédérale.
4. Notre Cour n’a jamais eu recours au « contenu essentiel » d’un chef de compétence fédéral en cause dans une affaire donnée concernant les relations de travail pour déterminer si une entité est une « entreprise fédérale » qui doit être assujettie au régime du *Code canadien du travail*, L.R.C. 1985, ch. L‑2. Puisque je suis d’avis que le critère fonctionnel démontre de façon concluante que NIL/TU,O est une entreprise provinciale, j’estime que la présente affaire ne doit pas être la première où l’on exige un examen du « contenu essentiel » du par. 91(24 ).

**Contexte**

1. En 1997, sept premières nations ont collectivement constitué NIL/TU,O en vertu de la *Society Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 433, de la Colombie‑Britannique afin de créer une agence d’aide à l’enfance qui fournirait à leurs enfants et à leurs familles des services « adaptés à leur culture ». NIL/TU,O exerce ses activités dans des bureaux situés sur la réserve Tsawout et dispense ses services aux membres du « regroupement des premières nations », composé actuellement des premières nations de Beecher Bay, Pacheedaht, Pauquachin, Songhees, T’Sou‑ke, Tsartlip et Tsawout.
2. En 2005, le British Columbia Government and Service Employees’ Union [« le syndicat »] a présenté à la British Columbia Labour Relations Board [« la Commission »] une demande afin d’être accrédité à titre d’agent négociateur pour tous les employés de NIL/TU,O, à l’exclusion du directeur général.  NIL/TU,O s’y est opposée, alléguant que ses relations de travail étaient de compétence fédérale.
3. La Commission a rejeté l’opposition de NIL/TU,O. Selon elle, NIL/TU,O était une [traduction] « organisation indienne » ((2006), 122 C.L.R.B.R. (2d) 174, par. 47). Or, en l’absence d’un lien avec l’exercice d’un pouvoir législatif fédéral, ce [traduction] « contenu ‘indien’ » ne relevait pas de la compétence fédérale en matière de relations de travail (par. 47). La Commission a donc accrédité le syndicat en vertu du *Labour Relations Code*, R.S.B.C. 1996, ch. 244 de la Colombie‑Britannique. Une formation de trois commissaires a ensuite rejeté la demande de réexamen présentée par NIL/TU,O ((2006), 127 C.L.R.B.R. (2d) 137).
4. Dans le cadre d’une demande de contrôle judiciaire, le juge Cullen de la Cour suprême de la Colombie‑Britannique a accueilli la demande au motif que les relations de travail de NIL/TU,O étaient de compétence fédérale et échappaient donc à la compétence de la Commission (2007 BCSC 1080, 76 B.C.L.R. (4th) 322). Il a conclu que les activités de NIL/TU,O revêtaient une dimension fédérale et que même si ces activités répondaient à des fins provinciales, c’était uniquement avec des ressources autochtones. Le juge Cullen a donc infirmé l’ordonnance de certification.
5. Le syndicat a ensuite demandé et obtenu une accréditation auprès du Conseil canadien des relations industrielles en vertu du *Code canadien du travail*. Malgré son accréditation fédérale, le syndicat a interjeté appel de la décision du juge Cullen devant la Cour d’appel de la Colombie‑Britannique, où le juge Groberman a conclu, dans un jugement unanime, que les activités de NIL/TU,O — et par conséquent ses relations de travail — étaient de compétence provinciale (2008 BCCA 333, 81 B.C.L.R. (4th) 318). À son avis, rien dans la *Child, Family and Community Service Act*, dans la structure des activités de NIL/TU,O ou dans la nature de ses services n’avait pour effet d’exclure NIL/TU,O de la compétence provinciale. La compétence provinciale principale en matière de relations de travail n’était pas [traduction] « exclue » simplement parce que les activités de NIL/TU,O « touchaient les droits des groupes autochtones » ou parce que NIL/TU,O fournissait des services [traduction] « adaptés à leur culture » (par. 62).
6. Pour des motifs quelque peu différents, je suis d’accord avec la Cour d’appel de la Colombie‑Britannique et la British Columbia Labour Relations Board pour conclure que les relations de travail de NIL/TU,O relèvent de la compétence provinciale et sont donc assujetties au *Labour Relations Code* de la Colombie‑Britannique. Par conséquent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

**Analyse**

1. La compétence sur les relations de travail n’est attribuée ni au gouvernement provincial ni au gouvernement fédéral en vertu des articles 91 ou 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cependant, depuis l’arrêt *Toronto Electric Commissioners c. Snider*, [1925] A.C. 396 (C.P.), les tribunaux canadiens ont reconnu que les relations de travail relèveraient de la compétence provinciale et que la compétence du gouvernement fédéral à l’égard des relations de travail est l’exception. Cette exception a toujours été interprétée de façon restrictive (*Snider*; *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] R.C.S. 529 (« l’affaire des débardeurs »); *Reference re Minimum Wage Act of Saskatchewan*, [1948] R.C.S. 248; *Commission du salaire minimum c. Bell Telephone Co. of Canada*, [1966] R.C.S. 767; *Agence Maritime Inc. c. Conseil canadien des relations ouvrières*, [1969] R.C.S. 851; *Union des facteurs du Canada c. Syndicat des postiers du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 178; *Conseil canadien des relations du travail c. Ville de Yellowknife*, [1977] 2 R.C.S. 729; *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754; *Northern Telecom*; *Four B*; *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749; *Ontario Hydro c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1993] 3 R.C.S. 327; *Consolidated Fastfrate*, par. 27‑28).
2. La démarche qui s’impose pour déterminer si les relations de travail d’une entité sont régies par le droit fédéral ou le droit provincial est une démarche distincte qui, particulièrement, fait appel à une analyse complètement différente de celle utilisée pour déterminer si une loi en particulier excède les limites du pouvoir constitutionnel du gouvernement qui l’a adoptée. Puisqu’il faut présumer que la réglementation des relations de travail relève de la compétence des provinces, la question précise à trancher dans le cadre d’instances portant sur la compétence en matière de relations de travail est de savoir si une entité en particulier entre dans la catégorie des « travaux, entreprises ou affaires du fédéral » et tombe ainsi sous le régime du *Code canadien du travail*.
3. Les principes qui sous‑tendent l’approche déjà bien établie de notre Cour quant à la compétence à l’égard des relations de travail sont énoncés par le juge Dickson, rédigeant au nom d’une Cour unanime, dans *Northern Telecom*. Cette affaire traitait de la compétence sur les relations de travail d’une filiale d’une société de télécommunications elle‑même incontestablement « une entreprise ou une affaire » fédérale visée à l’al. 92(10)*a*) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. En faisant sienne l’opinion majoritaire rédigée par le juge Beetz dans *Construction Montcalm*, le juge Dickson a décrit comme suit le lien entre le partage des compétences et les relations de travail :

(1)  Les relations de travail comme telles et les termes d’un contrat de travail ne relèvent pas de la compétence du Parlement; les provinces ont une compétence exclusive dans ce domaine.

(2)  Cependant, par dérogation à ce principe, le Parlement peut faire valoir une compétence exclusive dans ces domaines s’il est établi que cette compétence est partie intégrante de sa compétence principale sur un autre sujet.

(3)  La compétence principale du fédéral sur un sujet donné peut empêcher l’application des lois provinciales relatives aux relations de travail et aux conditions de travail, mais uniquement s’il est démontré que la compétence du fédéral sur ces matières fait intégralement partie de cette compétence fédérale.

(4) Ainsi, la réglementation des salaires que doit verser une entreprise, un service ou une affaire et la réglementation de ses relations de travail, toutes choses qui sont étroitement liées à l’exploitation d’une entreprise, d’un service ou d’une affaire, ne relèvent plus de la compétence provinciale et ne sont plus assujetties aux lois provinciales s’il s’agit d’une entreprise, d’un service ou d’une affaire fédérale. [p. 132]

1. Il a ensuite énoncé un « critère fonctionnel » servant à déterminer si une entité est « fédérale » et doit être assujettie au régime fédéral de relations de travail. Il importe de signaler que le juge Dickson n’a pas eu recours au « contenu essentiel » du chef de compétence sur les télécommunications pour déterminer, dans le cadre de l’analyse fonctionnelle, la nature des activités de la filiale :

(5)  La question de savoir si une entreprise, un service ou une affaire relève de la compétence fédérale dépend de la nature de l’exploitation.

