

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

23-22-CA

NEW BRUNSWICK LOTTERIES AND
GAMING CORPORATION, and THE
PROVINCE OF NEW BRUNSWICK as
represented by THE MINISTER OF FINANCE

LA SOCIÉTÉ DES LOTERIES ET DES
JEUX DU NOUVEAU-BRUNSWICK et
PROVINCE DU NOUVEAU-BRUNSWICK,
représentée par LE MINISTRE DES
FINANCES

APPELLANTS

APPELANTES

- and -

- et -

MADAWASKA FIRST NATION

PREMIÈRE NATION DE MADAWASKA

RESPONDENT

INTIMÉE

New Brunswick Lotteries and Gaming
Corporation et al. v. Madawaska First Nation,
2023 NBCA 1

La Société des loteries et des jeux du Nouveau-
Brunswick et autre c. Première Nation de
Madawaska, 2023 NBCA 1

CORAM:

The Honourable Justice Drapeau
The Honourable Justice French
The Honourable Justice LeBlond

CORAM :

l'honorable juge Drapeau
l'honorable juge French
l'honorable juge LeBlond

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
February 25, 2022

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
le 25 février 2022

History of Case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:
2022 NBQB 48

Décision frappée d'appel :
2022 NBBR 48

Preliminary or incidental proceedings:
None

Procédures préliminaires ou accessoires :
aucune

Appeal heard:
June 28, 2022

Appel entendu :
le 28 juin 2022

Judgment rendered:
January 12, 2023

Jugement rendu :
le 12 janvier 2023

Reasons for judgment:
The Honourable Justice French

Motifs de jugement :
l'honorable juge French

Concurred in by:
The Honourable Justice Drapeau
The Honourable Justice LeBlond

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge Drapeau
l'honorable juge LeBlond

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellants:
Michael Leonard Hynes and E. Rose Campbell

Pour les appelantes :
Michael Leonard Hynes et E. Rose Campbell

For the respondent:
Nick Kennedy and Sarah Glickman

Pour l'intimée :
Nick Kennedy et Sarah Glickman

THE COURT

LA COUR

The appeal is allowed solely for the purpose of varying para. 2 of the Judgment Following Hearing or Trial to set aside the referral back and order the New Brunswick Lotteries and Gaming Corporation pay Madawaska First Nation 95% of the net profits of the Corporation, after provision for prizes and the payment of expenses, from video gaming devices used at the casino on Madawaska's reserve. The Appellants shall pay one set of costs on appeal in the amount of \$5,000.

L'appel est accueilli uniquement pour modifier le par. 2 du jugement rendu à l'issue de l'audience ou du procès en annulant le renvoi et en ordonnant à la Société des loteries et des jeux du Nouveau-Brunswick de payer à la Première Nation de Madawaska 95 % des profits nets de la Société, après affectation des sommes nécessaires au paiement des prix et à l'acquittement des frais, provenant des appareils de jeux vidéo utilisés au casino sur la réserve de Madawaska. Les appelantes sont tenues de payer une masse de dépens en appel de 5 000 \$.

The judgment of the Court was delivered by

FRENCH, J.A.

I. Overview and Issues

[1] The dispute in this appeal stems from the New Brunswick Lotteries and Gaming Corporation's conclusion that it has no ability or obligation under s. 24 of the *Gaming Control Act*, S.N.B. 2008, c G-1.5, to pay the Madawaska First Nation a share of the profit generated from gaming conducted on video gaming devices at the casino on its reserve. On judicial review, the application judge disagreed.

[2] In s. 24, "band" and "reserve" are defined by incorporating the definitions of those words from the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5; however, in place of "band," I will use First Nation and I will refer to the respondent, Madawaska First Nation, as Madawaska.

[3] Consistent with the purpose of regulating gaming in the province, the provisions of the *Gaming Control Act* are predominately of general application; however, as its legislative history indicates, the object of s. 24 is more targeted and its application is much more limited.

[4] A legislative provision respecting profit-sharing generated from gaming conducted on a First Nation's reserve was first enacted in 1996, as a discrete amendment to the *Lotteries Act*, S.N.B. 1976, c. L-13.1. Section 11.2 was the legislated response to the Province of New Brunswick having entered into agreements with various First Nations in 1995. These agreements, which were commonly called Revenue Sharing Agreements, included a framework for a further, future agreement regarding gaming on a First Nation's reserve and sharing of the profit from such gaming, which are called Self-Licensing Agreements. Parenthetically, this was only one small part of Revenue Sharing Agreements. They predominantly focussed on the Province's agreement to pay First

Nations, straight away, 95% of the tobacco, gasoline and sales taxes collected from sales on reserves to individuals other than Status Indians.

[5] To accommodate the Self-Licensing Agreements, s. 11.2(1) authorized the Minister of Finance to enter into an agreement with a First Nation respecting the operation of gaming on its reserve, and s. 11.2(4) stated that (1) the Minister may pay the First Nation in respect of “any breakopen tickets” used on the reserve (s. 11.2(4)(a)), and (2) the Lotteries Commission may pay the First Nation 95% of net profits from gaming “on the band’s reserve that utilizes video gaming devices” (emphasis added; s. 11.2(4)(b)).

[6] In 2007, the Province and Madawaska entered into the prescribed agreement respecting on-reserve gaming, as permitted by s. 11.2(1). Since then, the Minister has paid Madawaska for “breakopen tickets” used on the reserve, and, since April 2008, the Lotteries Commission (now the New Brunswick Lotteries and Gaming Corporation) has paid Madawaska 95% of the net profit from video lottery terminals on the reserve that were managed by the Atlantic Lottery Corporation (“the ALC”).

[7] In 2008, the *Gaming Control Act* was enacted, repealing the *Lotteries Act* and providing, among other things, for the operation of casinos in New Brunswick. The key regulations under the new *Act* included the *Casino Regulation*, N.B. Reg. 2009-24, and the *Video Lottery Scheme Regulation*, N.B. Reg. 2008-112, which was largely the same as the prior *Video Lottery Scheme Regulation*, N.B. Reg. 90-142, under the *Lotteries Act*. Importantly for this case, s. 11.2 was continued as s. 24, unchanged in any material respect. Indeed, like s. 11.2(4)(b), s. 24(5)(b) provides that the New Brunswick Lotteries and Gaming Corporation may pay a First Nation 95% of net profits from gaming “on the band’s reserve that utilizes video gaming devices” (emphasis added).

[8] Madawaska’s 95% share of the net profit from video lottery terminals on its reserve was considerable. In 2015, it received over 1.8 million dollars. However, after a casino opened on the reserve in 2015, the income paid by the Gaming Corporation was reduced to less than 1.3 million (in 2017) and, after the ALC removed the last of its 35

video lottery terminals, the income paid by the Gaming Corporation was reduced to less than \$10,000 (in 2018).

[9] In July 2019, Madawaska asked the Gaming Corporation to share, pursuant to s. 24(5)(b), the net profit from “video gaming devices” used on its reserve at the casino. It maintained devices used at the casino were the same type as those used by the ALC and for which profit had been shared.

[10] Neither the *Gaming Control Act*, nor the *Video Lottery Scheme Regulation*, nor the *Casino Regulation* define “video gaming devices” or “video lottery terminals.” Similarly, these terms were not defined under the *Lotteries Act* or its regulations.

[11] In October 2019, the Gaming Corporation advised Madawaska that it could not share profit from gaming devices used in casinos because they were not “video gaming devices” within the meaning of s. 24(5)(b); it interpreted “video gaming devices” as intended to only include devices that were part of the “video lottery scheme” managed by the ALC under the *Video Lottery Scheme Regulation*.

[12] The following day, Madawaska asked for a meeting with the Gaming Corporation to discuss their different interpretations of “video gaming devices” for the purposes of s. 24(5)(b) and, failing a change in the Corporation’s position, to discuss having their different views adjudicated under the arbitration provision of Madawaska’s agreement with the Province. In a written response, the Gaming Corporation later reported that the issue would be raised with its Board. The Corporation later advised that the issue raised by Madawaska was on the agenda for its December 5th Board meeting.

[13] In December 2019, Madawaska was advised by email that there would not be a meeting to discuss the issue as the Gaming Corporation had, “after further analysis [...] and consideration by the members of the Board,” confirmed its view that “video gaming devices” within the meaning of s. 24(5)(b) did not include gaming devices used at a casino. In January 2020, it issued a letter to the same effect.

[14] Madawaska filed an application for judicial review of the January 2020 decision. In its Notice of Application, Madawaska asserted the application was commenced within the time required for doing so and it requested, in the alternative, an order extending the time pursuant to Rule 69.03 of the *Rules of Court*. The Appellants filed a motion asking that the application be dismissed for not being commenced within three months of the Gaming Corporation's October 2019 letter.

[15] Based on the January 2020 letter, the application judge decided the application was commenced in the time required under Rule 69.03 and, as a result, he did not address Madawaska's alternate request for an order extending time. Whether the disagreement over the Gaming Corporation's position on its ability to pay under s. 24(5)(b) could have been dealt with as part of an application for the interpretation of a statute, under Rule 16, or as an action for the recovery of an amount due, was not raised.

[16] Additionally, the judge found the Gaming Corporation's refusal to pay, based on its conclusion that s. 24(5)(b) did not provide the authority to do so, was unreasonable:

Profits from the VLTs at the Madawaska Entertainment Centre were shared with Madawaska up until the 35 machines were removed after the establishment of the Grey Rock Casino. The Grey Rock Casino is the first (and only) casino to be established on a reserve. In my view, if the Province wished to discontinue sharing profits with Madawaska from devices that, on their face are "video gaming devices", it had an obligation to do so explicitly. This could have been done in two ways. First, the *GCA* [*Gaming Control Act*] could have been amended to distinguish between lottery schemes at casinos and other lottery schemes. No such "carving out" was done. Second, the *GCA* could have been amended to define "video gaming devices" to exclude those devices utilized at a casino (i.e. electronic gaming equipment). This too was not done.

Instead the Province seeks to rely on s. 6 of the *Video Lottery Scheme Regulation* to import that definition into the *GCA*. I reject the Province's position. Section 6 of the

Video Lottery Scheme Regulation does not define “video gaming devices”. Rather, it sets out a list of characteristics that a “video gaming device used in a video lottery scheme” must have. It does not stipulate what characteristics are required for casino gaming machines. I reject the argument that, by necessary implication, machines utilized at the Grey Rock Casino that do not have those same characteristics are not “video gaming devices”.

[...]

Finally, the Gaming Corporation relied on the term “electronic gaming equipment” found in the *Casino Regulation* to limit the scope of its profit-sharing authority. My comments respecting the use of s. 6 of the *Video Lottery Scheme Regulation* to limit the statutory power found in s. 24(5)(b) apply equally to this purported use of the *Casino Regulation*. In any event, on its face, and in light of all the foregoing, the casino equipment falls within the definition of “electronic gaming equipment” being “equipment for playing of lottery schemes on or through computers or video devices”.

[...]

Section 24(5)(b) of the *GCA* empowers the Gaming Corporation to share profits from a lottery scheme on a First Nation reserve that utilizes “video gaming devices”. The term “video gaming devices” is not defined anywhere in the legislative scheme. The *Casino Regulation*, however, defines “electronic gaming equipment” as “equipment for the playing of lottery schemes on or through computers or video devices”. Considering the plain and ordinary meaning of those words, “electronic gaming equipment” includes “video gaming devices”. As Grey Rock Casino utilizes “electronic gaming devices” that are “video gaming devices” section 24(5)(b) of the *GCA* authorizes the Gaming Corporation to share profits with Madawaska.

[Emphasis added; paras. 66-67, 71 and 74]

[17] Having concluded the Gaming Corporation had the authority to share the net profit from devices at the casino, he referred the matter back to the Gaming Corporation:

[...] The matter is remitted back to the Gaming Corporation with a direction that it share gaming profits from the Grey

Rock Casino with Madawaska in accordance with the provisions of s. 24(5)(b) of the GCA and provided Madawaska meets the conditions thereof. [para. 77]

II. Issues on Appeal

[18] The Gaming Corporation and the Province, as represented by the Minister of Finance, appealed. They contend the judge erred in:

- 1) finding as a fact that the decision for which Madawaska sought judicial review was made in January 2020;
- 2) finding the Gaming Corporation had the statutory authority to share casino gaming profits under s. 24(5)(b) by:
 - a) failing to properly apply the reasonableness standard to the Corporation's determination that the devices at the casino "are not video gaming devices for the purposes" of s. 24(5)(b); and
 - b) (i) "failing to recognize the expertise of the [Corporation] in the interpretation of its home statute," (ii) "failing to recognize the deference that should be accorded to [its] decision that it did not have statutory authority to [...] share casino gambling profits" under s. 24(5)(b), and (iii) "applying, in effect, the correctness standard in his review of the decision"; and
- 3) directing the Gaming Corporation (on remitting the matter back) to share casino gaming profits, "thereby depriving the [Corporation] of its right to exercise [its residual statutory] discretion whether to share such profits under" s. 24(5)(b).