(6)  Pour déterminer la nature de l’exploitation, il faut considérer les activités normales ou habituelles de l’affaire en tant qu’« entreprise active », sans tenir compte de facteurs exceptionnels ou occasionnels; autrement, la Constitution ne pourrait être appliquée de façon continue et régulière. [Je souligne; p. 132.]

1. Dans l’arrêt *Four B*, rendu la même année que *Northern Telecom*, la Cour a aussi adopté les principes élaborés dans *Construction Montcalm* et a conclu là encore que le critère fonctionnel employé pour l’examen des « activités normales ou habituelles » de l’entité était déterminant. Dans *Four B*, la question était de savoir si les lois ouvrières provinciales s’appliquaient à une entreprise manufacturière constituée en vertu d’une loi provinciale qui appartenait à quatre membres d’une bande indienne, qui employait principalement des membres de la bande et qui exerçait ses activités sur une réserve indienne en vertu d’un permis fédéral. Le juge Beetz, au nom de la majorité, a énoncé les principes directeurs et a conclu que la « nature de l’exploitation » de l’entreprise était provinciale :

À mon avis, les principes établis pertinents à cette question peuvent être résumés très brièvement. En ce qui a trait aux relations de travail, la compétence législative provinciale exclusive est la règle, la compétence fédérale exclusive est l’exception. L’exception comprend, principalement, les relations de travail relatives aux entreprises, services et affaires qui, compte tenu du critère fonctionnel de la nature de leur exploitation et de leur activité normale, peuvent être qualifiés d’entreprises, de services ou d’affaires de compétence fédérale.

Rien dans l’affaire ou l’exploitation de *Four B* ne pourrait permettre de la considérer comme une affaire de compétence fédérale : la couture d’empeignes sur des souliers de sport est une activité industrielle ordinaire qui relève nettement du pouvoir législatif provincial sur les relations de travail. Ni la propriété de l’entreprise par des actionnaires indiens, ni l’embauchage par cette entreprise d’une majorité d’employés indiens, ni l’exploitation de cette entreprise sur une réserve indienne en vertu d’un permis fédéral, ni le prêt et les subventions du fédéral, pris séparément ou ensemble, ne peuvent avoir d’effet sur la nature de l’exploitation de cette entreprise. Donc, compte tenu du critère fonctionnel et traditionnel, *The Labour Relations Act* s’applique aux faits de l’espèce et la *Commission* a compétence,[Je souligne; p. 1045‑1046.]

Le juge Beetz a conclu que le critère fonctionnel était concluant et que Four B était une entreprise provinciale.

1. Lorsqu’il traite du critère fonctionnel, le juge Beetz ne mentionne en aucun cas le « contenu essentiel » du par. 91(24). En fait, il indique clairement que ce n’est que si le critère fonctionnel n’est pas concluant pour déterminer si une entreprise en particulier est « fédérale » que le tribunal devrait examiner si la réglementation provinciale des relations de travail pourrait porter atteinte au « contenu essentiel » de la réglementation fédérale applicable à l’entité.
2. Dans une remarque incidente, le juge Beetz a examiné la question de savoir si cette conclusion aurait été différente si le critère fonctionnel n’avait pas été concluant :

Le critère fonctionnel est une méthode particulière d’application d’une règle plus générale, savoir, que la compétence fédérale exclusive en matière de relations de travail n’existe que si l’on peut établir qu’elle fait partie intégrante de sa compétence principale sur une autre matière fédérale : l’arrêt *Stevedoring.*

Vu cette règle générale, et si l’on présume, pour les besoins de la cause, que le critère fonctionnel n’est pas décisif en l’espèce, la première question à laquelle il faut répondre [. . .] est de savoir si le pouvoir de réglementer les relations de travail en question fait partie intégrante de la compétence fédérale principale sur les Indiens et les terres réservées aux Indiens. La seconde question est de savoir si le Parlement a occupé le champ par les dispositions du *Code canadien du travail.* [Je souligne; p. 1047.]

1. En d’autres mots, pour déterminer si le pouvoir de réglementer les relations de travail d’une entité relèvera du gouvernement fédéral, ce qui aurait pour effet d’écarter la présomption de compétence provinciale, l’arrêt *Four B* exige que le tribunal applique tout d’abord le critère fonctionnel, c’est‑à‑dire qu’il examine la nature de l’entité, son exploitation et ses activités habituelles pour voir s’il s’agit d’une entreprise fédérale. Si c’est le cas, ses relations de travail seront assujetties à la réglementation fédérale. C’est seulement lorsque cet examen n’est pas concluant qu’il doit ensuite examiner si la réglementation, par le gouvernement provincial, des *relations de travail* de l’entité porterait atteinte au chef de compétence fédérale en cause.
2. En dépit de la démarche appliquée depuis longtemps par notre Cour, il s’est développé un courant jurisprudentiel différent et ce, uniquement dans le cadre de litiges portant sur le par. 91(24) (voir *Sappier c. Conseil de la bande de Tobique* (1988), 87 N.R. 1 (C.A.F.); *Qu’Apelle Indian Residential School Council c. Canada (Tribunal canadien des droits de la personne)*, [1988] 2 C.F. 226 (1re inst.), p. 239; *Sagkeeng Alcohol Rehab Center Inc. c. Abraham*, [1994] 3 C.F. 449 (1re inst.), p. 459‑460 . Suivant cette différente analyse, et contrairement à *Four B*, le tribunal passe directement à la question de savoir s’il y atteinte au « contenu essentiel » d’un chef de compétence fédéral, sans appliquer d’abord le critère fonctionnel. De plus, plutôt que d’examiner si la réglementation des *relations de travail* de l’entité porte atteinte à ce « contenu essentiel », ces décisions ont plutôt examiné si la nature des *activités* de l’entité se rattache au « contenu essentiel » et ont ainsi écarté la présomption selon laquelle le pouvoir de réglementer les relations de travail relève du gouvernement provincial.
3. En principe, rien ne justifie que la compétence relative aux relations de travail d’une entité soit abordée différemment lorsque le par. 91(24) est en cause. La nature fondamentale de l’examen est – et devrait être – la même que pour les autres chefs de compétence. Il s’agit d’un examen en deux étapes, la première étape étant l’application du critère fonctionnel. Le tribunal doit passer à la seconde étape seulement si la première étape n’est pas concluante. Si elle n’est pas concluante[[1]](#footnote-1)\*, la question n’est pas de savoir si les *activités* de l’entité se rattachent au « contenu essentiel » du chef de compétence fédéral, mais de savoir si le fait que les *relations de travail* de cette entité sont régies par le gouvernement provincial porte atteinte au « contenu essentiel » de ce chef de compétence. Le fait de regrouper les deux étapes en un seul examen, comme l’ont fait le juge de première instance et la Cour d’appel, et comme le font la juge en chef McLachlin et le juge Fish dans leurs motifs concordants, a pour effet de transformer le critère traditionnel applicable en matière de relations de travail en un critère différent : celui que l’on utilise pour décider si une loi est « inapplicable » en vertu de la doctrine traditionnelle de l’exclusivité des compétences. L’analyse en deux étapes préserve l’intégrité du critère unique en matière de relations de travail; la démarche en une seule étape l’abolit.
4. Toutefois, en toute déférence pour les opinions contraires de la juge en chef McLachlin et du juge Fish, j’estime que l’examen du « contenu essentiel » d’un chef de compétence fédéral n’a pas sa place dans l’application du critère fonctionnel, la première étape de l’analyse. La question de savoir si une activité se rattache au « contenu essentiel » d’une entreprise fédérale ou d’un chef de compétence fédéral est une analyse faite dans les limites restreintes de l’exclusivité des compétences : voir *Banque canadienne de l’Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3. L’application du critère fonctionnel ne constitue pas une autre méthode pour déterminer si une activité se rattache au « contenu essentiel »; ce critère permet plutôt de déterminer si « l’entreprise, le service ou l’affaire est de compétence fédérale » (*Northern Telecom*, p. 132).
5. La différence entre ces deux démarches est importante. Le « contenu essentiel » d’un chef de compétence fédéral peut ne pas recouper la portée ou l’étendue potentielle d’une compétence législative fédérale, comme l’a dit notre Cour dans *Banque canadienne de l’Ouest*. De plus, il est possible qu’une entité soit réglementée en partie par le fédéral et en partie par la province. Dans la mesure où l’application du critère fonctionnel ne permet pas de déterminer qui a compétence sur les relations de travail d’une entité, la présomption de compétence provinciale s’appliquera *à moins que* la réglementation, par la province, des relations de travail de l’entité porte atteinte au contenu essentiel du chef de compétence fédéral. C’est uniquement dans le cas où l’application du critère fonctionnel n’est pas concluante que l’on entreprendra cette analyse restrictive du « contenu essentiel » de la compétence fédérale.
6. Ce qui nous amène à l’application du critère de l’arrêt *Four B* aux circonstances de la présente affaire. En Colombie‑Britannique, la prestation des services d’aide à l’enfance est régie par la *Child, Family and Community Service Act*. Cette Loi crée un régime provincial exhaustif pour la protection de l’enfance, lequel est administré par des [traduction] « directeurs » désignés par le ministre responsable de l’aide à l’enfance et à la famille (art. 91).
7. La province de la Colombie‑Britannique (représentée par un directeur nommé sous le régime de la Loi), le gouvernement fédéral (représenté par le ministre des Affaires indiennes) et NIL/TU,O (représentant le regroupement des premières nations) ont signé une entente de délégation tripartite, laquelle a été initialement signée en 1999 et ensuite confirmée en 2004 [« l’entente de 2004 »]. En vertu de cette entente, le gouvernement provincial, chargé par la Constitution d’assurer les services d’aide à l’enfance, a délégué à NIL/TU,O certains de ses pouvoirs et responsabilités conférés par la Loi en vue de la prestation, au regroupement des premières nations, de services d’aide à l’enfance. Cette délégation est prévue au sous‑alinéa 93(1)*g*)(iii) de la Loi, qui autorise le directeur provincial à conclure, avec des entités juridiques représentant les collectivités autochtones, des ententes portant sur la prestation de services d’aide à l’enfance. La participation du gouvernement fédéral aux termes de cette entente se limite à financer la prestation, par NIL/TU, O, de certains services à certains enfants.
8. L’entente de 2004 confie à NIL/TU,O la charge d’assurer la prestation des services prévus par la Loi aux enfants du regroupement des premières nations et à leurs familles, et confirme le droit de ces enfants d’être attachés à leur culture et leur droit de recevoir de NIL/TU,O des services [traduction] « adaptés à leur culture » (al. 2.1*a*) et *d*)). L’entente précise que la province de la Colombie‑Britannique a compétence en matière d’aide à l’enfance et que le directeur est chargé de l’administration de la Loi (préambule, art. D). Cependant, l’entente de 2004 prévoit également que NIL/TU,O a le droit de [traduction] « veiller au bien‑être et à la protection des enfants dont elle a charge et de préserver leur attachement à leur culture et à leur patrimoine par la prestation de services adaptés à leur culture » (préambule, art. G).
9. Lorsqu’ils dispensent des services prévus par la Loi, les employés de NIL/TU,O sont toujours comptables envers les directeurs nommés en vertu de la Loi (entente de 2004, art. 5.1 et 5.2), et NIL/TU,O est tenue en tout temps d’assurer la prestation des services conformément à la Loi (entente de 2004, art. 3.1 et 4.2). Lorsqu’elle fournit ces services, NIL/TU,O doit s’assurer du respect des principales considérations de la Loi, c’est‑à‑dire la protection et le bien‑être des enfants, et elle doit respecter les principes suivants (art. 2) :