[19] I would dismiss the appeal. First, there is no reversible error in the judge's determination that Madawaska's application was commenced in time based on the

Gaming Corporation's written representation (of October 7, 2019) that it would address Madawaska's request to meet and be heard on the interpretation of s. 24(5)(b) and, alternatively, on the issue of arbitration. Additionally, although the judge determined neither: (1) Madawaska's submission that the October 2019 communication was not final; nor (2) its request, if necessary, for an order extending the time to commence its application, had I concluded the application judge erred, I would have determined those issues in favour of Madawaska, either of which would have resulted in a determination that its application was commenced in time.

[20] Second, the application judge did not "effectively" undertake a correctness review, as the Appellants contend. He reviewed the decision for reasonableness and, applying *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653, he appropriately considered the statutory framework within which the decision was made. Neither the expertise of the Gaming Corporation nor the deference owed to its assessment of its own statute provide a basis for disregarding the plain language of s. 24(5)(b), which is consistent with a contextual reading of the provision in view of the scheme of the *Gaming Control Act* and its regulations. Further, there is no error in his determination that the Gaming Corporation's decision was not reasonable because the Corporation's interpretation of the provision is not justifiable.

[21] Lastly, the application judge did not decide that the Gaming Corporation has no residual discretion under s. 24(5)(b) to refuse to pay Madawaska. However, on appeal, Madawaska asked this Court to order the Gaming Corporation pay since it has no residual discretion under s. 24(5) that permits it to refuse to pay – a position it advanced before the application judge but was not addressed. Since this Court is in as good a position to decide the issue, rather than remit the matter back to the application judge, I would make the decision that ought to have been made on the record before him. In my opinion, the Gaming Commission does not have the residual discretion it claims, and Madawaska ought to be paid its share of the net profit for the video gaming devices at the casino.

III. Analysis

[22] I will first address the Appellants' challenge to the application judge's finding that the Gaming Commission's interpretation of s. 24(5)(b) was not reasonable.

A. *Did the judge err in finding that the Gaming Corporation's interpretation of "video gaming devices" was unreasonable?*

[23] In an appeal from a decision disposing of an application for judicial review, an appeal court is required to place itself in the shoes of the application judge; as recently stated in *Regional Health Authority B, doing business as Horizon Health Network v. Dr. deVries*, 2022 NBCA 20, [2022] N.B.J. No. 94 (QL):

Typically, when reviewing a judicial review decision, this Court's role is to determine whether the application judge chose the correct standard of review and applied it properly: *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559, at paras. 45-47; *Ayotte v. Université de Moncton*, 2021 NBCA 15, [2021] N.B.J. No. 70 (QL), at para. 18. [para. 3]

[24] The application judge applied the reasonableness standard in his review of the Gaming Corporation's decision. As he explained:

Madawaska's application for review centers on its allegation that the Gaming Corporation misinterpreted s. 24(5)(b) of the *GCA* and incorrectly limited the scope of that provision. Both parties agree that the standard of review is "reasonableness". While Madawaska's submissions are generally based on the reasonableness standard, it also alleges that by misinterpreting the *GCA* the Gaming Corporation also fettered its discretion and the decision ought to be quashed on that basis alone. This hints at a "correctness" standard. However, the standard of review is reasonableness. [para. 36]

[25] Undoubtedly, the application judge identified the correct standard of review.

[26] However, the Appellants assert that, despite having correctly stated he was required to apply a reasonableness standard, the application judge “appl[ied], in effect, the correctness standard in his review of the decision.” This assertion is grounded principally in their contention that he failed to adequately “recognize the expertise of the [Corporation] in the interpretation of its home statute” and “recognize the deference that should be accorded” its decision. In my opinion, these are inaccurate characterizations of his review and no more need be said about them.

[27] What remains to be addressed in this part of my reasons is the Appellants’ contention that the application judge’s interpretative analysis is flawed and does not support his determination that its interpretation was unreasonable.

[28] To be reasonable, a decision “must be justified in relation to the constellation of law and facts that are relevant” (*Vavilov*, at para 105). This includes being justified in relation to “the governing statutory scheme; other relevant statutory or common law; [and] the principles of statutory interpretation” (*Vavilov*, at para 106).

[29] A decision founded upon the interpretation of a statutory provision may be unreasonable, and indefensible, where it fails to consider “a key element of a statutory provision’s text, context or purpose” and may have been different had that element been considered (*Vavilov*, at para 122). Additionally, the review of a decision for the reasonableness of its statutory interpretation may lead to the conclusion “that the interplay of text, context and purpose leaves room for a single reasonable interpretation of the statutory provision” at issue (*Vavilov*, at para 124).

[30] The application judge’s review of the Gaming Corporation’s decision was guided by these principles. He cited the following passages from the decision of the Supreme Court in *Vavilov*, which I also consider to be helpful to reproduce:

It can happen that an administrative decision maker, in interpreting a statutory provision, fails entirely to consider a pertinent aspect of its text, context or purpose. Where such an omission is a minor aspect of the interpretive context, it is not likely to undermine the

decision as a whole. It is well established that decision makers are not required “to explicitly address all possible shades of meaning” of a given provision: *Construction Labour Relations v. Driver Iron Inc.*, 2012 SCC 65, [2012] 3 S.C.R. 405, at para. 3. Just like judges, administrative decision makers may find it unnecessary to dwell on each and every signal of statutory intent in their reasons. In many cases, it may be necessary to touch upon only the most salient aspects of the text, context or purpose. **If, however, it is clear that the administrative decision maker may well, had it considered a key element of a statutory provision's text, context or purpose, have arrived at a different result, its failure to consider that element would be indefensible, and unreasonable in the circumstances.** Like other aspects of reasonableness review, omissions are not stand-alone grounds for judicial intervention: **the key question is whether the omitted aspect of the analysis causes the reviewing court to lose confidence in the outcome reached by the decision maker.**

There may be other cases in which the administrative decision maker has not explicitly considered the meaning of a relevant provision in its reasons, but the reviewing court is able to discern the interpretation adopted by the decision maker from the record and determine whether that interpretation is reasonable.

Finally, even though the task of a court conducting a reasonableness review is *not* to perform a *de novo* analysis or to determine the “correct” interpretation of a disputed provision, **it may sometimes become clear in the course of reviewing a decision that the interplay of text, context and purpose leaves room for a single reasonable interpretation of the statutory provision, or aspect of the statutory provision, that is at issue:** *Dunsmuir*, at paras. 72-76. One case in which this conclusion was reached was *Nova Tube Inc./Nova Steel Inc. v. Conares Metal Supply Ltd.*, 2019 FCA 52., in which Laskin J.A., after analyzing the reasoning of the administrative decision maker (at paras. 26-61 (CanLII)), held that the decision maker's interpretation had been unreasonable, and, furthermore, that the factors he had considered in his analysis weighed so overwhelmingly in favour of the opposite interpretation that that was the only reasonable interpretation of the provision: para. 61. **As discussed below, it would serve no useful purpose in such a case to remit the interpretative question to the original decision**

maker. Even so, a court should generally pause before definitively pronouncing upon the interpretation of a provision entrusted to an administrative decision maker. [Emphasis added; paras. 122-124]

(1) Section 24 and the interpretation of “video gaming devices”

[31] As “video gaming devices” is not defined, the legislative intent respecting the type of devices that permit the Gaming Corporation to share profits, from gaming “on the band’s reserve that utilizes video gaming devices,” must flow from reading those words “in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of [the Legislature]” (see *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, [1998] S.C.J. No. 2 (QL), at para. 21, *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at para. 26, and *Vavilov*, at para. 117, all quoting E. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983, at p. 87).

[32] Before this Court, the Appellants submit the legislative scheme provides for the regulation of gaming in a casino under the *Casino Regulation*, distinct from gaming that is managed by the ALC, and this evidences an intention for “video gaming devices” to include only devices used as part of the ALC’s video lottery scheme under the *Video Lottery Scheme Regulation*. In my view, and as will be explained below, this disregards the legislative use of the words “video gaming devices” prior to the *Gaming Control Act* and the *Casino Regulation* and it ignores entirely the purpose of s. 24(5)(b) and the context of the Self-Licensing Agreements between the Province and First Nations.

[33] While the purposes of the *Gaming Control Act* are expressly set out in s. 2, the object of s. 24(5)(b) must be discerned from the provision itself, read in the context of the *Gaming Control Act* as a whole, and informed by the provision’s legislative history. Section 24 reveals that it is firmly rooted in the formation of agreements between the Province and First Nations regarding on-reserve gaming, and

the sharing of income under s. 24(5) is a product of such agreements. In its entirety, s. 24 provides:

Agreements with bands

24(1) The following definitions apply in this section.

“band” means a band as defined in the *Indian Act* (Canada) that is authorized to enter into an agreement under subsection (2). (*bande*)

“reserve” means a reserve, as defined in the *Indian Act* (Canada), as the reserve exists on the date the agreement with respect to such reserve is or was entered into under subsection (2) and includes any addition to the reserve described in any amendments to the agreement. (*réserve*)

24(2) Notwithstanding any other provision in this Act or any provision in the regulations under this Act or any other agreement under this Act, **the Minister may, on behalf of Her Majesty the Queen in right of the Province, enter into an agreement with a band with respect to the establishment by the band of a gaming commission for the purpose of licensing and regulating lottery schemes on the band’s reserve and with respect to the conduct, management and operation of any lottery scheme on the band’s reserve.**

24(3) The parties to an agreement under subsection (2) may amend the agreement for the purpose of applying the agreement to any addition to the reserve described in the amendment.

24(4) An agreement under subsection (2) may be amended, terminated or cancelled in accordance with this section and the terms and conditions in the agreement.

Accords conclus avec des bandes

24(1) Les définitions qui suivent s’appliquent au présent article.

« bande » Bande définie par la *Loi sur les Indiens* (Canada) qui est autorisée à conclure des accords en vertu du paragraphe (2). (*band*)

« réserve » Réserve définie par la *Loi sur les Indiens* (Canada) telle qu’elle existe à la date où l’accord la concernant est conclu en vertu du paragraphe (2); la présente définition s’entend également de toute addition à la réserve décrite dans toute modification de l’accord. (*réserve*)

24(2) Par dérogation aux autres dispositions de la présente loi ou à toute disposition de son règlement d’application ou de tout autre accord conclu en vertu de la présente loi **le ministre peut, pour le compte de Sa Majesté la Reine du chef de la province, conclure un accord avec une bande relativement aussi bien à l’établissement par elle d’une commission des jeux aux fins de délivrer des licences et de réglementer les loteries sur sa réserve qu’à la tenue, à la gestion et à l’exploitation de toute loterie sur sa réserve.**

24(3) Les parties à un accord conclu en vertu du paragraphe (2) peuvent le modifier aux fins de l’appliquer à toute addition à la réserve décrite dans la modification.

24(4) L’accord conclu en vertu du paragraphe (2) peut être modifié, résilié ou annulé conformément au présent article ainsi qu’aux modalités et aux conditions de l’accord.

24(5) Where an agreement entered into under subsection (2) is in force and there is no breach of any of its terms or conditions,

(a) **the Minister may pay to the band** out of the Consolidated Fund the cost of any breakopen tickets for use in a lottery scheme on the band's reserve that are purchased by the band from a supplier approved by the Corporation, less the costs of the supplier with respect to such tickets, and

(b) **the Corporation may pay to the band** the difference between **the net profits of the Corporation**, after provision for prizes and the payment of expenses, **from a lottery scheme on the band's reserve that utilizes video gaming devices** and 5% of the net profits, after provision for prizes and the payment of expenses, from such lottery scheme.

[Emphasis added.]

24(5) Lorsque l'accord conclu en vertu du paragraphe (2) est en vigueur et qu'aucune de ses modalités ou de ses conditions n'a été violée :

a) **le ministre peut payer à la bande** sur le Fonds consolidé les frais de tous billets à languette pour utilisation dans une loterie sur la réserve de la bande que celle-ci achète à un fournisseur approuvé par la Société, moins les frais du fournisseur relatifs à ces billets;

b) **la Société peut payer à la bande** la différence entre **les profits nets de la Société**, après affectation des sommes nécessaires au paiement des prix et à l'acquittement des frais, **provenant d'une loterie sur la réserve de la bande qui utilise des appareils de jeux vidéo** et 5 % des profits nets provenant de cette loterie, après affectation des sommes nécessaires au paiement des prix et à l'acquittement des frais. [Les caractères gras et le soulignement sont de moi.]

(2) 1976 – The Lotteries Act and the meaning of “lottery scheme”

[34] While “lottery scheme,” even as it is used in s. 24(5)(b), may give rise to common notions of lotteries or lottery tickets (or specific types of gaming), its meaning is much broader. Indeed, in the present analysis, “lottery scheme” may be viewed under both the *Lotteries Act* and the *Gaming Control Act* as almost synonymous with gaming.

[35] For many years, the *Criminal Code* largely prohibited gaming, with certain exceptions – one of which is a “lottery scheme” approved by a province.

[36] In 1976, when the *Lotteries Act* was enacted, it defined “lottery scheme” as having the same meaning as in the *Criminal Code*. It stands to reason the Legislature

sought to clearly indicate that the gaming approved by the *Lotteries Act* fell within the exception established by the *Code*. “Lottery scheme” is similarly defined under the *Gaming Control Act*.