[traduction]

(a) les enfants ont le droit d’être protégés contre la négligence et les mauvais traitements ou les risques de mauvais traitements;

(b) la famille est le milieu privilégié pour le soin et l’éducation des enfants, et la responsabilité de protéger les enfants incombe principalement aux parents;

(c) si, grâce aux services d’aide disponibles, une famille peut offrir à l’enfant un milieu sûr et stimulant, il convient d’offrir ces services;

(d) l’opinion de l’enfant doit être prise en compte lorsque des décisions à son sujet sont prises;

(e) les liens de parenté de l’enfant et son attachement à sa famille élargie doivent être préservés dans la mesure du possible;

(f) l’identité culturelle des enfants autochtones doit être préservée;

(g) les décisions concernant les enfants doivent être prises et mises en oeuvre dans les meilleurs délais.

1. NIL/TU,O doit également fournir ses services conformément aux principes applicables à la prestation des services énumérés à l’art. 3 de la Loi :

[traduction]

(a) les familles et les enfants doivent être informés des services dont ils peuvent bénéficier et il convient de les encourager à participer aux décisions qui les concernent;

(b) les Autochtones doivent participer à la planification et à la prestation des services offerts aux familles et aux enfants autochtones;

(c) dans la planification et la prestation des services, il faut tenir compte des besoins et du patrimoine culturel, racial et religieux des bénéficiaires;

(d) s’il est possible et opportun de le faire, les services doivent être intégrés aux services offerts par les ministères, par les organismes communautaires et par Community Living British Columbia, créée aux termes de la *Community Living Authority Act*;

(e) la collectivité doit participer, lorsqu’il est possible et opportun qu’elle le fasse, à la planification et à la prestation des services, y compris les service de prévention et d’aide aux familles et aux enfants.

1. En outre, NIL/TU,O est liée par les facteurs qui, selon la Loi, définissent [traduction] « l’intérêt supérieur de l’enfant », c’est‑à‑dire la sécurité de l’enfant, ses besoins physiques et affectifs, son niveau de développement, son patrimoine culturel, racial, linguistique et religieux; l’importance de la continuité des soins à l’enfant; la qualité de la relation entre l’enfant et son père, sa mère ou une autre personne; l’effet du maintien de cette relation; l’opinion de l’enfant, et les répercussions que peut avoir sur l’enfant le retard à prendre une décision (par. 4(1)). Si l’enfant est Autochtone, l’importance de préserver son identité culturelle doit également être prise en considération dans la détermination de ce qui est dans son intérêt supérieur (par. 4(2)). Il convient de souligner que, selon le paragraphe 71(3) de la Loi, lorsqu’un enfant autochtone est pris en charge, il est préférable de le confier à sa famille élargie, à une famille vivant dans sa collectivité culturelle ou à une autre famille autochtone. Ce n’est qu’à défaut de pouvoir respecter ces paramètres que d’autres solutions de placement peuvent être envisagées.
2. Les pouvoirs prévus par la Loi que la province délègue à NIL/TU,O sont expressément énoncés dans une [traduction] « matrice de délégation » jointe à l’entente de 2004. Il existe plusieurs catégories de pouvoirs délégués. La plupart des employés de NIL/TU,O exercent des pouvoirs délégués de la catégorie la plus basse, la catégorie 12, ce qui signifie qu’ils peuvent offrir des services d’aide aux familles, administrer des ententes de garde volontaire et des ententes concernant des besoins spéciaux, et établir des ressources résidentielles à l’intention des enfants pris en charge. Certains employés exercent des pouvoirs de la catégorie 13, ce qui leur donne, en plus des pouvoirs de la catégorie la plus basse, la responsabilité de la tutelle des enfants et des adolescents placés sous garde continue.
3. Aucun des employés de NIL/TU,O n’exerce des pouvoirs de catégorie 14 ou 15, les catégories les plus élevées au sein du régime. Les praticiens de catégorie 15 sont les seuls autorisés à offrir la gamme complète des services de protection de l’enfance énoncés dans la Loi, notamment l’appréhension des enfants ayant besoin de protection. La catégorie 14 est réservée aux nouveaux préposés à la protection de l’enfance qui travaillent sous la supervision d’un praticien de catégorie 15. C’est donc dire que lorsqu’un enfant pris en charge par NIL/TU,O a besoin de protection, un problème qui se pose dans environ vingt à trente pour cent des dossiers de NIL/TU,O, les employés de NIL/TU,O n’ont aucun pouvoir pour offrir les services nécessaires.
4. Dans tous les cas, un directeur désigné sous le régime de la Loi peut intervenir pour s’assurer que NIL/TU,O respecte la Loi (entente de 2004, art. 4.3). Lorsqu’un directeur et NIL/TU,O ne s’entendent pas au sujet de la sécurité ou du placement d’un enfant, ou quant à la prestation des services, la décision du directeur prévaut (entente de 2004, art. 14.2). Le directeur a également le pouvoir de révoquer unilatéralement, par un préavis écrit, les pouvoirs délégués à NIL/TU,O (entente de 2004, art. 18.5).
5. L’entente de 2004 exige que NIL/TU,O respecte les normes et indicateurs de pratique et de fonctionnement autochtones (*Aboriginal Operational and Practice Standards and Indicators* (« AOPSI »), en plus d’assurer la prestation des services délégués conformément à la Loi (entente de 2004, art. 4.2 et 4.5). Les AOPSI sont nés d’une collaboration entre les directeurs généraux d’agences de services à l’enfance et à la famille autochtones, le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, le ministre responsable des enfants et des familles de la Colombie‑Britannique, et la société Caring for First Nations Children Society. Ils prescrivent les [traduction] « critères de préparation » auxquels doit satisfaire une agence de services à l’enfance et à la famille avant que des pouvoirs lui soient délégués en vertu de la Loi et énoncent les normes de pratique qui régissent la prestation des services par les agences autochtones, certaines de ces normes visant la situation particulière des enfants autochtones (voir les normes 4, 11 et 15).
6. En plus d’exercer ses pouvoirs délégués, NIL/TU,O a notamment pour objet de fournir des services qui ne sont pas prévus par la Loi. Parmi ces services, mentionnons les activités extra‑scolaires destinées à sensibiliser davantage les enfants à la culture des Premières Nations, un camp où les adolescents peuvent apprendre les pratiques traditionnelles, les initiatives sur la justice pour les jeunes qui permettent de jumeler des jeunes en difficulté à des mentors et à des aînés, et les services de programmes de soutien scolaire qui offrent la possibilité de désigner des mentors aux enfants confrontés au racisme et à la discrimination. Le dossier ne précise pas, comme l’a souligné la Cour d’appel, dans quelle mesure ces activités font partie des activités quotidiennes de NIL/TU,O.
7. NIL/TU,O reçoit du financement tant de la province que du fédéral.  Avant que la province ne délègue à NIL/TU,O certains de ses pouvoirs en matière de prestation de services d’aide à l’enfance au regroupement des premières nations, les fonds fédéraux actuellement versés à NIL/TU,O étaient attribués à la province conformément à un protocole d’entente entre le gouvernement fédéral et le gouvernement provincial. En vertu de ce protocole d’entente, le pouvoir de réglementer ou de légiférer du gouvernement fédéral n’a pas été délégué au gouvernement provincial, comme l’indiquent la juge en chef McLachlin et le juge Fish. Ce protocole d’entente a plutôt simplement confirmé le fait que la province est responsable de l’application de la Loi dans l’intérêt des enfants « indiens » de moins de dix‑neuf ans, et a établi que les parties s’entendaient pour que le gouvernement fédéral rembourse à la province le coût de la prestation de certains services à certains enfants [traduction] « indiens » (Protocole d’entente, art. 1.1 et 4.1). La province rembourse actuellement à NIL/TU,O les services qui ne sont pas admissibles au financement fédéral (entente de 2004, art. 15.6).
8. En fait, soixante‑cinq pour cent du financement versé à NIL/TU,O provient directement du gouvernement fédéral.  La Directive de programme 20‑1 du gouvernement fédéral prévoit que ce dernier supporte le coût des services prévus par la Loi que NIL/TU,O offre aux enfants admissibles, conformément aux principes suivants :