[37] In 1976, the *Criminal Code* defined “lottery scheme” as including “a game.” It defined “game” as meaning “a game of chance or mixed chance and skill.” The definition of “lottery scheme” in the *Criminal Code* has changed over time, but none of the changes precludes “lottery scheme” from being viewed, in this case, as including the gaming conducted under the legislation. A current definition of “lottery scheme” in the *Code* is in the attached Appendix.

[38] Also of interest is that, in 1976, the *Criminal Code* defined “gaming equipment” as “anything that is or may be used for the purpose of playing games for betting.”

[39] The *Lotteries Act* provided for the creation of the Lotteries Commission of New Brunswick, which is the predecessor to the Gaming Commission. The Lotteries Commission was “composed of three members, namely, the Minister and two Deputy Ministers.”

[40] Additionally, the *Lotteries Act* provided for the Province, through the Lotteries Commission, to participate in the formation of the Atlantic Lottery Corporation, along with the other Atlantic provinces, which similarly participate in the ALC through their provincial Crown corporations responsible for gaming.

[41] Initially, the main program of the ALC included the sale of lottery tickets. This would continue to be its principal business until about 1990.

(3) 1990 Amendment of *Lotteries Act* – first use of “video gaming devices”

[42] In June 1990, the *Lotteries Act* was amended to provide for the regulation of what were then commonly called “video lottery terminals.” This description has

continued to be used to the present. At that time, video lottery terminals were owned primarily by private enterprises, most of which would become members of the New Brunswick Coin Machine Operators Association. This background to video lottery terminals and the legislative adoption of the video lottery scheme in the province was addressed in *Doucet and Dauphinee v. Spielo Manufacturing Incorporated and Manship*, 2011 NBCA 44, 372 N.B.R. (2d) 1:

The story begins with Mr. Manship working in the coin-operated machine business, in Moncton, as a service technician from 1977 until 1986. In 1986, he started a proprietorship and contacted CADMI Microelectronics Inc., a research and development engineering firm associated with the University of Moncton, to have them work on a coin conversion board and a technical feasibility study on building a gaming machine. In time, Mr. Doucet would rise to the position of “President” of CADMI. In 1988, Mr. Manship attended a trade show in Las Vegas and learned about the South Dakota Video Lottery Program. Upon return home, he met with a group of local coin operators to discuss the possibility of setting up such a program in New Brunswick. In 1989, the New Brunswick Coin Operators Association was formed and a proposal submitted to the New Brunswick Lottery Commission. Mr. Manship was the technology officer of the Association. When it became clear that the lottery system would be accepted, Mr. Manship left the Association and began working full-time on building a video lottery terminal (VLT). In June of 1990, Mr. Manship incorporated Spielo for the purpose of manufacturing and marketing VLT’s. At that time, he owned 100% of Spielo’s issued shares.

[Emphasis added; para. 21]

(For more regarding VLT and the video lottery scheme, see also *Phillips v. Atlantic Lottery Corp. et al.* (1992), 129 N.B.R. (2d) 168, [1992] N.B.J. No. 570 (QL) (C.A.); *Spielo Manufacturing Inc. v. IGT*, [1995] N.B.J. No. 564 (QL) (C.A.); *Northern and Bluebird Amusement Co. v. 053857 NB Inc.* (2001), N.B.R. (2d) (Supp.) No. 33, [2001] N.B.J. No. 27 (QL); *055455 NB Inc. et al. v. Atlantic Lottery Corp. et al.*, 2015 NBQB 231, 443 N.B.R. (2d) 46.)

[43] Importantly, it was this June 1990 amendment that gave rise to the use of “video gaming devices.” The term was not defined and, as noted, it continues to be undefined. In my view, this is reflective of an intent that these words be read consistent with their plain and ordinary meaning:

7.1 The Commission may, **for the purpose of** developing, organizing, undertaking, conducting and managing **a lottery scheme that utilizes video gaming devices**

(a) enter into agreements with any person to effect the transfer of ownership of **video gaming devices** to or from the Commission by purchase, sale or otherwise, and

(b) enter into agreements with any person respecting the conduct and management by the Commission of **lottery schemes that utilize video gaming devices** owned or controlled by the Commission.

7.2(1) The Lieutenant-Governor in Council may establish policies for the Commission to follow in the conduct and management by the Commission of **lottery schemes that utilize video gaming devices**. [Emphasis added.]

7.1 La Commission peut, **afin** d’élaborer, organiser, entreprendre, tenir et administrer **une loterie qui utilise les appareils de jeux vidéo**

a) conclure des accords avec toute personne pour effectuer un transfert de propriété **d’appareils de jeux vidéo** à la Commission ou de la Commission par achat, vente ou autrement, et

b) conclure des accords avec toute personne concernant la tenue et l’administration par la Commission des **loteries qui utilisent les appareils de jeux vidéo** qui lui appartiennent ou dont elle a le contrôle.

7.2(1) Le lieutenant-gouverneur en conseil peut établir des politiques à suivre par la Commission pour la tenue et l’administration des **loteries qui utilisent des appareils de jeux vidéo**.

[Les caractères gras et le soulignement sont de moi.]

[44] On November 22, 1990, the *Video Lottery Scheme Regulation – Lotteries Act* was filed. It provided:

2 In this Regulation

[...]

“**video lottery scheme**” means any lottery scheme, authorized under the *Criminal Code* (Canada) and **conducted and managed by [the ALC], that utilizes video gaming devices**.

2 Dans le présent règlement

[...]

« **système de loterie vidéo** » désigne un système de loterie autorisé par le *Code criminel* (Canada), **tenu et administré par la Société, qui utilise des appareils de pari vidéo**.

3 The [ALC] may conduct and manage a video lottery scheme in accordance with an agreement under paragraph 8(b) of the Act. [Emphasis added.]

3 La Société peut tenir et administrer un système de loterie conformément à un accord prévu à l'alinéa 8b) de la Loi.

[Les caractères gras et le soulignement sont de moi.]

[45] Additionally, this regulation prohibited the ALC from entering into an agreement with a video lottery terminal owner unless it was a member of the New Brunswick Coin Machine Operators Association, and certain additional conditions were met:

7(5) [ALC] shall not enter into an agreement under subsection (2) with **an owner** who

7(5) La Société ne peut conclure un accord prévu au paragraphe (2) **avec un propriétaire** qui

(a) has been convicted within the previous five years of

a) a, dans les cinq années précédentes, été déclaré coupable

(i) an offence under Part VII of the *Criminal Code* (Canada), or

(i) d'une infraction prévue à la Partie VII du *Code criminel* (Canada), ou

(ii) any other criminal offence making it inappropriate, in [ALC's] opinion, that the owner should be involved in the operation of a video lottery scheme,

(ii) de toute autre infraction criminelle qui, selon la Société, rendrait inappropriée l'implication du propriétaire dans l'exploitation d'un système de loterie vidéo,

(b) manufactures or sells **video gaming devices**,

b) fabrique ou vend des **appareils de pari vidéo**,

(c) is a siteholder,

c) est un maître des lieux,

(d) owns, in [ALC's] opinion, more than five per cent of the **video gaming devices** placed in approved premises under this Regulation,

d) est, de l'avis de la Société propriétaire de plus de cinq pour cent des **appareils de pari vidéo** placés dans des locaux approuvés en vertu du présent règlement,

(e) has family or commercial connections that would be harmful, in [ALC's] opinion, to the operation, integrity or reputation of a video lottery scheme,

e) a des liens familiaux ou des relations commerciales qui seraient préjudiciables, de l'avis de la Société, à l'exploitation, l'intégrité ou la réputation d'un système de loterie vidéo,

(f) resides outside New Brunswick,

f) réside hors du Nouveau-Brunswick,

(g) is less than nineteen years old, or

g) est âgé de moins de dix-neuf ans, ou

(h) **is not a member of the New Brunswick Coin Machine Operators Association.**

[Emphasis added.]

h) **n'est pas membre du New Brunswick Coin Machine Operators Association.**

[Les caractères gras et le soulignement sont de moi.]

[46] The participation of the members of the New Brunswick Coin Machine Operators Association in the video lottery business/scheme continued until 2002, when their contracts were not renewed and the ALC assumed the role of owner. In 2002, s. 7(5) of the *Regulation* was repealed.

[47] While these devices were commonly referred to as video lottery terminals, the *Lotteries Act* used plain words to describe all such devices, namely “video gaming devices.” It is my view that, while the “video gaming devices” permitted to be used in the province were those that satisfied the *Video Lottery Scheme Regulation*, the words “video gaming devices” describe the devices themselves, including those that do not meet the requirement of the *Video Lottery Scheme Regulation*. A reading of the *Regulation* indicates “video gaming devices” is not restricted to those that meet the criteria of the *Regulation*.

(4) 1995 – Revenue sharing between the Province and First Nations

[48] During the early-to-mid 1990s, the Province and the First Nations in the province negotiated and entered into what have been called Revenue Sharing Agreements. The agreement with Madawaska, dated April 28, 1995, is entitled: “Agreement on the Collection of Provincial: Tobacco Tax, Gasoline Tax, Sales Tax and Self-Licensing Relating to Gaming.” The recitals reflect the background and rationale for these agreements:

Whereas section 87 of the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-6, exempts from taxation the personal property of an Indian or Band situated on a reserve, and

Whereas it is the position of the First Nation that such exemption is applicable to cigarette and tobacco products and gasoline and motive fuel purchased by Indians on the Madawaska Maliseet First Nation Reserve, and

Whereas the Parties are desirous of cooperating with each other **so as to resolve the question as to the alleged entitlement to an exemption whilst at the same time protecting the integrity of the provincial administration of tax in the Province of New Brunswick.**

[Emphasis added.]

[49] Under the agreement, Madawaska agreed to collect provincial tax from the on-reserve sale of tobacco, gasoline, and other items “to persons other than Status Indians” and, in exchange, the Province agreed to pay/remit to Madawaska 95% of such tobacco, gasoline and sales taxes collected:

EXTENT OF SHARING OF TAX

The Minister and the First Nation agree that the Minister will share the Tobacco Tax, the Gasoline and Motive Fuel Tax, and the Social Services and Education Tax collected by the First Nation or retail vendors on tobacco products, gasoline and motive fuel, and goods taxable under the Social Services and Education Tax Act sold on the Madawaska Maliseet First Nation Reserve to persons other than Status Indians in the following ratio:

Band’s share 95%

Minister’s share 5%

[50] In relation to gaming, the Revenue Sharing Agreement established a framework for Madawaska to conduct on-reserve gaming and share in the revenue by prescribing the form of agreement between Madawaska and the Minister to accomplish this; a “Self-Licensing Agreement” was attached as a Schedule to the Revenue Sharing Agreement. The Self-Licensing Agreement provided for Madawaska to establish a gaming commission, with responsibility for gaming on the reserve.

[51] To legislatively provide for the sharing of tax and gaming revenue as contemplated by the Revenue Sharing Agreements, in 1996, the *Revenue Administration Act*, S.N.B. 1983, c. R-10.22, was amended to permit the Minister to “enter into an agreement with a band with respect to the sharing of the revenue from the taxes referred to in the agreement that are collected on the band’s reserve from taxpayers who are not Indians” (s. 11.1). A copy of s. 11.1 of the *Revenue Administration Act* is in the attached Appendix. Also in 1996, the *Lotteries Act* was amended to permit a sharing of revenue from gaming, by the addition of s. 11.2.

(5) 1996 – Addition of s. 11.2 to the *Lotteries Act* in relation to “Self-Licensing Agreements”

[52] In 1996, the *Lotteries Act* was amended to include s. 11.2, the predecessor to s. 24. Section 11.2(4) provided for a sharing of the gaming revenue where a Self-Licensing Agreement was in force:

11.2(4) Where an agreement entered into under subsection (1) is in force and there is no breach of any of its terms or conditions,

(a) **the Minister may pay to the band** out of the Consolidated Fund the cost of any Breakopen tickets for use in a lottery scheme on the band’s reserve that are purchased by the band from a supplier approved by the Commission, less the costs of the supplier with respect to such tickets, and

(b) **the Commission may pay to the band** the difference between **the net profits of the Commission**, after provision for prizes and the payment of expenses, **from a lottery scheme on the band’s reserve that utilizes video gaming devices** and five per cent of the net profits, after provision for prizes and the payment of expenses, from such lottery scheme.

11.2(4) Lorsqu’un accord conclu en vertu du paragraphe (1) est en vigueur et qu’il n’y a aucun bris de ses modalités ou conditions,

a) **le Ministre peut payer à la bande** sur le Fonds consolidé les frais de tous billets à languette pour utilisation dans une loterie sur la réserve de la bande que la bande achète d’un fournisseur agréé par la Commission, moins les frais du fournisseur relativement à ces billets, et

b) **la Commission peut payer à la bande** la différence entre **les bénéfices nets de la Commission**, après affectation des sommes nécessaires au paiement des prix et règlement des frais, **provenant d’une loterie sur la réserve de la bande qui utilise des appareils de jeux vidéo** et cinq pour cent des bénéfices nets, après affectation des sommes nécessaires au

paiement des prix et règlement des
frais, provenant de cette loterie.

[Emphasis added.]

[Les caractères gras et le soulignement
sont de moi.]

[53] As noted previously, this provision is virtually identical to s. 24(5) of the *Casino Gaming Act*, and “video gaming devices” continues to be used for identifying the source of the gaming income to be shared.