6.1 Le Ministère [des Affaires indiennes et du Nord canadien] s’est engagé à élargir les services à l’enfance et à la famille des Premières Nations dans les réserves, de manière qu’ils soient comparables aux services offerts hors des réserves dans des circonstances analogues. [. . .]

6.2 Le Ministère appuiera la création de services conçus, contrôlés et gérés par les Indiens.

6.3 Le Ministère aidera en outre les Indiens à élaborer des normes pour ces services, et travaillera conjointement avec les organismes indiens à encourager les provinces/territoires à les adopter.

6.4 Cet élargissement des Service[s] d’aide à l’enfance et à la famille des Premières nations (SAEFPN) se fera graduellement, à mesure que les fonds sont disponibles et que les Premières nations sont disposées à négocier la création de nouveaux services ou à assumer les services actuels.

6.5 La législation provinciale sur l’enfance et la famille s’applique aux réserves et sera à la base de cet élargissement. Le ministère a l’intention d’inclure les provinces dans ce processus et comme signataires des ententes. [Je souligne.]

1. Que nous dit donc tout cela au sujet de la nature de l’entreprise de NIL/TU,O? Il est clair que NIL/TU,O est exclusivement réglementée par la province et que ses employés exercent des pouvoirs délégués de compétence exclusivement provinciale. Cette structure opérationnelle complexe a sans doute été créée en faveur du regroupement des premières nations. Les services d’aide à l’enfance qu’offre NIL/TU,O sont principalement dispensés par des employés autochtones à des clients autochtones et ils visent à protéger, préserver et servir les besoins culturels, physiques et émotionnels distincts des enfants et des familles du regroupement des premières nations. NIL/TU,O agit à titre d’agence d’aide à l’enfance pour cette communauté.
2. NIL/TU,O prétend que le caractère typiquement autochtone de la prestation de ses services modifie la nature de son entreprise et de ses activités de sorte qu’elle est une entreprise, un service ou une affaire de compétence fédérale pour ce qui est de l’attribution de la compétence en matière de relations de travail. À mon avis, ce n’est pas le cas.
3. L’exercice de la compétence provinciale en matière d’aide à l’enfance en Colombie‑Britannique passe par la *Child, Family and Community Service Act* et les activités de NIL/TU,O sont entièrement réglementées par cette loi. NIL/TU,O fait partie intégrante de ce régime réglementaire provincial, en vertu du pouvoir qui est délégué, limité et supervisé par les agents provinciaux. Cette organisation fait l’objet d’une supervision directe de la province et les employés de NIL/TU,O sont directement comptables envers les directeurs provinciaux, lesquels peuvent intervenir au besoin pour s’assurer du respect de la Loi. En fait, les intervenants provinciaux en services d’aide à l’enfance sont tenus d’intervenir lorsqu’un dossier de NIL/TU,O comporte des questions de protection de l’enfant puisque les employés de NIL/TU,O ne sont pas autorisés à fournir des services de protection. De plus, la loi constitutive de NIL/TU,O et l’entente de 2004 reconnaissent que la Loi est l’instrument qui chapeaute la principale tâche de NIL/TU,O, soit la prestation des services d’aide à l’enfance. Lorsqu’elle s’acquitte de cette tâche, NIL/TU,O doit toujours garder à l’esprit les deux principales considérations de la Loi — la sécurité et le bien‑être des enfants — et elle doit toujours respecter la Loi dans son ensemble. La province conserve donc le pouvoir décisionnel final sur les activités de NIL/TU,O.
4. Rien de tout cela ne change le caractère distinct de NIL/TU,O à titre d’organisation d’aide à l’enfance pour les communautés autochtones. Mais le fait qu’elle serve ces communautés ne peut lui faire perdre sa nature essentielle d’agence d’aide à l’enfance qui est réglementée à tous égards par la province. Ni l’identité culturelle des clients et des employés de NIL/TU,O, ni son mandat qui consiste à fournir à ses clients autochtones des services adaptés à leur culture, ne réfute la présomption selon laquelle les relations de travail sont réglementées par le gouvernement provincial. Comme l’a souligné la Cour d’appel, les services sociaux doivent, pour être efficaces, cibler une clientèle. Cette tentative de fournir des services utiles à une communauté en particulier ne peut toutefois pas écarter la compétence provinciale principale sur les relations de travail des fournisseurs de services. La fonction de NIL/TU,O est incontestablement provinciale.
5. Et même s’il est vrai que NIL/TU,O bénéficie de fonds fédéraux en vertu d’une directive sur le financement fédéral, d’un protocole d’entente intergouvernemental et de l’entente de 2004, cela ne la place pas au niveau de participation fédérale nécessaire pour démontrer que NIL/TU,O est une entreprise, un service ou une affaire de compétence fédérale. Comme dans l’arrêt *Four B*, où la Cour a conclu que des prêts et des subventions du fédéral ne font pas de la fabrication de chaussures une activité fédérale, le financement fédéral en l’espèce ne change pas la nature provinciale des activités de NIL/TU,O.
6. À mon avis, en reconnaissant et en confirmant les droits et le statut uniques des Autochtones dans le contexte de l’aide à l’enfance, en donnant expressément un sens pratique à ces droits et à ce statut, et en respectant expressément la culture et l’héritage des Autochtones, la *Child, Family and Community Service Act* de la Colombie‑Britannique représente un exercice du pouvoir législatif à la fois louable et imposé par la Constitution. Le fait que la prestation des services d’aide à l’enfance soit déléguée à des agences des Premières Nations démontre, de manière importante et positive, une reconnaissance publique des besoins particuliers des enfants et des familles autochtones. Il me semble s’agir là d’une initiative qui doit être encouragée dans la sphère de compétence provinciale et non pas entravée.
7. Le paysage constitutionnel actuel a pris une teinte de fédéralisme coopératif (*Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453, par. 162, le juge Iacobucci; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783; *Bande Kitkatla c. Colombie‑Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, 2002 CSC 31, [2002] 2 R.C.S. 146; *Fédération des producteurs de volailles du Québec c. Pelland*, 2005 CSC 20, [2005] 1 R.C.S. 292; *Banque canadienne de l’Ouest*, par. 21‑24; *Consolidated Fastfrate*, par.  29‑30). En adoptant une approche de coopération face au fédéralisme, il faut inévitablement accepter un chevauchement entre l’exercice des compétences fédérales et provinciales.
8. Les caractéristiques opérationnelles de NIL/TU,O ont pris la même teinte de fédéralisme coopératif. L’existence de l’agence tient à un effort concerté et complexe du regroupement des premières nations, du gouvernement de la Colombie‑Britannique et du gouvernement fédéral en vue de répondre aux besoins particuliers des enfants et des familles du regroupement des premières nations. Cet effort a abouti à un régime opérationnel exhaustif et intégré composé de la loi et des règlements constitutifs de NIL/TU,O, d’une entente de délégation tripartite, d’un protocole d’entente intergouvernemental, d’un ensemble de normes de pratique autochtones, d’une directive sur le financement fédéral et de la législation provinciale, le tout régissant la prestation des services d’aide à l’enfance par NIL/TU,O d’une manière qui respecte et protège les valeurs traditionnelles du regroupement des premières nations.
9. Aux termes du protocole d’entente et de l’entente tripartite, le gouvernement fédéral a activement approuvé la supervision, exercée par la province, de la prestation de services d’aide à l’enfance aux enfants autochtones de la province, y compris ceux que NIL/TU,O dispense au regroupement des premières nations. Je ne vois là ni une abdication, par le gouvernement fédéral, de ses responsabilités en matière de réglementation, ni une appropriation indue par le gouvernement provincial. Il s’agit plutôt d’un exemple du fédéralisme souple et coopératif à son meilleur.
10. La nature essentielle des activités de NIL/TU,O consiste à fournir des services aux enfants et aux familles, une question qui relève de la compétence provinciale. La présence de financement fédéral et le fait que les services de NIL/TU,O visent à répondre à des besoins précis sur le plan culturel ne changent pas, à mon avis, la nature manifestement provinciale de cette entité. La communauté visée par les activités de NIL/TU,O à titre d’agence d’aide à l’enfance ne change pas *ce* qu’elle fait, soit offrir des services d’aide à l’enfance. Les bénéficiaires visés peuvent et devraient sans doute influer sur la façon dont ces services sont rendus, mais ils ne changent rien au fait que la prestation de services d’aide à l’enfance, une entreprise provinciale, est essentiellement la fonction de NIL/TU,O.
11. De plus, ni la nature des activités de NIL/TU,O ni la jurisprudence n’exigent un examen portant sur l’« indianité » dans le cadre du présent pourvoi. Les principes établis dans *Four B* et dans *Northern Telecom* confirment de façon claire et concluante que NIL/TU,O est une entreprise provinciale. Au cours des quatre‑vingts‑cinq dernières années, la jurisprudence en matière de relations de travail confirme qu’il n’est pas nécessaire de procéder à une analyse supplémentaire ou différente. La présomption en faveur de la compétence provinciale en matière de relations de travail continue de s’appliquer en l’espèce.
12. Je suis donc d’avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie et Fish rendus par