[54] In my opinion, “video gaming devices” was used in s. 11.2(4) to be consistent with s. 7.1 of the *Lotteries Act* and, similarly, to identify particular types of gaming devices using undefined words that are intended to be read according to their plain and ordinary meaning. While the devices permitted to be used in New Brunswick for gaming included only those that met the requirements of the *Video Lottery Scheme Regulation*, this does not mean “video gaming devices” was to be read as describing only devices that satisfied the requirements of the *Regulation*.

[55] It cannot go unnoticed that s. 11.2(4)(b) provided for a First Nation to be paid the same proportion of net income from gaming (that is, 95%) as the proportion of tobacco, gasoline, and sales taxes the Province had expressly agreed to pay under the Revenue Sharing Agreements. I will return to this when I address the issue of the Gaming Corporation’s claim to have a residual discretion to pay under s. 24(5)(b).

[56] While the Province entered into gaming agreements with two First Nations between 2003 and 2006, it was not until early February 2007 that Madawaska authorized the execution of its Self-Licensing Agreement. While an executed copy of this agreement is not in the record, no issue was taken with the application judge using this date as when the Self-Licensing Agreement was entered into.

[57] As noted, by April 2008, the Lotteries Commission began sharing (pursuant to s. 11.2(4) of the *Lotteries Act*) 95% of the net profit from video lottery terminals managed by the ALC at the Madawaska Entertainment Centre.

(6) 2008 – The Gaming Control Act

[58] In June 2008, the *Gaming Control Act* was enacted. Parts 1 and 2, including s. 24, were proclaimed and came into force on June 26, 2008. Part 2 also continued the Lotteries Commission as the Gaming Corporation.

[59] Parts 3 to 6, which repealed the *Lotteries Act*, came into effect on October 1, 2008, as did the *Video Lottery Scheme Regulation*. The *Casino Regulation* came into force on April 1, 2009.

[60] Like the *Lotteries Act*, the *Gaming Control Act* does not define “video gaming devices” for the purposes of s. 24, or otherwise. Nor is it expressly defined by regulation. While the words are used frequently in the *Video Lottery Scheme Regulation*, they are not used in the *Casino Regulation*. As noted, the Appellants submit this reflects a legislative scheme that indicates an intention for “video gaming devices” to include only devices used as part of the video lottery scheme under the *Video Lottery Scheme Regulation*.

[61] Undoubtedly, the *Gaming Control Act* establishes distinct regimes for regulating gaming at a casino and gaming conducted by the ALC. Effectively, the ALC alone conducts and manages the video lottery scheme established by the *Video Lottery Scheme Regulation*. This authority is conferred by s. 3 of the *Regulation*, which is the same as the 1990 *Regulation*:

ALC to conduct and manage video lottery scheme

3 ALC may conduct and manage a video lottery scheme in accordance with an agreement under paragraph 7(d) of the Act.

Système de loterie vidéo tenu et géré par la SLA

3 La SLA peut tenir et gérer un système de loterie vidéo conformément à l'accord prévu à l'alinéa 7d) de la Loi.

[62] The *Video Lottery Scheme Regulation* defines a “video lottery scheme” as any gaming that uses video gaming devices (albeit with minor variation from the 1990 *Regulation*):

2 The following definitions apply **in this Regulation.**

[...]

“**video lottery scheme**” means any lottery scheme authorized under the *Criminal Code* (Canada) that utilizes video gaming devices.

[Emphasis added.]

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

[...]

« **système de loterie vidéo** » Système de loterie autorisé par le *Code criminel* (Canada) qui utilise des appareils de jeux vidéo.

[...]

[Les caractères gras et le soulignement sont de moi.]

[63] Additionally, the *Video Lottery Scheme Regulation* sets out the parameters of a video lottery scheme managed by the ALC, including the characteristics and limits on the video gaming devices used. This includes, for example, prescribing the number of video gaming devices that may be placed in the province, in a single location and in a “casino market area.”

[64] Section 7 of the *Video Lottery Scheme Regulation* provides that “the ALC may approve a video gaming device offered to it for use in a video lottery scheme if it is satisfied the video gaming device,” for example, meets the requirements of section 6 of the Regulation, only plays the type of games approved by the Gaming Corporation; can be integrated with the ALC’s system; and has been acquired through approved or reputable manufacturers or distributors. Section 6 requires the ALC “ensure that a video gaming device used in a video lottery scheme has” certain characteristics, including being “programmed to award as prizes not less than 80% and not more than 96% of the credits wagered” (emphasis added); requiring all money accepted be divided into credits denominated in values of 5 cents, 10 cents and 25 cents; limiting the loss at any one time to \$2.50; and not permitting a prize for any one game to be greater than \$2,500.

[65] In some provisions of the *Video Lottery Scheme Regulation*, “video gaming devices” is used to refer to devices managed by the ALC. However, in other provisions, “video gaming devices” is used to describe devices that are not approved by the ALC or do not meet the requirements of the *Video Lottery Scheme Regulation*.

[66] The *Casino Regulation* does not use the term “video gaming devices.” It uses and defines “gaming equipment.” The *Casino Regulation* also defines the more specific “electronic gaming equipment.” These terms are defined as follows:

“gaming equipment” means equipment that	« appareil de jeu » Appareil et tout autre matériel de jeu qui :
(a) could influence the outcome of a game of chance that is held in a casino, or	a) ou bien pourrait influencer le résultat d’un jeu de hasard tenu dans un casino;
(b) is integral to the conduct, management or operation of a game of chance described in paragraph (a).	b) ou bien constitue une partie intégrante de la tenue, de la gestion ou de l’exploitation du jeu de hasard visé à l’alinéa a).

“electronic gaming equipment” means <u>equipment for the playing of lottery schemes on</u> or through computers or <u>video devices</u> .	« appareil de jeu électronique » <u>Appareil servant à participer à une loterie au moyen</u> d’un ordinateur ou d’un <u>dispositif vidéo</u> .
[Emphasis added.]	[Les caractères gras et le soulignement sont de moi.]

[67] It is apparent that, on a plain reading, “electronic gaming equipment” includes “video devices” used for gaming.

[68] The record is not entirely clear respecting the type of gaming offered at the casino on Madawaska’s reserve, and no doubt it may vary from time to time. As an indication of the gaming that may occur, I would note the agreement between the Gaming Corporation and the operator of the casino defines “casino games” as including “video lottery terminals;” however, it also expressly excludes any “video lottery terminals operated” by the ALC. Undoubtedly, this represents a level of precision that does not exist in the *Act* or the *Regulations*:

“Casino Games” means all authorized electronic gaming devices located within the Facility **and includes** reel-type slot machines, **video lottery terminals** and multi-station electronic tables such as black jack and roulette, **but shall not include video lottery terminals operated and**

managed on behalf of the Province of New Brunswick by the Atlantic Lottery Corporation nor live table games conducted against the house without the express written consent of Sonco and NBLGC[.] [Emphasis added.]

[69] I pause to note that the agreement between the Gaming Corporation and the operator of the casino was in issue before the application judge. The Appellants submitted it had a bearing on the interpretation of s. 24(5)(b) since, as they argued, it provides that the Gaming Corporation is not responsible for paying any portion of the casino's "Gross Gaming Revenue" to Madawaska. The judge rejected this contention because Madawaska is not a signatory to that agreement, and even if it were, he doubted it could modify the Gaming Corporation's statutory obligation under s. 24(5)(b). This was not raised as an issue before us, presumably because the application judge's reasoning is sound.

[70] The common reference to "video lottery terminals" is also reflected in a letter from the Deputy Minister of Finance, dated July 21, 2015, notifying Madawaska of an overpayment made to it under s. 24(5)(b). In doing so, the Deputy Minister describes the profit-sharing arrangement under that provision:

I am writing to you with respect to your gaming revenue sharing arrangements with the Province of New Brunswick and the discovery of accounting **errors that have led to an overpayment of video lottery gaming revenue** to First Nations under the agreements. The purpose of this letter is to provide you with some background information as well as to offer to meet with you to answer any questions that you may have regarding the calculations.

As you are aware, **pursuant to Section 24(5)b** of the *Gaming Control Act*, **the Province shares 95% of the net profits from Video Lottery Terminals (VLTs) on reserve with your first nation.** Each month, the Atlantic Lottery Corporation (ALC) provides a monthly profit report to the Province of New Brunswick. The report details the operating revenues and expenditures of the video lottery program, as well as the Province's net profit on terminals located in First Nations' communities. **The Province uses the report to calculate monthly profit**

remittances to the **bands as provided for under the Gaming Control Act**. [Emphasis added.]

[71] This letter also reflects how the Province and the Gaming Corporation seemingly act in unison or interchangeably. This is similarly reflected in the Gaming Corporation's communications to Madawaska in response to its request for a share of the profit from the devices at the casino.

[72] Based on the overpayment issue (raised in the letter of July 2015) being addressed through the use of the arbitration provision under Madawaska's agreement with the Province, Madawaska highlights that its request to use the arbitration provision to determine the disagreement over the meaning of "video gaming device" in s. 24(5)(b), was not without precedent, nor is it an unexpected or unreasonable request.

(7) The application judge's review of the Gaming Corporation's interpretation

[73] The reasons offered by the Gaming Corporation for denying Madawaska's request were not expansive. They indicate that its interpretation is solely based on the words "video gaming devices" being used in the *Video Lottery Scheme Regulation*, but not in the *Casino Regulation*. No other basis for its conclusion was given.

[74] Similarly, in submitting that the application judge erred, the Appellants contend he failed to properly recognize the importance of the *Video Lottery Scheme Regulation* and the *Casino Regulation* to the interpretation of "video gaming devices" in s. 24(5)(b); they emphasize that this regulatory scheme, which distinguishes between casino and other gaming, is fundamental to a proper interpretative analysis. Indeed, the Appellants maintain it plays a near determinative role in evidencing a legislative intention for "video gaming devices" to include only devices that are operated by the ALC under the *Video Lottery Scheme Regulation* – and to exclude such devices when used in casinos. In essence, the Appellants contend "video gaming devices" is defined by the *Video Lottery Scheme Regulation*.

[75] Although the regulations play an important part in the scheme of the *Gaming Control Act*, in my opinion, the interpretative analysis used by the Gaming Corporation to reach its decision, and advanced by the Appellants before us, omits other important aspects of the required analysis. First, the Gaming Corporation’s interpretation fails to give any meaningful consideration to the plain meaning of the words, in the context of the legislation as a whole, and there is no recognition of the words’ or the provision’s legislative history. It also excludes any consideration of the context that derives from the agreement (with a First Nation) that is a statutory condition precedent to the profit-sharing under the provision being interpreted.

[76] Second, the application judge’s interpretative analysis is sound; it is grounded in the plain meaning of the words, read in the context of the provision itself and viewed against the legislative framework, including the regulations.

[77] Third, the application judge’s analysis is fortified by the legislative use of “video gaming devices” in both: (1) the 1990 amendment to the *Lotteries Act* that permitted the operation and regulation of video lottery terminals in the province under the *Video Lottery Scheme Regulation*; and (2) the 1996 amendment, which added the profit-sharing provision that is now s. 24(5)(b). When the Legislature saw fit to regulate the use of video lottery terminals in 1990, it was decided to do so by using “video gaming devices” in both the *Act* and in the *Video Lottery Scheme Regulation*. It is not disputed that “video gaming devices” includes video lottery terminals. Also, the *Video Lottery Scheme Regulation* of 1990 recognized the existence of “video gaming devices” or video lottery terminals that did not satisfy the ownership requirements or other conditions under the regulation. The words of the *Act* merely describe a type of device. The *Regulation* imposes conditions and requirements that permit such devices to be used under the scheme created by the *Regulation*. Further, at that time, and in 1996, there was no provision for casinos upon which to base the interpretative approach relied upon so heavily by the Appellants.

[78] While there are good reasons to regulate and administer casinos separately from the more retail-like and community-accessible video lottery scheme operated by the

ALC under the *Video Lottery Scheme Regulation*, it is another thing to suggest, as the Appellants contend, that the legislative intent of the enactment of the *Gaming Control Act* in 2008 was to change, by narrowing or restricting through regulation, the meaning of “video gaming devices” in a provision that had been adopted from the *Lotteries Act* in substantially its original form. Indeed, in this regard, the Appellants effectively submit that, without any material change to the provision after 1996, s. 24(5)(b) should be read as though it provided, after 2008: video gaming devices that are part of a video lottery scheme operated by the ALC under the *Video Lottery Scheme Regulation*.

[79] Lastly, even from a reading of the *Video Lottery Scheme Regulation* filed in 2008, it is apparent “video gaming devices” is used in a manner that includes devices that have not been modified, programmed, or otherwise configured in a way that satisfies the requirement of the *Regulation* for use in its video lottery scheme.

[80] For these reasons, it is my opinion that the application judge properly applied the correct standard of review in concluding the Gaming Corporation’s interpretation and decision was unreasonable.

B. *Did the application judge err in deciding Madawaska’s application was commenced in time?*

[81] In my view, the application judge did not err in deciding Madawaska’s application was commenced in time. His determination turned on the Gaming Corporation’s undertaking to consider Madawaska’s request to meet to discuss profit-sharing and, if necessary, dispute resolution by arbitration under their Self-Licensing Agreement, and his finding that it was reasonable for Madawaska to understand “there was a possibility the issue of profit sharing would be revisited.”