La Juge en chef et le juge Fish —

1. L’appelante fournit des services d’aide à l’enfance aux enfants et aux familles autochtones de la Colombie‑Britannique. La question en litige dans le présent pourvoi est de savoir si les relations de travail de la société appelante sont régies par les textes législatifs provinciaux ou fédéraux. Habituellement, les provinces ont compétence en matière de relations de travail en vertu du par. 92(16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cependant, aux termes du par. 91(24), le gouvernement fédéral a compétence sur toute matière relative aux Indiens et aux terres réservées aux Indiens.
2. Les tribunaux et la Labour Relations Board n’étaient pas d’accord quant à savoir si le contenu indien des activités de NIL/TU,O relevait de la compétence fédérale en matière de relations de travail. La British Columbia Labour Relations Board a conclu que ce n’était pas le cas ((2006), 172 C.L.R.B.R. (2d) 174) et a accrédité le British Columbia Government and Service Exployees’ Union à titre d’agent négociateur de NIL/TU,O en vertu du *Labour Relations Code*,R.S.B.C. 1996, ch. 244. Après examen, la Cour suprême de la Colombie‑Britannique est arrivée une conclusion contraire (2007 BCSC 1080, 76 B.C.L.R. (4th) 322).  En appel, la Cour d’appel de la Colombie‑Britannique a conclu que les activités, les services ou la loi constitutive de NIL/TU,O n’écartaient pas la compétence provinciale à l’égard des relations de travail (2008 BCCA 333, 81 B.C.L.R. (4th) 318). Elle a donc résolu le conflit de compétence en faveur de la province.
3. Nous sommes d’accord avec la juge Abella pour dire que les lois ouvrières provinciales s’appliquent à l’appelante et que le pourvoi devrait être rejeté. Toutefois, la voie que nous employons pour parvenir à cette conclusion est quelque peu différente.
4. Nous prenons comme point de départ la règle générale suivant laquelle « les relations de travail comme telles et les termes d’un contrat de travail ne relèvent pas de la compétence du Parlement; les provinces ont une compétence exclusive dans ce domaine » : *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754, le juge Beetz, p. 768.
5. La règle générale comporte une exception à l’égard des activités qui font « partie intégrante de [la] compétence principale [du gouvernement fédéral] sur un autre sujet » *Construction Montcalm*, p. 768.
6. Dans l’arrêt *Construction Montcalm*,le juge Beetz a expliqué qu’il faut aborder la possibilité d’une exception à la compétence provinciale en se demandant si « les activités normales ou habituelles de l’affaire en tant qu’‘entreprise active’ » relèvent de la compétence principale du gouvernement fédéral sur une matière en particulier (p. 769). C’est ce qu’on appelle le critère fonctionnel.
7. Le critère fonctionnel nous permet donc de déterminer si le gouvernement fédéral a, en matière de relations de travail, une compétence exclusive sur une activité donnée. Comme la Cour l’a expliqué dans l’arrêt *Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d’Amérique*, [1980] 1 R.C.S. 1031, à la p. 1047 :

Le critère fonctionnel est une méthode particulière d’application d’une règle plus générale, savoir, que la compétence fédérale exclusive en matière de relations de travail n’existe que si l’on peut établir qu’elle fait partie intégrante de sa compétence principale sur une autre matière fédérale

L’application de ce critère aux activités « normales ou habituelles » d’une entité vise à déterminer si ces activités se rattachent au contenu essentiel d’un chef de compétence fédéral protégé aux termes de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Comme le juge Dickson (plus tard juge en chef) l’a affirmé dans l’arrêt *Northern Telecom Ltd. c. Travailleurs en communication du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 115, à la p. 133, l’examen porte sur « le lien pratique et fonctionnel entre [l’activité] et l’entreprise fédérale principale ».

1. Les parties ne contestent pas le fait qu’il a été décidé que le pouvoir fédéral sur les Indiens prévu au par. 91(24) comporte un contenu essentiel protégé de compétence fédérale que les lois provinciales ne peuvent toucher : voir *Paul c. Colombie‑Britannique (Forest Appeals Commission)*, 2003 CSC 55, [2003] 2 R.C.S. 585, et *Dick c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 309. Comme l’a écrit le juge en chef Lamer au nom de la majorité dans *Delgamuukw* *c. Colombie‑Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, au par. 181 :

comme je l’ai mentionné plus tôt, le par. 91(24) protège l’essentiel de la compétence du fédéral, même contre les lois provinciales d’application générale, par l’application du principe de l’exclusivité des compétences.  Il a été dit que ces éléments essentiels se rapportent à des questions touchant à la « quiddité indienne » ou au « fondement même de la quiddité indienne » (*Dick*, précité, aux pp. 326 et 315; voir aussi *Four B*, précité, à la p. 1047 et *Francis*, précité, aux pp. 1028 et 1029).