[82] By letter dated October 7, 2019, Madawaska was advised its request for a sharing of profit from video gaming devices at the casino was denied. The letter was from Ian Hollohan, which identified him as the “Director, Agency Relations and Policy,” Finance and Treasury Board and the “Secretary to the Board, New Brunswick Lotteries

and Gaming Corporation.” It gave the following reasons for its conclusion regarding s. 24(5)(b):

The Grey Rock Casino is a casino as per our agreement with the operator, as well as the *Gaming Control Act* and its associated regulation (i.e. the Casino Regulation). **The electronic gaming devices in the Grey Rock Casino are “electronic gaming equipment” as defined in the Casino Regulation.**

As per the Video Lottery Scheme Regulation, “video gaming devices” are those used in a video lottery scheme conducted and managed on behalf of the province by the Atlantic Lottery Corporation (ALC) **and have specific characteristics as laid out in that regulation.**

Section 24(5)(b) of the *Gaming Control Act* contemplates and **provides authorization to the NBLGC only for the sharing of profit from video gaming devices (those utilized in a video lottery scheme)** on a band’s reserve, and **not from electronic gaming equipment (utilized in a casino lottery scheme)**. As such, no authorization exists under the *Gaming Control Act* for the NBLGC to share revenue received from the operation of the Grey Rock Casino with the Band. [...] [Emphasis added.]

[83] On October 8, 2019, Madawaska took issue with this interpretation of s. 24(5)(b) and, after setting out the basis for its interpretation, it requested a meeting:

Given the huge discrepancy between our interpretations, I feel that we should have a face to face meeting with the appropriate people **to discuss this further.** **Should discussion fail** to result in a resolution, **I would suggest we invoke section 11 (Dispute Resolution Process) under the Gaming Agreement** between the Province and the First Nation. [...] [Emphasis added.]

[84] On October 18, 2019, Mr. Hollohan advised by email that Madawaska’s request for a meeting to discuss the issue would be raised with the Board:

As contact for the band, I just wanted to let you know **we are bringing the request to meet and discuss this issue to the Board of the NBLGC for consideration and direction.** I don’t have a firm timeline yet as to when that

will happen but I will let you know as soon as I do. Thanks and have a good weekend. [Emphasis added.]

[85] On November 19, 2019, in response to an inquiry from Madawaska “on what the Board decided and when can we meet,” Mr. Hollohan replied:

This item is on the agenda for our board meeting of December 5th. I will let you know as soon as I do.
[Emphasis added.]

[86] On December 21, 2019, Mr. Hollohan advised by email:

After further analysis and advice from our legal counsel and consideration by the members of the Board of Directors of the NBLGC, our view on this matter is unchanged. As such, we do not feel it necessary to schedule a meeting to further discuss the issue. [Emphasis added.]

[87] This email did not expressly address Madawaska’s request to arbitrate, and it made a further request to meet “as per our gaming agreement concerning dispute resolution.” By letter dated January 15, 2020, Mr. Hollohan advised:

This letter is in response to your email of December 31, 2019. I will reiterate that the Board of Directors of the NBLGC has given your request significant consideration and its position on the matter is clear and has been communicated to you. **Furthermore, as is clearly laid out in Section 8 of our gaming agreement, any decision to commence a dispute resolution process is contingent on the joint agreement of the parties.**

Any further communication you may have on this issue should be directed to the Office of the Attorney General.

[88] While before the application judge the Appellants maintained that the Gaming Corporation only agreed to consider meeting to discuss the issue of arbitration, the judge rejected this assertion. He found, as Madawaska understood, the Gaming Corporation had agreed to consider meeting for the purpose of discussing: (1) the interpretation of “video gaming devices;” and (2) the use of arbitration under its agreement with the Province if the disputed interpretation could not be resolved by

agreement. The judge found, from the affidavit evidence of the parties regarding their communications, that Madawaska was led to believe the Gaming Corporation would consider its request:

In my view, **the Gaming Corporation led Chief Bernard to believe that her request to meet and discuss the issue of profit-sharing would be raised with the Corporation's Board of Directors. Relying on this advice Madawaska acquiesced in bringing this application.** In the circumstances, it would be unfair to permit the Gaming Corporation to rely on the limitations period starting as of October 7. Instead **Madawaska is permitted to rely on a limitation period commencing when it was notified that the promised meeting would not occur.** This notification was received on January 15, 2020. Given the extension to limitation periods as a result of the COVID-19 pandemic, the application was brought within the prescribed time limit. Accordingly, the respondent's motion is dismissed.

Although it is not necessary to dispose of this motion, Madawaska makes a compelling argument that Mr. Hollohan's representation of further consideration of "the issue" renders the October 7, 2019 decision conditional, not final, and therefore not judicially reviewable. Again, it is not necessary to decide that issue as I have disposed of this motion on the "reasonable expectations" issue. [Emphasis added; paras. 34-35]

[89] The Appellants do not assert the judge made a palpable and overriding error in his assessment of this evidence. In any event, he did not.

[90] The crux of the issue before the application judge then centered on the effect of the Gaming Corporation's undertaking that its Board would consider Madawaska's request to meet to discuss profit-sharing and, if necessary, arbitration.

[91] In addition to the Appellants' motion to dismiss (on the basis the decision was made on October 7, 2019), the application judge had before him Madawaska's contention that: (1) the October 7 letter could not be viewed as final, in spite of its facial clarity, given the Gaming Corporation's undertaking; and (2) Madawaska's legitimate

expectation that the decision need not be viewed as final until the Gaming Corporation responded to its request. Lastly, there was Madawaska's request for an order extending, if necessary, the three-month period under Rule 69.03.

[92] The judge found Madawaska's submission, that the October 7 letter was not final, to be persuasive when viewed in the context of the Gaming Corporations subsequent communications with Madawaska; however, he did not decide the issue on this basis. Instead, he rejected the Appellants' contention the letter should be the starting point for the three-month time period because he concluded the undertaking gave rise to a legitimate expectation that the decision need not be viewed as final until, at least, Madawaska's request to meet was answered.

[93] The Appellants maintain the judge erred by applying the doctrine of legitimate expectations and failing to explain how the requirements of the doctrine were met. However, before us, the essence of the Appellants' position is that the communications subsequent to the October 7 letter, including the Gaming Corporation's undertaking, can have no bearing on the limitation issue, in any analysis, given the judge's finding that the letter was clear on its face.

[94] The Appellants cite reported decisions that address the characteristics of a clear, unambiguous, and unconditional decision; however, in support of its motion before the application judge and this Court, no authority could be provided for its contention that the undertaking made by the Gaming Corporation to take Madawaska's requests to the board on December 5, 2019, were, at law, of no consequence to the limitation issue.

[95] In my view, the uncontested factual determination made by the judge respecting the scope of the Gaming Corporation's undertaking provided a basis for rejecting the Appellants' contention that the October 7 letter was a final decision for the purpose of the three-month time-limit. This is so regardless of whether it is based upon a legitimate expectation, as the judge concluded, or a determination that the decision communicated in the letter was not final in the sense that the Gaming Corporation made

it subject to its undertaking to consider Madawaska's request to meet regarding the two issues raised and advise of its response. In either case, the result is the same.

[96] Even accepting the Appellants' contention that a legitimate expectation cannot arise independent of a discrete process before a decision maker, in this case, the process before the Gaming Corporation was the, admittedly minor, act of deciding Madawaska's request to meet and advise of its decision. Ostensibly, this process included, as represented by the Gaming Corporation, having the Board consider the request at a meeting of the Board on December 5, 2019, and based on the conflicting interpretation of s. 24(5)(b) advanced by Madawaska with its written request to meet. I say ostensibly because there was some indication the Gaming Corporation did not take the matter to the Board, as it had represented it would and as it also suggested it had. In any event, that is not material to this analysis.

[97] The legitimate expectation that arose from this, as found by the judge, was the understanding that, at least until that process had run its course and an answer given to Madawaska, the decision was not final, in the limited sense that, depending on the answer to Madawaska's request, either the decision could be reconsidered after hearing from Madawaska at the meeting or, alternatively the dispute could be resolved through the arbitration provision in their contract, and avoiding a need to challenge the decision by applying for judicial review or commencing some other proceeding to enforce the obligation to share profit. As the judge also found, Madawaska reasonably relied on this expectation. Recall that only a few years earlier, the dispute between the Gaming Corporation and Madawaska (as well as other First Nations), over the calculation of expenses under s. 24(5)(b), was resolved through arbitration.

[98] In assessing the circumstances, it must be acknowledged the decision/position communicated to Madawaska on October 7 was at the opposite end of the spectrum from more formal decisions that are, for example, made or issued by a tribunal. The parties' ongoing relationship meant they had regular, frequent, and, generally, informal communications regarding such matters. Additionally, unlike with tribunals or other decision makers, where a statutory authority to reconsider a decision

may be necessary, there was no suggestion that the Gaming Corporation lacked the authority or ability to change its position at any time.

[99] Moreover, even if the doctrine of legitimate expectations was impermissibly engaged by the application judge, as the Appellants argue, in the circumstances of this case, the undertaking found by him represented enough of a resiling from the October 7 decision that it was or became conditional, if only to the extent that the Gaming Corporation had yet to determine whether it would engage with Madawaska in a reconsideration of its position regarding profit-sharing or have their dispute resolved under the arbitration provision of their contract, and make it clear to Madawaska the path to resolve their dispute required applying for judicial review or commencing some other proceeding to enforce its claim. Indeed, the Gaming Corporation later advised that “after further analysis [...] and consideration by the members of the Board,” it had decided that it was not willing to meet with Madawaska. Although not argued as such, the Gaming Corporation appears to have reconsidered its decision based on Madawaska’s written position on the interpretation of s. 24(5)(b), albeit without hearing from Madawaska at the meeting that had been requested.

[100] Further, even if the Appellants had established that the judge erred, this would not be sufficient to allow the appeal and dispose of the matter. Madawaska’s application for an extension of time under Rule 69.03 was not determined by the application judge.

[101] While this Court has commented on the exceptionality of the circumstances that would warrant an extension of time under Rule 69.03, it has not had the opportunity to set out the criteria for doing so. In view of the limited submissions made in this case, I do not propose to do so. Instead, I would assess Madawaska’s request for an extension by an analogous application of the factors considered when deciding a request for an extension of time to appeal.

[102] It is clear from Madawaska’s prompt response to the October 7 letter that it had an intention to challenge the decision; it sought to engage the arbitration process if

the issue could not be resolved at the requested meeting. In other words, within the time for judicially reviewing the decision, Madawaska had the intention to do so.

[103] Second, there is no suggestion of prejudice to the Gaming Corporation. Madawaska's request for an extension was raised in its application and the Gaming Corporation had an opportunity to identify the prejudice, if any, and none has been identified. Further, I cannot contemplate any manner in which it would have been prejudiced, as contemplated when considering an extension of time.

[104] Third, as to the reasons for the delay, they are rooted in the conduct of the decision maker. The application judge found it was reasonable for Madawaska to view the Gaming Corporation's undertaking as permitting it to not treat the decision as final, at least until it received a response to its request. I agree with this assessment. It is my view that such conduct by a decision-maker falls within the exceptional circumstances that form a justifiable basis for granting an extension of time. In any event, even if the undertaking to consider Madawaska's request was not as clear as has been found by the application judge, the ambiguity generated by the Gaming Corporation's subsequent communication with Madawaska is such that it would be unjust to not consider this a sufficiently compelling reason for not having commenced the application while a decision from the Gaming Corporation on its request, which included the proposal of arbitration, was pending.

[105] Fourth, in considering the merits of the challenge to the decision targeted by the judicial review application, this is indisputably a situation where there can be no suggestion that the review sought was frivolous or without merit, or that there was no arguable case. This is evident, with the benefit of hindsight, from the disposition.

[106] Considering all of this, if necessary, I would have extended the time for Madawaska to commence its application under Rule 69.03.

[107] I would dismiss this ground of appeal.

C. *Did the application judge err in remitting the matter and should this Court make the Order requested in Madawaska's application for judicial review?*

[108] The Appellants maintain the judge erred in remitting the matter to the Gaming Corporation because he did so in a manner that deprived “the [Corporation] of its right to exercise [its residual statutory] discretion whether to share such profits under” s. 24(5)(b). The judge stated:

[...] The matter is remitted back to the Gaming Corporation with a direction that it share gaming profits from the Grey Rock Casino with Madawaska **in accordance with the provisions of s. 24(5)(b) of the GCA and provided Madawaska meets the conditions thereof.**

[Emphasis added; para. 77]

[109] This direction is only unclear if, as the Appellants contend, the Gaming Corporation has a residual discretion whether to pay 95% of the net profit, even where: (1) there is an agreement between the Province and Madawaska; (2) the agreement is in good standing; and (3) the net income claimed from the casino on the reserve is from “video gaming devices.” These express statutory conditions to profit-sharing have all been met. The application judge found that “[t]he Province concede[d] that the 2017 Self-Licensing Agreement satisfies the first requirement”; and, more critically, “no breaches of that agreement [were] alleged.” The last is satisfied by the determination that “video gaming devices” at the casino are included in s. 24(5)(b).