1. Contrairement à la juge Abella, nous concluons que la question principale est de savoir si les activités en cause relèvent du « contenu essentiel de l’indianité » protégé par le par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et par conséquent, de la compétence fédérale. Le point de départ est la règle générale suivant laquelle les questions de relations de travail relèvent de la compétence provinciale. La seule question est de savoir si la présente affaire est une exception à la règle, c’est à dire si l’application du critère fonctionnel permet de conclure que l’activité se rattache au contenu essentiel d’un pouvoir fédéral qui échappe à la législation provinciale. Le juge Dickson a résumé ainsi la question dans *Northern Telecom*, à la p. 133 :

il faut d’abord se demander s’il existe une entreprise fédérale principale et en étudier la portée. Puis, il faut étudier l’exploitation accessoire concernée, les « activités normales ou habituelles » de ce service en tant qu’« entreprise active » et le lien pratique et fonctionnel entre ces activités et l’entreprise fédérale principale.

1. Dans l’arrêt *Four B*, le juge Beetz a affirmé au nom de la Cour que le critère fonctionnel constitue simplement une méthode particulière d’application d’une règle plus générale suivant laquelle « la compétence fédérale exclusive en matière de relations de travail n’existe que si l’on peut établir qu’elle fait partie intégrante de sa compétence principale sur une autre matière fédérale » (p. 1047). Cependant, dans un autre passage, les motifs du juge Beetz laissent croire que le critère fonctionnel pourrait être une étape préliminaire en vue de déterminer si l’activité fait partie intégrante d’une compétence fédérale principale :

[v]u cette règle générale, et si l’on présume, pour les besoins de la cause, que le critère fonctionnel n’est pas décisif en l’espèce, la première question à laquelle il faut répondre pour se prononcer sur les prétentions de l’appelante est de savoir si le pouvoir de réglementer les relations de travail en question fait partie intégrante de la compétence fédérale principale sur les Indiens et les terres réservées aux Indiens. [p. 1047]

En appliquant le critère toutefois, le juge Beetz est passé directement à l’examen de la portée du « contenu essentiel de la quiddité indienne », et de la question de savoir si l’activité en cause se rattachait à ce contenu essentiel. Il a conclu que tel n’était pas le cas. Il a déclaré ce qui suit : « dire que la question à régler [. . .] est celle des droits civils des Indiens est une simplification excessive » (p. 1047). Puis il a ajouté : « cela ne met en jeu ni le statut d’Indien ni des droits si intimement liés au statut d’Indien qu’ils devraient en être considérés comme des accessoires indissociables » (p. 1047-1048).

1. Si l’on examine ensemble les arrêts *Construction Montcalm* (1979), *Northern Telecom* (1980), *Four B* (1080) et *Consolidated Fastfrate Inc. c. Western Canada Council of Teamsters*, 2009 CSC 53, [2009] 3 R.C.S. 407, nous ne voyons aucune raison de nous écarter de la thèse suivant laquelle la question principale est de savoir si l’entreprise, considérée fonctionnellement du point de vue de ses activités normales et habituelles, se rattache au contenu essentiel d’un chef de compétence fédéral, en l’espèce le par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.
2. À notre avis, la solution contraire ne résiste pas à l’examen. La juge Abella conclut que le contenu essentiel de l’indianité ne devrait être pris en compte que si le critère fonctionnel ne s’avère pas concluant. Mais l’élément essentiel du critère fonctionnel, décrit dans la jurisprudence depuis l’arrêt *Construction Montcalm*, est de savoir si la fonction se rattache au contenu essentiel d’un pouvoir fédéral; c’est dans ce cas seulement que sera écartée la présomption de compétence provinciale en matière de relations de travail. Le critère en deux étapes que propose notre collègue signifierait que la compétence en matière de relations de travail serait dans bien des cas déterminée avant que l’on ait examiné la compétence en vertu du par. 91(24). Avec égards, cette solution anéantit le critère fonctionnel tel que le conçoit la jurisprudence puisque la compétence en matière de relations de travail est tranchée sans que soit examinée la compétence fédérale. Une fois le tribunal convaincu qu’à première vue, les activités normales d’une entreprise *semblent de nature provinciale*, il n’aurait pas à pousser plus loin l’analyse.
3. La compétence fédérale serait niée dès lors qu’il ne serait pas tenu compte du par. 91(24). À l’inverse, accepter que tout aspect autochtone suffit pour que s’applique la compétence fédérale menacerait d’engloutir la présomption de compétence provinciale sur les relations de travail. La démarche qui s’impose consiste simplement à se demander, comme on l’a fait systématiquement dans les décisions antérieures, si les activités normales et habituelles de l’entreprise indienne en cause, considérées d’un point de vue fonctionnel, se rattachent au contenu essentiel du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.
4. L’analyse fonctionnelle des activités de l’entreprise ne constitue pas une étape préliminaire; elle permet plutôt de répondre à la question de savoir si l’activité relève du contenu essentiel protégé. Bien que la Cour ait indiqué, dans l’arrêt *Banque canadienne de l’Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3, qu’il faut se garder de s’enfermer dans « une analyse plutôt abstraite du ‘contenu essentiel’ et des éléments ‘vitaux et essentiels’ » lorsque cela aurait « peu d’utilité en pratique », la Cour a tout de même signalé qu’une telle analyse pourrait s’avérer nécessaire pour les « situations déjà traitées dans la jurisprudence » et, en particulier, relativement « aux chefs de compétence qui concernent les choses, personnes ou entreprises fédérales » (par. 76‑77). Dans les circonstances, suivant le cadre d’analyse proposé par le juge Dickson dans *Northern Telecom*, la première étape consiste à déterminer la portée de l’entreprise fédérale principale ou du pouvoir fédéral principal. Cela fait, il faut se demander si les activités de l’entreprise, considérées d’un point de vue fonctionnel, relèvent de ce pouvoir.

I.  Portée du contenu essentiel du paragraphe 91(24)

1. Suivant le cadre proposé par le juge Dickson dans *Northern Telecom*, la première question qui se pose concerne la portée du contenu essentiel protégé du pouvoir fédéral en cause. En l’espèce, il s’agit du pouvoir fédéral relatif aux Indiens prévu au par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.
2. Le critère fondamental a été énoncé dans un certain nombre de décisions.  La question essentielle est de savoir si une entreprise, un service ou une affaire auxquels la loi ouvrière provinciale pourrait s’appliquer est de compétence fédérale, si l’on envisage d’un point de vue fonctionnel la nature de l’entreprise : *Northern Telecom*.
3. Dans *Four B*, notre Cour a conclu que le caractère indien d’une entreprise et son impact économique sur la collectivité étaient insuffisants pour que cette entreprise soit considérée comme une entreprise fédérale et pour qu’elle relève du contenu essentiel que protège le par. 91(24). Selon la majorité, pour que les lois ouvrières fédérales s’appliquent, les activités doivent être « si intimement lié[e]s au statut indien qu’[elles] devraient en être considéré[e]s comme des accessoires indissociables » (p. 1048). En appliquant ce critère — que l’on peut appeler le critère relatif au « statut » — la Cour à la majorité a rejeté l’argument selon lequel une société fabriquant des empeignes de souliers appartenant aux Indiens et exploitée par les Indiens sur la réserve constituait une entreprise fédérale relevant du contenu essentiel du par. 91(24), écartant ainsi la présomption voulant que les lois ouvrières provinciales s’appliquent. Le juge Beetz a écrit ce qui suit au nom de la majorité :

[r]ien dans l’affaire ou l’exploitation de *Four B* ne pourrait permettre de la considérer comme une affaire de compétence fédérale : la couture d’empeignes sur des souliers de sport est une activité industrielle ordinaire qui relève nettement du pouvoir législatif provincial sur les relations de travail. Ni la propriété de l’entreprise par des actionnaires indiens, ni l’embauchage par cette entreprise d’une majorité d’employés indiens, ni l’exploitation de cette entreprise sur une réserve indienne en vertu d’un permis fédéral, ni le prêt et les subventions du fédéral, pris séparément ou ensemble, ne peuvent avoir d’effet sur la nature de l’exploitation de cette entreprise. Donc, compte tenu du critère fonctionnel et traditionnel, *The Labour Relations Act* [de l’Ontario] s’applique aux faits de l’espèce et la *Commission* [des relations de travail de l’Ontario] a compétence.

. . .

Par ses termes, l’article 108 du *Code [canadien du travail]* vise des activités, des opérations ou des fonctions fédérales et non la situation de personnes, [. . .] [telles les Indiens], qui pourraient être considérées comme des personnes « fédérales », ni leurs relations.

. . .

[C]ela ne met en jeu ni le statut d’Indien ni des droits si intimement liés au statut d’Indien qu’ils devraient en être considérés comme des accessoires indissociables comme, par exemple, la possibilité d’être enregistré, la qualité de membre d’une bande, le droit de participer à l’élection des chefs et des conseils de bande, les privilèges relatifs à la réserve, etc. Pour cette raison je conclus que le pouvoir de réglementer les relations de travail en question ne fait pas partie intégrante de la compétence fédérale principale sur les Indiens ou les terres réservées aux Indiens.  [Je souligne; p. 1046‑1051.]