[110] The application judge did not expressly determine Madawaska's submission that the Gaming Corporation has no residual discretion under s. 24(5) that would permit it to decide not to pay its 95% share of the net profit if the express conditions precedent were met.

[111] Madawaska made extensive submissions in its brief to the application judge on the legal principles applicable to this issue. This was consistent with Madawaska's request, in its Notice of Application, for an order directing the Gaming Corporation “to share gaming profits from [the casino] with Madawaska.” It was only in

the alternative that Madawaska had requested that the matter be remitted to the Gaming Corporation for reconsideration based on a correct interpretation of s. 24(5)(b).

[112] The Appellants, on the other hand, asked the judge, if he concluded the casino had “video gaming devices,” to remit the matter to the Gaming Corporation so it could decide whether to exercise its discretion.

[113] While it may generally be preferable to remit a matter that has not been addressed by a decision maker, that is not the case here where it would serve no useful purpose to do so (*Vavilov*, at para. 142). Had the application judge concluded that the Gaming Corporation did not have the residual discretion it claimed to possess under s. 24(5)(b), as Madawaska had argued before him, it would have served no useful purpose to remit the matter to the Gaming Corporation.

[114] Similarly, this Court should not remit the matter to the Gaming Corporation unless it has the claimed residual discretion. This is an issue that we are in as good a position to decide as the application judge was on the record before him. Thus, we should make the decision that ought to have been made.

[115] The Appellants contend the Gaming Corporation’s residual discretion to pay, even where the conditions precedent to it having the ability to pay are met, comes from the use of “may pay” in s. 24(5)(b).

[116] There is no dispute that the meaning of “may,” and the Gaming Corporation’s obligation to pay when all conditions precedent are satisfied, depends upon the legislative intent, drawn from reading the provision in the context of the *Act*. Indeed, there is no dispute as to the applicable legal principles.

[117] The provision of the *Interpretation Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-13, s. 38, that addressed the use of “shall” and “may” in legislation was repealed in 2012. That said, even s. 38 was problematic since, as Professor Ruth Sullivan explains, in *Sullivan on the Construction of Statute* (7th ed., Lexis Nexis, 2022), “may” and “shall” are not opposites

but overlapping categories: “an official who is permitted to do a thing may in addition be obliged to do it” (p. 78).

[118] The general rule is that the word “may” alone is not determinative; “[...] it must be considered in context, having regard to the usual things – the *Act* as a whole, the purpose and scheme, the entire context” (*Butler v. Snelgrove*, 2015 NLCA 46, [2015] N.J. No. 332 (QL), at para. 26, quoting Sullivan). More specifically, in a situation where a power may be exercised only if all conditions precedent are met, once those conditions are fulfilled, the power conferred by “may” is considered to be coupled with the duty to act. As Sullivan, explains:

[4] Powers subject to condition precedent

When a legal power is conferred by a provision using the word “may”, the recipient has – in the absence of evidence to the contrary – a discretion to decide whether to exercise the power. Of course, this discretion is limited by the purposes for which it was conferred, its exercise must be reasonable and it may attract a duty of fairness or other administrative law duties. **When the exercise of a power is made subject to one or more conditions precedent, the discretion is further limited in that the power must not be exercised until the specified conditions are met. What is not so obvious, however, in some contexts at least, is whether the power must be exercised once all conditions are met.** Does an official who “may” confer a benefit if certain facts are established have discretion to decline to do so once the facts have been established?

At first glance this may seem like a foolish question. After all, if the legislature wished to impose an obligation, it could easily have used “shall” or “must” instead of “may”. But as Dickson C.J. cautions in *R. v. S. (S.)*, [[1990] 2 S.C.R. 254, [1990] S.C.J. No. 66 (QL), at para. 27] the use of may is not conclusive:

[...] my reasons should not be taken as an indication that the use of the term “may” alone is determinative of the question whether an obligation is imposed. [...] The absence of an obligation expressed in unequivocally mandatory language is, however, one factor which leads me to conclude

that the *Young Offenders Act* does not oblige the provinces to initiate a program of alternative measures. [para. 27]

In other words, the use of “may” implies discretion, but it does not preclude obligation. The interpreter must determine whether there is anything in the statute or in the circumstances that expressly or impliedly obliges the exercise of the power.

The leading authority on “may” and other expressions that confer a power is the judgment of the House of Lords in *Julius v. Lord Bishop of Oxford* [(180), 5 App. Cas. 214 (H.L.)]. Lord Cairns wrote:

[The words “shall be lawful” or “may”] confer a faculty or power, and they do not of themselves do more than confer a faculty or power. But there may be something in the nature of the thing empowered to be done, something in the object for which it is to be done, something in the conditions under which it is to be done, something in the title of the person or persons for whose benefit the power is to be exercised, which may couple the power with a duty, and make it the duty of the person in whom the power is reposed, to exercise that power when called upon to do so. [222-223]

[Where] a power is deposited with a public officer for the purpose of being used for the benefit of persons who are specifically pointed out, and with regard to whom a definition is supplied by the Legislature of the conditions upon which they are entitled to call for its exercise, that power ought to be exercised, and the Court will require it to be exercised. [225]

Lord Selborne wrote:

I agree ... that the meaning of such words [“shall be lawful” or “may”] is the same, whether there is or is not a duty or obligation to use the power which they confer. They are potential, and never (in themselves) significant of any obligation. The question whether a Judge, or a public officer, to whom a power is given by such words, is bound to use it upon any particular occasion, or in any particular manner, must be solved ... in general ...

from the context, from the particular provisions, or from the general scope and objects, of the enactment conferring the power. [235-236]

The comments of Lord Cairns and Lord Selborne are reminiscent of the modern principle. **The word “may” alone cannot determine the outcome; it must be considered in context, having regard to the usual things – the Act as a whole, the purpose and scheme, the entire context.** [Emphasis added; pp. 79-81]

[119] An example is *Brown v. Metropolitan Authority* (1996), 150 N.S.R. (2d) 43 [1996] N.S.J. No. 146 (QL) (C.A.), which Sullivan discusses. The court concluded that, once the conditions for compensation had been met, a duty arose to exercise the power to make the payment. This was the case because although imperative language was not used under the *Community of Sackville Landfill Compensation Act*, S.N.S. 1993, c. 71, the purpose of the statute would have been thwarted if the payment was discretionary (paras. 56-61).

[120] In addition to emphasizing that s. 24(5)(b) uses the words “may pay,” the Appellants’ principal submission that the legislative intent to reserve a discretion to pay, even where the conditions precedent are satisfied, is reflected by the use of “shall pay” in other provisions of the *Gaming Control Act*. For example: (1) “the profits of the Corporation shall be paid into the Consolidated Fund” (s. 22); and (2) “[e]ach year the Corporation shall, from its revenues, pay (a) to the Arts Development Trust Fund, the amount prescribed by regulation, and (b) to the Sport Development Trust Fund, the amount prescribed by regulation” (s. 23). In these provisions, there are no conditions precedent to payment. Further, they do not include agreements with third parties.

[121] While not raised before us, s. 11.1(4) of the *Revenue Administration Act* uses the word “shall” in relation to sharing tax revenue. It provides that the revenue from taxes collected on a reserve “shall be shared in accordance with the agreement and the band’s share of the revenue shall be paid out of the Consolidated Fund.” However, as in ss. 22 and 23 of the *Gaming Control Act*, under s. 11.1(4) there are no statutory conditions precedent to the Province’s obligation to pay. Indeed, the payment obligation

regarding the sharing of tax revenue is grounded in a contractual obligation under the Revenue Sharing Agreement.

[122] When asked what factors the Gaming Corporation would consider in deciding whether to exercise the discretion to share profit, which it says s. 24(5)(b) provides, the Appellants could not identify any that expanded upon the following assertion, from their written submission:

The discretionary aspect of the provision is whether, if it has been established that the lottery scheme utilizes video gaming devices, the Corporation will share profits with the Respondent. **This is essentially a policy decision, involving various social and economic factors**, the consideration of which the Legislature left solely to the Corporation. [Emphasis added.]

[123] Referring to the above passage, Madawaska maintains the Gaming Corporation has raised for the first time, on appeal to this Court, that its sharing of profits under s. 24(5)(b) required, or permitted, it to decide, for policy reasons that such a payment was warranted, based on a consideration of social and economic factors.

[124] When pressed, the Appellants could not identify what the social and economic factors would include, and it was acknowledged that there was nothing in the record to indicate what they could include, for the periods at issue or otherwise. Given Madawaska's Notice of Application requested an order requiring the Gaming Corporation to pay its share of the net income, the Appellants' position that the matter ought to be remitted to the Gaming Corporation for it to exercise its discretion (if the meaning of "video gaming devices" were determined by the court in Madawaska's favour), it might have been helpful to animate the factors asserted to be applicable to the claimed statutory discretion. None of this is to say that, by not having previously asserted the Gaming Corporation had this discretion, or not identifying the factors applicable to its exercise, bears on the determination of the legislative intent of the provision; however, it makes it more difficult to identify the link between the claimed discretion and the object and purposes of the *Gaming Control Act*, and s. 24 in particular.

[125] While the purposes of the Act include regulating casinos and other gaming premises “so as to contribute to the level of sustainable economic activity within the Province and contribute to the net revenue of the Province,” the purposes of the Self-Licensing Agreement regarding on-reserve gaming, which is a condition precedent to the profit sharing in s. 24(5)(b), are reflected in the recitals to the current Self-Licensing Agreement, formed in 2017, which include:

- (a) the First Nation intends to establish, license and regulate gaming activities on its lands **in order to promote the development of a strong and balanced economy upon its lands and will dedicate the profits from such gaming activities to the public purposes of the First Nation;**
- (b) **the Province respects the right of the First Nation to govern its own affairs and the Province has negotiated this agreement with the First Nation on a government-to-government basis** without the intervention or participation of any other Indian Band or aboriginal group or association[.]

[Emphasis added.]

[126] To the extent that the claimed discretion is rooted in the purpose of the *Gaming Control Act* to “contribute to the net revenue of the Province,” which the Appellants appear to contend, this is qualified by the objects of the Self-Licensing Agreement.

[127] Additionally, as noted above, the obligation to pay 95% of the net profit under s. 11.2(4)(b) was enacted in 1996 in response to the 1995 Revenue Sharing Agreements and in contemplation of the Province entering into Self-Licensing Agreements with individual First Nations. This was the same proportion of the tobacco, gasoline, and sales taxes the Province expressly agreed to pay under the Revenue Sharing Agreements.

[128] While I do not suggest, on the record before us, that the Province contracted to pay 95% in relation to on-reserve gaming, as it did in relation to the various taxes, it is nevertheless difficult to accept that the object of s. 24 is to authorize the

Province to enter into a Self-Licensing Agreement, to permit the Gaming Corporation, subject to conditions precedent, to pay 95% of the profits, and to incorporate a discretion in the Gaming Corporation, even where the conditions are satisfied, that permits it not to pay any of the 95% profit, without providing any identifiable basis upon which to guide the reasonable exercise of that discretion.

[129] The provision does not use language that permits the Gaming Corporation to pay up to 95%. This is recognized by the Appellants, who contend the Gaming Corporation has the discretion to decide whether to pay at all.

[130] In my opinion, the Legislature intended the use of “may” to be restrictive in the sense that the Gaming Corporation is authorized to pay provided a First Nation has satisfied the express conditions precedent identified in s.24(5); it is not to confer a residual discretion on the Gaming Corporation to refuse to pay if they are satisfied. In sum, the Gaming Corporation does not have the residual discretion it claims under s. 24(5).

[131] Finally, it is necessary to explain why I would order the Gaming Corporation pay 95% of the net profits from video gaming devices used at the casino and not the net profits from all gaming at the casino.

[132] At the hearing, Madawaska was asked by the Court to clarify its position in this regard; it maintained s. 24(5)(b) entitled it to share in the profits from all gaming at the casino since, it asserted, the casino is “a lottery scheme that utilizes video gaming devices.” As will be seen, this accords with the position that Madawaska appears to have advanced in its Notice of Application.

[133] Madawaska did not explicitly advance this position in its written submission to this Court, nor did it set out an interpretative analysis that would support it. In the part of its submission setting out its position that this Court should not remit the matter back to the Gaming Corporation (since it would serve no useful purpose to do so), Madawaska stated that the application judge found “the only reasonable interpretation of

s. 24(5)(b) requires the Corporation to share profits from video gaming devices at [the casino] with Madawaska,” and “[t]his was the correct conclusion.” The Appellants’ written submission is silent on the issue.

[134] However, in its Notice of Application, Madawaska requested an order “directing the Corporation to share gaming profits from [the casino] with Madawaska.” Additionally, in its brief to the application judge, Madawaska similarly claimed the casino was a “lottery scheme” and the judge should order “the Corporation to share profits from” the casino with Madawaska. The application judge did not expressly address the distinction between sharing net profits from video gaming devices used at the casino and Madawaska’s claim to a share of the net profits from all gaming at the casino.

[135] Madawaska’s characterization of the casino as “a lottery scheme on the band’s reserve that utilizes video gaming devices” may be a fair description, depending on the context; however, the meaning of that phrase in the context of s. 24(5)(b) is a different matter. In my opinion, the phrase is intended to identify the type of devices for which the Gaming Corporation is to share profits with a First Nation, when they are used on a reserve for gaming authorized under the *Gaming Control Act*. The phrase does not indicate a legislative intention to establish a condition that, if met by using one or more video gaming devices, obligates the Gaming Corporation to share profits from all gaming activities at a casino.

[136] As explained above, the *Criminal Code* definition of “lottery scheme” identifies types of gaming. This was the case in 1990, when s. 7.1 of the *Lotteries Act* first used the phrase(s) “a lottery scheme(s) that utilize(s) video gaming devices” to provide for the use of video lottery terminals in the province. This is also the case under the current definition. This said, the phrase is also used in the legislation in a manner that is consistent with the plain meaning of the word “scheme,” in the sense of “program”; for example, where the ALC is permitted to develop and manage a “lottery scheme,” meaning a gaming program for video gaming devices that satisfy the conditions of the *Video Lottery Scheme Regulation*.

[137] When the revenue sharing provision was enacted in 1996, the terminology was used in requiring the payment of 95% of “the net profits of the Corporation [...] from a lottery scheme on the band’s reserve that utilizes video gaming devices” (emphasis added).

[138] Read in context, the target of this provision was undoubtedly profits from on-reserve gaming conducted with video gaming devices. It was not the profits derived from a gaming enterprise “on the band’s reserve” that included gaming with one or more video gaming devices. Casinos were not contemplated at that time and there was no indication of a legislative intention to connect the profits to be shared to the notion of an enterprise where multiple forms of gaming occurred.

[139] Additionally, the intention to share profit generated from video gaming devices used on the reserve is consistent with the Legislature’s decision to separately provide in s. 24(5)(a) for a sharing of income generated from “Breakopen tickets... use[d] in a lottery scheme on the band’s reserve.”

[140] The enactment of the *Gaming Control Act* in 2008 did not make any change to these words, and the introduction of casinos did not otherwise indicate an intention to alter the target of the profits to be shared under s. 24(5)(b).

[141] The recognition of a casino as a place or an enterprise, with revenue from gaming aggregated, regardless of the type of device used, is seen in the 2014 casino agreement. It defines Gross Gaming Revenue as all wagers placed at the casino (less winnings) “but excludes revenue generated from bingo and ‘all other aspects of’” the casino. While perfectly understandable for a variety of purposes, any such notion of gross revenue or profit from a casino or other establishment is not connected to the Gaming Corporation’s obligation to share, under s. 24(5)(b), the net profit from video gaming devices used on a reserve.

[142] In sum, the obligation under s. 24(5)(b) is to share net profit from the video gaming devices used on the reserve, which includes those used at the casino.

IV. Disposition

[143] I would allow the appeal solely for the purpose of varying para. 2 of the Judgment Following Hearing or Trial (pursuant to Rule 62.21(5)) to set aside the referral back and to order that the New Brunswick Lotteries and Gaming Corporation pay Madawaska First Nation 95% of the net profits of the Corporation, after provision for prizes and the payment of expenses, from video gaming devices used at the casino on Madawaska's reserve. Additionally, I would order the Appellants pay one set of costs on appeal in the amount \$5,000.

Criminal Code / Code Criminel

Definition of lottery scheme

207(4) In this section, *lottery scheme* means a game or any proposal, scheme, plan, means, device, contrivance or operation described in any of paragraphs 206(1)(a) to (g), whether or not it involves betting, pool selling or a pool system of betting other than

(a) three-card monte, punch board or coin table;

(b) bookmaking, pool selling or the making or recording of bets, including bets made through the agency of a pool or pari-mutuel system, on any horse-race; or

(c) for the purposes of paragraphs (1)(b) to (f), a game or proposal, scheme, plan, means, device, contrivance or operation described in any of paragraphs 206(1)(a) to (g) that is operated on or through a computer, video device, slot machine or a dice game.

Loterie

207(4) Pour l’application du présent article, *loterie* s’entend des jeux, moyens, systèmes, dispositifs ou opérations mentionnés aux alinéas 206(1)a) à g), qu’ils soient ou non associés au pari, à la vente d’une mise collective ou à des paris collectifs, à l’exception de ce qui suit :

a) un jeu de bonneteau, une planchette à poinçonner ou une table à monnaie;

b) le bookmaking, la vente d’une mise collective ou l’inscription ou la prise de paris, y compris les paris faits par mise collective ou par un système de paris collectifs ou de pari mutuel, sur une course de chevaux;

c) pour l’application des alinéas (1)b) à f), un jeu de dés ou les jeux, moyens, systèmes, dispositifs ou opérations mentionnés aux alinéas 206(1)a) à g) qui sont exploités par un ordinateur, un dispositif électronique de visualisation ou un appareil à sous ou à l’aide de ceux-ci.

Revenue Administration Act / Loi sur l’administration du revenu

AGREEMENTS WITH BANDS

Sharing of tax revenues with bands

11.1(1) Notwithstanding any other provision in this Act or any provision in any revenue Act or any regulations under those Acts, the Minister may, on behalf of Her Majesty the Queen in right of the

ACCORDS AVEC LES BANDES

Partage des revenus de taxes avec les bandes

11.1(1) Nonobstant toute autre disposition de la présente loi ou toute disposition de toute loi fiscale ou de tous règlements établis en vertu de ces lois, le Ministre peut, au nom de Sa Majesté la Reine du

Province, enter into an agreement with a band with respect to the sharing of the revenue from the taxes referred to in the agreement that are collected on the band's reserve from taxpayers who are not Indians.

11.1(2) The parties to an agreement under subsection (1) may amend the agreement for the purpose of applying the agreement to any addition to the reserve described in the amendment.

11.1(3) An agreement under subsection (1) may be amended, terminated or cancelled in accordance with this section and the terms and conditions in the agreement.

11.1(4) The revenue from the collection of the taxes referred to in an agreement under subsection (1) shall be shared in accordance with the agreement and the band's share of the revenue shall be paid out of the Consolidated Fund.

chef de la province, conclure un accord avec une bande à l'égard du partage du revenu provenant des taxes visées à l'accord qui sont perçues sur la réserve de la bande de la part de contribuables qui ne sont pas des Indiens.

11.1(2) Les parties à un accord établi en vertu du paragraphe (1) peuvent modifier l'accord aux fins d'appliquer l'accord à toute addition à la réserve décrite dans la modification.

11.1(3) Un accord établi en vertu du paragraphe (1) peut être modifié, résilié ou annulé conformément au présent article et aux modalités et conditions de l'accord.

11.1(4) Le revenu provenant de la perception des taxes visées à l'accord établi en vertu du paragraphe (1) doit être partagé conformément à l'accord et la part de la bande provenant du revenu est payée sur le Fonds consolidé.

LE JUGE FRENCH

I. Aperçu et questions en litige

- [1] Le litige dans le présent appel découle de la conclusion de la Société des loteries et des jeux du Nouveau-Brunswick selon laquelle l'art. 24 de la *Loi sur la réglementation des jeux*, L.N.-B. 2008, ch. G-1.5, ne lui confère pas la capacité ou l'obligation de verser à la Première Nation de Madawaska une part des profits générés par les jeux tenus sur les appareils de jeux vidéo du casino sur sa réserve. À l'issue de la révision judiciaire, le juge saisi de la requête n'a pas entériné sa conclusion.
- [2] À l'art. 24, les termes « bande » et « réserve » sont définis par renvoi aux définitions de ces termes dans la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5. Toutefois, au lieu du terme « bande », j'emploierai « Première Nation » et je désignerai l'intimée, la Première Nation de Madawaska, par l'appellation Madawaska.
- [3] Conformément à leur objectif de réglementer les jeux dans la province, les dispositions de la *Loi sur la réglementation des jeux* sont essentiellement d'application générale; toutefois, comme l'indique son historique législatif, l'objet de l'art. 24 est plus ciblé et son application est beaucoup plus limitée.
- [4] Une disposition législative concernant le partage des profits générés par les jeux tenus sur la réserve d'une Première Nation a été adoptée pour la première fois en 1996, sous la forme d'une modification distincte de la *Loi sur les loteries*, L.N.-B. 1976, ch. L-13.1. L'article 11.2 était la réponse législative à la Province du Nouveau-Brunswick qui avait conclu des accords avec différentes Premières Nations en 1995. Ces accords, qui étaient communément appelés accords de partage des recettes, établissaient le cadre d'une entente à venir concernant les jeux tenus sur la réserve d'une Première Nation et le partage des profits tirés de ces jeux, accords que l'on appelle des accords sur la

délivrance autonome de licences. Incidemment, ce n'était qu'une petite partie des accords de partage des recettes. Ils portaient principalement sur l'accord de la province de verser immédiatement aux Premières nations 95 % des taxes sur le tabac et l'essence et de la taxe de vente perçues sur les réserves des personnes autres que des Indiens inscrits.

[5] Pour l'application des accords sur la délivrance autonome de licences, le par. 11.2(1) autorisait le ministre des Finances à conclure un accord avec une Première Nation concernant la tenue d'une loterie sur sa réserve; le par. 11.2(4) énonçait que (1) le Ministre peut payer à la Première Nation « [les frais de] tous billets à languette » utilisés sur la réserve (al. 11.2(4)a)) et que (2) la Commission des loteries peut payer à la Première Nation 95 % des profits nets provenant du jeu « sur la réserve de la bande qui utilise des appareils de jeux vidéo » (je souligne; al. 11.2(4)b)).

[6] En 2007, la Province et Madawaska ont conclu l'accord prescrit concernant les jeux sur la réserve, comme prévu au par. 11.2(1). Depuis lors, le Ministre a payé à Madawaska les [frais des] « billets à languette » utilisés sur la réserve et, depuis avril 2008, la Commission des loteries (désormais la Société des loteries et des jeux du Nouveau-Brunswick) lui a versé 95 % des profits nets provenant des terminaux de loterie vidéo sur la réserve qui étaient gérés par la Société des loteries de l'Atlantique (la SLA).

[7] En 2008, la *Loi sur la réglementation des jeux* a été édictée, abrogeant la *Loi sur les loteries* et couvrant, notamment, l'exploitation des casinos au Nouveau-Brunswick. Les principaux règlements pris en vertu de la nouvelle *Loi* comprenaient le *Règlement sur les casinos*, Règl. du N.-B. 2009-24, et le *Règlement sur les systèmes de loterie vidéo*, Règl. du N.-B. 2008-112, qui reprenait essentiellement le texte du précédent *Règlement sur les systèmes de loterie vidéo*, Règl. du N.-B. 90-142, pris en vertu de la *Loi sur les loteries*. Ce qui est important en l'espèce, c'est que l'art. 11.2 a été repris par l'art. 24, sans aucune modification importante. En effet, comme l'al. 11.2(4)b), l'al. 24(5)b) prévoit que la Société des loteries et des jeux du Nouveau-Brunswick peut payer à la Première Nation 95 % des profits nets provenant des jeux « sur la réserve de la bande qui utilise des appareils de jeux vidéo » (je souligne).

[8] La part de 95 % qui revenait à Madawaska sur les profits nets provenant des terminaux de loterie vidéo sur sa réserve était considérable. En 2015, elle a reçu plus de 1,8 million de dollars. Cependant, après l'ouverture d'un casino sur la réserve en 2015, le revenu versé par la Société des loteries et des jeux a été réduit à moins de 1,3 million (en 2017) et, après que la SLA eut retiré le dernier de ses 35 terminaux de loterie vidéo, le revenu versé par la Société des loteries et des jeux a été réduit à moins de 10 000 \$ (en 2018).

[9] En juillet 2019, Madawaska a demandé à la Société des loteries et des jeux de partager, conformément à l'al. 24(5)b), les profits nets provenant des « appareils de jeux vidéo » utilisés au casino sur la réserve. Elle a soutenu que les appareils utilisés au casino étaient du même type que ceux utilisés par la SLA, qui avaient fait l'objet d'un partage des profits.

[10] Ni la *Loi sur la réglementation des jeux*, ni le *Règlement sur les systèmes de loterie vidéo*, ni le *Règlement sur les casinos* ne définissent les termes « appareils de jeux vidéo » ou « terminaux de loterie vidéo ». Pareillement, ces termes n'étaient pas définis dans la *Loi sur les loteries* ou ses règlements d'application.

[11] En octobre 2019, la Société des loteries et des jeux a avisé Madawaska qu'elle ne pouvait pas partager les profits provenant des appareils de jeux utilisés dans les casinos parce qu'il ne s'agissait pas d'« appareils de jeux vidéo » au sens de l'al. 24(5)b). Elle a interprété le terme « appareils de jeux vidéo » comme devant couvrir uniquement les appareils faisant partie du « système de loterie vidéo » géré par la SLA en vertu du *Règlement sur les systèmes de loterie vidéo*.

[12] Le lendemain, Madawaska a réclamé la tenue d'une réunion avec la Société des loteries et des jeux pour discuter de leurs interprétations divergentes du terme « appareils de jeux vidéo » pour l'application de l'al. 24(5)b) et, à défaut d'un changement de position de la Société, pour discuter de la possibilité de recourir à la clause d'arbitrage de l'accord intervenu entre Madawaska et la Province en vue de faire

trancher le différend. La Société des loteries et des jeux a répondu plus tard par écrit que le problème serait soumis au conseil d'administration. La Société a par la suite indiqué que le problème soulevé par Madawaska était à l'ordre du jour de la réunion du conseil d'administration du 5 décembre.