En soulignant la nature opérationnelle et la fonction de l’entreprise, le juge Beetz a alors expressément exclu un certain nombre de considérations qui n’étaient pas déterminantes : la propriété autochtone, le rapport entre les employés autochtones et non autochtones, l’endroit où était située l’entreprise sur les terres de la réserve, l’exploitation en vertu d’un permis fédéral et les prêts ou subventions du fédéral.

1. L’appelante prétend que le critère appliqué dans *Four B* a été écarté par la décision de notre Cour dans *Delgamuukw*. Nous ne sommes pas d’accord. L’arrêt *Delgamuukw* n’exclut aucunement l’application du critère fonctionnel en raison du caractère fédéral de l’entreprise, du service ou de l’affaire. Citant la définition de ce qu’est et ce que n’est pas le contenu essentiel du par. 91(24), le juge Lamer, au nom de la majorité dans *Delgamuukw*, a écrit ce qui suit :

On a défini l’essentiel de l’indianité qui est au coeur du par. 91(24) en disant ce qu’il est et en disant ce qu’il n’est pas.  Dans des exemples de cette dernière situation, on a statué que l’essentiel de l’indianité ne comprenait pas les relations de travail (*Four B*) ni la conduite de véhicules à moteur (*Francis*). Le seul exemple concret d’indianité a été donné dans l’arrêt *Dick*. S’exprimant au nom de la Cour, le juge Beetz a tenu pour acquis, sans toutefois se prononcer sur la question, qu’une loi provinciale en matière de chasse ne s’appliquait pas d’elle‑même aux membres d’une bande indienne lorsqu’ils chassent parce que ces activités étaient « au coeur même de leur existence et de leur être » ([*Dick*] à la p. 320). [Je souligne; par. 181.]

Dans cet extrait, le renvoi à l’arrêt *Four B* est simplement une déclaration factuelle quant à la conclusion tirée *dans cet arrêt*. Cela ne signifie pas que les entreprises ou les affaires des Indiens ne peuvent jamais relever du gouvernement fédéral et être régies par les lois ouvrières fédérales.

1. Cela nous ramène au critère relatif au « statut » proposé dans *Four B*. Suivant ce critère, pour qu’une entreprise, jugée par ses activités normales et habituelles, soit englobée dans le contenu essentiel du par. 91(24) de façon à écarter les lois ouvrières provinciales, elle doit être liée au statut et aux droits des Indiens.  Elle doit être « au coeur même de leur existence et de leur être ».
2. À première vue, ce critère semble simple. Cependant, certains tribunaux ont adopté une interprétation plus large, considérant les activités « normales ou habituelles » de l’entreprise en fonction de leur incidence culturelle sur les Indiens comme le critère permettant de déterminer ce qu’englobe le contenu essentiel de l’indianité que protège le par. 91(24). Par exemple, dans *Sagkeeng Alcohol Rehab Centre Inc. c. Abraham*, [1994] 3 C.F. 449 (1re inst.), la cour s’est demandée si la nature de l’exploitation avait une « quiddité ‘indienne’ » (p. 460). Dans *Bande indienne de Shubenacadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)* (2000), 37 C.H.R.R. D/466 (C.A.F.), par. 60, il suffisait de « promouvoir l’indianité » ou d’améliorer la situation des Indiens et de leurs familles; comme c’était le cas dans *Sappier* *c. Conseil de la bande de Tobique* (1988), 87 N.R. 1 (C.A.F.), *Qu’Appelle Indian Residential School Council c. Canada (Tribunal canadien des droits de la personne)*, [1988] 2 C.F. 226 (1re inst.), et *Westbank First Nation c. British Columbia (Labour Relations Board)* (1997), 39 C.L.R.B.R. (2d) 227 (C.S.C.‑B.).
3. Ainsi, en cour d’appel, le juge Groberman a décrit deux courants jurisprudentiels distincts sur la question de savoir à quel moment les activités des Indiens sont régies par les lois ouvrières fédérales.  Selon le premier courant, lequel comprend presque exclusivement des décisions rendues par les cours fédérales, lorsqu’une entreprise est importante pour une première nation ou pour ses membres, ou que ses activités sont influencées par la culture des Premières Nations, ses relations de travail sont de compétence fédérale. Le deuxième courant, principalement formé de décisions des cours supérieures provinciales, adopte une approche plus restrictive, limitant la compétence fédérale protégée aux cas où les activités normales et habituelles de l’entreprise indienne touchent des aspects essentiels du statut d’Indien ou sont exercées en vertu du pouvoir fédéral délégué.
4. Nous préférons l’interprétation plus restrictive, selon laquelle les activités sont considérées comme fédérales et relèvent du contenu essentiel, de sorte qu’elles sont assujetties aux lois ouvrières fédérales.  D’abord, cette interprétation reflète plus précisément le critère énoncé dans *Four B*. Ensuite, elle respecte une plus grande partie de la jurisprudence concernant les aspects de l’indianité qui justifient la compétence fédérale exclusive. Lorsqu’on examine des questions en matière de relations de travail, il est préférable de s’en tenir aux paramètres historiques de l’indianité, comme il est indiqué dans *Banque canadienne de l’Ouest*, au par. 61. Pour définir ces paramètres, il est utile de reprendre les propos du juge Gonthier dans *Commission de transport de la Communauté urbaine de Québec c. Canada (Commission des champs de bataille nationaux)*, [1990] 2 R.C.S. 838, p. 853 :

C’est la responsabilité fédérale fondamentale à l’égard d’une chose ou d’une personne qui détermine ses dimensions spécifiquement fédérales, celles qui font partie intégrante de la compétence fédérale exclusive sur cette chose ou cette personne. Par exemple, la spécificité fédérale des Indiens a été décrite par les expressions « quiddité indienne » ou « statut et droits des Indiens », qui traduisent la responsabilité fédérale fondamentale à leur égard dans le contexte constitutionnel et historique canadien. Par exemple, une loi provinciale sur la chasse ne peut s’appliquer à des Indiens dans la mesure où elle atteint leur statut en tant qu’Indiens, alors que le droit provincial sur les relations de travail peut s’appliquer aux Indiens dans la mesure où il ne touche pas la quiddité indienne. [Je souligne.]

1. Nous pouvons donc conclure que le contenu essentiel, ou le « contenu minimum élémentaire et irréductible » de la compétence fédérale sur les « Indiens » au par. 91(24) est défini comme les matières qui sont liées au statut et aux droits des Indiens. Lorsque leur statut ou leurs droits sont concernés, les Indiens sont des « personnes » fédérales, réglementées par les lois fédérales : voir *Banque canadienne de l’Ouest*, par. 60.
2. Ainsi, une loi provinciale d’application générale s’appliquera, d’elle‑même et en vertu de l’art. 88 de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5, aux entreprises, affaires ou services indiens, qu’ils soient ou non situés sur une réserve, *sauf* si la loi porte atteinte aux fonctions de l’entreprise qui sont intimement liées au statut et aux droits des Indiens. Les arrêts suivants de notre Cour illustrent les matières qui peuvent être liées au statut et aux droits des Indien :

· le statut d’Indien : *Parents naturels c. Superintendent of Child Welfare,* [1976] 2 R.C.S. 751, le juge en chef Laskin rédigeant en son nom et au nom de trois autres juges aux p. 760 et 761, et le juge Beetz, rédigeant en son nom et au nom du juge Pigeon, à la p. 787;

· les « relations au sein des familles indiennes et des collectivités vivant dans les réserves » : *Banque canadienne de l’Ouest*, par. 61.

· les « droits si intimement liés au statut d’Indien qu’ils devraient en être considérés comme des accessoires indissociables comme, par exemple, la possibilité d’être enregistré, la qualité de membre d’une bande, le droit de participer à l’élection des chefs et des conseils de bande, les privilèges relatifs à la réserve, etc. » : *Four B*, p. 1048.

· l’occupation de la résidence familiale située sur une réserve : *Paul c. Paul*, [1986] 1 R.C.S. 306;

· le droit à la possession de terres sur une réserve et, par conséquent, le partage des biens familiaux sur des terres réservées : *Derrickson c. Derrickson*, [1986] 1 R.C.S. 285, p. 296;

· la chasse de subsistance en vertu des droits ancestraux et issus de traités, comme le fait de tuer un cerf pour se nourrir : *Dick*;

· le droit de revendiquer l’existence ou l’étendue du titre ou des droits ancestraux relativement à des ressources ou des terres contestées : *Delgamuukw* et *Bande Kitkatla c. Colombie‑Britannique (Ministre des Petites et moyennes entreprises, du Tourisme et de la Culture)*, 2002 CSC 31, [2002] 2 R.C.S. 146; et

· l’application des règles constitutionnelles et fédérales relatives aux droits ancestraux : *Paul c. Colombie‑Britannique*, entre autres décisions.

1. Ces exemples montrent clairement que l’analyse repose entièrement sur la question de savoir si la nature de l’entreprise et ses activités normales, plutôt que les personnes qui participent à l’entreprise ou l’identité culturelle de celles qui peuvent être concernées, ont trait à ce qui fait que les Indiens sont des personnes fédérales, suivant la nature de leur existence et de leur être : *Dick*; *Delgamuukw*.
2. Il faut reconnaître que la portée du contenu essentiel du par. 91(24) est étroite. Il doit cependant en être ainsi. Ce critère étroit applicable aux situations où les activités touchent le contenu essentiel de l’indianité réservé au gouvernement fédéral est compatible avec le courant jurisprudentiel dominant depuis l’arrêt *Four B*, ainsi qu’avec l’approche modérée à l’égard de la doctrine de l’exclusivité des compétences adoptée par notre Cour dans des arrêts récents.  Il reconnaît que les Indiens font partie de la population générale et que, par conséquent, dans le cadre de leurs activités quotidiennes, ils sont assujettis aux lois provinciales d’application générale : *Banque canadienne de l’Ouest*, par. 61. Ce n’est que lorsque l’activité est si entièrement liée à ce qui fait que les Indiens et les terres réservées aux Indiens sont une responsabilité fédérale fondamentale qu’elle devient une partie intrinsèque de la compétence fédérale exclusive, de sorte que le pouvoir législatif provincial est exclu.

II.  Les activités normales ou habituelles de NIL/TU,O

1. La question est de savoir si les activités normales et habituelles de l’entreprise indienne en cause sont liées au statut et aux droits des Indiens, qui traduisent la responsabilité fédérale fondamentale à leur égard dans le contexte constitutionnel et historique du Canada. Les lois ouvrières provinciales ne peuvent être écartées que si les activités normales et habituelles de l’entreprise ont un lien direct avec ce qui fait que les Indiens sont des personnes fédérales en vertu de leur statut ou de leurs droits, dans la mesure où les lois provinciales auraient pour effet d’entraver cette entreprise essentiellement fédérale.
2. En l’espèce, la question est de savoir si les services d’aide à l’enfance offerts par l’appelante, considérés en fonction de ses activités normales et habituelles, sont au coeur du statut et des droits des Indiens, de sorte qu’ils relèvent du contenu essentiel du pouvoir fédéral sur les Indiens.  Si les activités normales et habituelles de l’entreprise ne sont pas intimement liées aux droits et pouvoirs essentiels inhérents au statut d’Indien, aux droits ancestraux et issus de traités, ou à un pouvoir sur les Indiens délégué par le fédéral, l’entreprise continue de relever de la compétence provinciale, peu importe qu’elle ait des répercussions sur les Indiens, leur culture et leurs valeurs.
3. La fonction de NIL/TU,O consiste en la prestation de services d’aide à l’enfance dans le cadre du réseau provincial des organismes offrant des services semblables.  Les activités normales et habituelles de NIL/TU,O ne concernent pas les questions de statut ou de droits des Indiens.  Par conséquent, les services d’aide à l’enfance ne peuvent être considérés comme des activités fédérales.
4. Cette conclusion ne va pas à l’encontre du fait que le gouvernement fédéral a conclu, avec la province de la Colombie‑Britannique et NIL/TU,O une entente intergouvernementale qui oblige la province, en échange de financement et du remboursement des dépenses engagées par la province, à offrir dans les réserves des services dispensés par NIL/TU,O.  Le gouvernement fédéral a délégué à la province sa responsabilité de fournir des services d’aide à l’enfance dans les réserves et a accepté de financer partiellement la prestation de ces services dans la mesure où ils sont assujettis aux lois provinciales.  NIL/TU,O, en tant que prestataire de ces services, est donc liée par les lois provinciales applicables.
5. Comme les services offerts par NIL/TU,O ne touchent aucune des facettes de l’indianité pouvant la faire relever de la compétence fédérale, les activités de NIL/TU,O ne peuvent être considérées comme des activités fédérales.  Le fait que la prestation des services de NIL/TU,O soit adaptée à la culture et aux valeurs des Autochtones ne change en rien les fonctions fondamentales de l’entreprise. En cela, nous sommes d’accord avec la juge Abella.
6. On a soutenu que, parce que les services de l’appelante visent à préserver l’identité culturelle des enfants autochtones et à confirmer leurs traditions et leurs valeurs, les activités touchent le contenu essentiel de l’existence des Indiens, et que pour cette raison, il faut faire une distinction avec l’arrêt *Four B*, où l’activité était la fabrication d’empeignes de cuir. Toutefois, cela revient à examiner l’effet accessoire de l’activité plutôt que la nature opérationnelle de l’entreprise elle‑même. Il ressort clairement de *Four B* qu’il faut examiner l’activité exercée, et non l’objet ou l’effet de l’entreprise.
7. Le fait que NIL/TU,O emploie des Indiens et qu’elle cherche à assurer le bien‑être des enfants indiens d’une manière adaptée à leur culture dans le but d’enrichir leur identité autochtone et de préserver les valeurs autochtones ne modifie en rien sa fonction essentielle — la prestation de services d’aide à l’enfance. Comme l’affirme la juge Abella, l’organisation est supervisée par la province et est assujettie à la réglementation, au financement et à la gestion de la province. La prestation de services d’aide à l’enfance constitue son activité normale et principale. La règle selon laquelle les activités exercées par des Indiens à l’intérieur d’une province sont assujetties aux lois provinciales généralement applicables n’est pas écartée par la doctrine de l’exclusivité des compétences puisque les activités, d’un point de vue fonctionnel, ne touchent pas le contenu essentiel que protège le par. 91(24).
8. De plus, le fait que les services offerts par NIL/TU,O ont une incidence sur les rapports familiaux chez les Autochtones ne signifie pas que ses activités relèvent du gouvernement fédéral.  L’arrêt *Parents naturels*, sur lequel on appuie cette thèse, portait sur les lois provinciales en matière d’adoption qui risquaient de priver l’enfant indien de son statut d’Indien. Cet arrêt ne s’applique pas en l’espèce puisque les activités de NIL/TU,O n’ont aucune incidence sur le statut d’Indien.

II.  Conclusion

1. Nous sommes d’avis de confirmer le jugement de la Cour d’appel de la Colombie‑Britannique et de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs de l’appelante : Lawson Lundell, Vancouver.*

*Procureur de l’intimé : British Columbia Government and Service Employees’ Union, Burnaby.*

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

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

*Procureur de l’intervenante la procureure générale du Québec : Procureure générale du Québec, Québec.*

*Procureur de l’intervenant le procureur général du Nouveau‑Brunswick : Procureur général du Nouveau‑Brunswick, Fredericton.*

*Procureur de l’intervenant le procureur général du Manitoba : Procureur général du Manitoba, Winnipeg.*

*Procureur de l’intervenant le procureur général de la Colombie‑Britannique : Procureur général de la Colombie‑Britannique, Victoria.*

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

*Procureur de l’intervenante British Columbia Labour Relations Board : British Columbia Labour Relations Board, Vancouver.*

*Procureur de l’intervenante la Commission canadienne des droits de la personne : Commission canadienne des droits de la personne, Ottawa.*

*Procureurs de l’intervenante Kwumut Lelum Child and Family Services Society : Devlin Gailus, Victoria.*

*Procureurs de l’intervenant le Conseil des Mohawks d’Akwesasne : Emond Harnden, Ottawa.*

*Procureurs des intervenantes l’Assemblée des Premières Nations du Québec et du Labrador et la Commission de la santé et des services sociaux des Premières Nations du Québec et du Labrador : Dionne Schulze, Montréal.*

*Procureurs de l’intervenant le Sommet des Premières Nations : Pape Salter Teillet, Vancouver.*

*Procureurs de l’intervenante Nations Te’Mexw : Janes Freedman Kyle Law Corporation, Victoria.*

1. \* Voir Erratum [2012] 1 R.C.S. iv [↑](#footnote-ref-1)