[13] En décembre 2019, Madawaska a été informée par courriel qu'il n'y aurait pas de réunion pour discuter du problème, car la Société des loteries et des jeux avait, [TRADUCTION] « [après] une analyse plus poussée [...] et [un examen attentif par] les membres du conseil d'administration », maintenu sa position selon laquelle les « appareils de jeux vidéo » au sens de l'al. 24(5)b) ne font pas partie des appareils utilisés dans un casino. En janvier 2020, elle a envoyé une lettre en ce sens.

[14] Madawaska a déposé une requête en révision judiciaire de la décision de janvier 2020. Dans son avis de requête, Madawaska a affirmé que la requête a été introduite dans le délai prescrit à cette fin et a demandé, à titre subsidiaire, une ordonnance de prolongation du délai, au titre de la règle 69.03 des *Règles de procédure*. Les appelantes ont déposé une motion demandant le rejet de la requête en révision pour défaut d'introduction dans les trois mois suivant l'envoi de la lettre d'octobre 2019 de la Société des loteries et des jeux.

[15] En se fondant sur la lettre de janvier 2020, le juge saisi de la requête a statué que la demande avait été introduite dans le délai prescrit par la règle 69.03 et, par conséquent, il n'a pas examiné la demande subsidiaire de Madawaska visant à obtenir une ordonnance de prolongation du délai. La question de savoir si le désaccord sur la position de la Société des loteries et des jeux relative à sa capacité de payer prévue à l'al. 24(5)b) aurait pu être traité dans le cadre d'une demande d'interprétation de la loi, présentée sous le régime de la règle 16, ou d'une action en recouvrement d'une somme due, n'a pas été soulevée.

[16] En outre, le juge a estimé que le refus de payer de la Société des loteries et des jeux, fondé sur sa conclusion que l'al. 24(5)b) ne lui donnait pas le pouvoir de le faire, était déraisonnable :

[TRADUCTION]

Les profits des TLV se trouvant au Madawaska Entertainment Centre étaient partagés avec Madawaska jusqu'à ce que les 35 appareils soient retirés après l'ouverture du casino Grey Rock. Le casino Grey Rock est le premier (et le seul) casino aménagé sur une réserve. À mon avis, si la Province souhaitait cesser de partager avec Madawaska les profits tirés des dispositifs qui, manifestement, sont des « appareils de jeux vidéo », elle avait l'obligation de le faire explicitement. Elle aurait pu le faire de deux façons. Tout d'abord, elle aurait pu modifier la *Loi* pour faire la distinction entre les systèmes de loterie dans les casinos et les autres systèmes de loterie. Aucun [TRADUCTION] « découpage » de ce type n'a été effectué. Deuxièmement, elle aurait pu modifier la *Loi* pour définir les « appareils de jeux vidéo » afin d'exclure les dispositifs utilisés dans un casino (c'est-à-dire les appareils de jeux électroniques). Cela n'a pas été fait non plus.

Plutôt, la Province s'appuie sur l'art. 6 du *Règlement sur les systèmes de loterie vidéo* pour importer cette définition dans la *Loi*. Je rejette la thèse de la Province. L'article 6 du *Règlement sur les systèmes de loterie vidéo* ne définit pas le terme « appareil de jeu vidéo ». Il énonce plutôt la liste des caractéristiques qu'un « appareil de jeu vidéo utilisé dans l'exploitation d'un système de loterie vidéo » doit présenter. Il ne donne pas les caractéristiques que doivent présenter les appareils de jeux de casino. Je rejette l'argument selon lequel, par déduction nécessaire, les appareils utilisés au casino Grey Rock qui ne présentent pas ces mêmes caractéristiques ne sont pas des « appareils de jeux vidéo ».

[...]

Enfin, la Société s'est fondée sur le terme « appareil de jeu électronique » employé dans le *Règlement sur les casinos* pour limiter la portée de son pouvoir de partager les profits. Mes observations sur le recours à l'art. 6 du *Règlement sur les systèmes de loterie vidéo* pour limiter le pouvoir d'origine législative conféré à l'al. 24(5)b) visent

également l'utilisation à dessein du *Règlement sur les casinos*. En tout état de cause et à la lumière de ce qui précède, les appareils du casino sont manifestement visés par la définition du terme « appareil de jeu électronique », s'agissant d'« [a]ppareil[s] servant à participer à une loterie au moyen d'un ordinateur ou d'un dispositif vidéo ».

[...]

L'alinéa 24(5)b) de la *Loi* permet à la Société de partager les profits tirés d'un système de loterie exploité sur la réserve d'une Première Nation qui utilise des « appareils de jeux vidéo ». Le terme « appareil de jeu vidéo » n'est défini nulle part dans le régime législatif. Cependant, selon le *Règlement sur les casinos*, le terme « appareil de jeu électronique » s'entend d'un « [a]ppareil servant à participer à une loterie au moyen d'un ordinateur ou d'un dispositif vidéo ». Compte tenu du sens ordinaire de ces mots, le terme « appareil de jeu électronique » vise notamment les « appareils de jeux vidéo ». Comme le casino Grey Rock utilise des « appareils de jeux électroniques » qui sont des « appareils de jeux vidéo », l'al. 24(5)b) de la *Loi* autorise la Société à en partager les profits avec Madawaska. [Je souligne; par. 66, 67, 71 et 74]

[17] Ayant conclu que la Société des loteries et des jeux avait le pouvoir de partager les profits nets provenant des appareils du casino, il a renvoyé l'affaire à la Société :

[TRADUCTION]

[...] L'affaire est renvoyée à la Société avec la directive de partager les profits réalisés des jeux au casino Grey Rock avec Madawaska conformément aux dispositions de l'al. 24(5)b) de la *Loi*, pourvu que Madawaska satisfasse aux conditions qui y sont prescrites. [par. 77]

II. Questions en appel

[18] La Société des loteries et des jeux et la Province, représentée par le ministre des Finances, ont interjeté appel. Elles prétendent que le juge a fait erreur :

- 1) en tirant la conclusion de fait voulant que la décision visée par la révision judiciaire demandée par Madawaska avait été prise en janvier 2020;
- 2) en concluant que l'al. 24(5)b) conférait à la Société des loteries et des jeux le pouvoir de partager les profits provenant des jeux au casino en :
 - a) n'appliquant pas correctement la norme de la raisonnable à la décision de la Société selon laquelle les appareils du casino [TRADUCTION] « ne sont pas des appareils de jeux vidéo pour l'application » de l'al. 24(5)b),
 - b) (i) [TRADUCTION] « en ne reconnaissant pas l'expertise de la [Société] dans l'interprétation de sa loi constitutive »;
(ii) [TRADUCTION] « en ne reconnaissant pas la retenue dont il y a lieu de faire preuve à l'égard de [sa] décision selon laquelle l'al. 24(5)b) ne lui conférait pas le pouvoir de [...] partager les profits provenant des jeux au casino »; (iii) [TRADUCTION] « en appliquant, en fait, la norme de la décision correcte dans sa révision de la décision »;
- 3) en ordonnant à la Société des loteries et des jeux (lors du renvoi de l'affaire) de partager les profits provenant des jeux au casino, [TRADUCTION] « privant ainsi la [Société] de son droit d'exercer [le pouvoir discrétionnaire résiduel conféré par l'al. 24(5)b)] de partager ou non ces profits ».

[19] Je rejetterais l'appel. Premièrement, il n'y a pas d'erreur justifiant d'infirmer la détermination du juge selon laquelle la demande de Madawaska a été introduite dans le délai prescrit compte tenu de la déclaration écrite de la Société des loteries et des jeux (du 7 octobre 2019) selon laquelle elle traiterait la demande de Madawaska de tenir une réunion où elle pourrait être entendue sur l'interprétation de l'al. 24(5)b) et, à titre subsidiaire, sur la question de l'arbitrage. En outre, malgré le fait

que le juge n'a pas tranché (1) l'argument de Madawaska selon lequel la communication d'octobre 2019 n'était pas définitive ni (2) sa demande d'ordonnance, le cas échéant, de prolongation du délai pour introduire sa requête, si j'avais conclu que le juge saisi de la requête avait commis une erreur, j'aurais tranché ces questions en faveur de Madawaska, ce qui aurait permis de décider que sa requête avait été introduite dans le délai prescrit.

[20] Deuxièmement, le juge saisi de la requête n'a pas procédé à une révision [TRADUCTION] « effective » selon la norme de la décision correcte, comme le prétendent les appelantes. Il a examiné le caractère raisonnable de la décision et, en appliquant l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653, il a considéré comme il se devait le cadre législatif dans lequel la décision a été prise. Ni l'expertise de la Société des loteries et des jeux ni la retenue dont il fallait faire preuve à l'égard de l'évaluation qu'elle fait de sa propre loi constitutive ne permettent de faire fi du langage clair de l'al. 24(5)b), qui est cohérent avec une lecture contextuelle de la disposition eu égard à l'économie de la *Loi sur la réglementation des jeux* et de ses règlements d'application. En outre, il n'y a pas d'erreur dans sa détermination que la décision de la Société des loteries et des jeux n'était pas raisonnable parce que l'interprétation qu'elle donne de la disposition n'est pas justifiable.

[21] Enfin, le juge saisi de la requête n'a pas décidé que l'al. 24(5)b) ne confère pas à la Société des loteries et des jeux un pouvoir discrétionnaire résiduel lui permettant de refuser de payer Madawaska. Toutefois, en appel, Madawaska a demandé à notre Cour d'ordonner à la Société des loteries et des jeux de payer puisque le par. 24(5) ne lui confère pas de pouvoir discrétionnaire résiduel qui lui permettrait de refuser de le faire – une position que cette dernière a avancée devant le juge saisi de la requête, mais qui n'a pas été abordée. Puisque notre Cour est aussi bien placée pour trancher la question, plutôt que de la retourner au juge saisi de la requête, je rendrai la décision qui aurait dû être rendue à partir du dossier dont il disposait. À mon avis, la Société des loteries et des jeux ne dispose pas du pouvoir discrétionnaire résiduel qu'elle prétend avoir, et Madawaska devrait recevoir sa part des profits nets provenant des appareils de jeux vidéo du casino.

III. Analyse

[22] J'aborderai d'abord la contestation par les appelantes de la conclusion du juge saisi de la requête selon laquelle l'interprétation que la Société des loteries et des jeux a donnée à l'al. 24(5)b) n'était pas raisonnable.

A. *Le juge a-t-il commis une erreur en concluant que l'interprétation que la Société des loteries et des jeux a donnée au terme « appareils de jeux vidéo » était déraisonnable?*

[23] Dans le cadre de l'appel d'une décision statuant sur une requête en révision judiciaire, le tribunal d'appel est tenu de se mettre à la place du juge saisi de la requête; comme il a récemment été déclaré dans l'arrêt *Régie régionale de la santé B, faisant affaire sous la raison sociale Réseau de santé Horizon c. D^{re} deVries*, 2022 NBCA 20, [2022] A.N.-B. n° 94 (QL) :

Habituellement, lors de l'examen d'une décision rendue à l'issue d'une révision judiciaire, le rôle de notre Cour est de déterminer si le juge saisi de la requête a choisi la bonne norme de contrôle et s'il l'a appliquée correctement : *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559, aux par. 45 à 47; *Ayotte c. Université de Moncton*, 2021 NBCA 15, [2021] A.N.-B. n° 70 (QL), au par. 18. [par. 3]

[24] Le juge saisi de la requête a appliqué la norme du caractère raisonnable dans sa révision de la décision de la Société des loteries et des jeux. Comme il l'a expliqué :

[TRADUCTION]

La requête en révision judiciaire de Madawaska est fondée sur son allégation selon laquelle la Société a mal interprété l'al. 24(5)b) de la *Loi* et a limité à tort la portée de cette disposition. Les deux parties conviennent que la norme de contrôle est celle du « caractère raisonnable ». Bien que les arguments de Madawaska soient généralement fondés sur

la norme du caractère raisonnable, elle allègue de plus que, en interprétant de manière erronée la *Loi*, la Société a également entravé son pouvoir discrétionnaire et que la décision devrait être annulée sur ce seul fondement. Somme toute, elle fait allusion à la norme de la décision « correcte ». Or, la norme de contrôle est celle du caractère raisonnable. [par. 36]

[25] Il ne fait aucun doute que le juge saisi de la requête a cerné la bonne norme de contrôle.

[26] Toutefois, les appelantes affirment que, bien qu'il ait déclaré à juste titre qu'il était tenu d'appliquer la norme du caractère raisonnable, le juge saisi de la requête [TRADUCTION] « a appliqué, en fait, la norme de la décision correcte dans sa révision de la décision ». Cette affirmation est fondée principalement sur leur prétention qu'il n'a pas adéquatement [TRADUCTION] « reconnu l'expertise de la [Société] eu égard à l'interprétation de sa loi constitutive » ni [TRADUCTION] « reconnu qu'il y avait lieu de faire preuve de retenue » à l'égard de sa décision. À mon avis, ces affirmations caractérisent mal la révision et il n'est pas nécessaire d'en dire plus à ce sujet.

[27] Ce qu'il reste à traiter dans la présente partie de mes motifs, c'est l'affirmation des appelantes selon laquelle l'analyse interprétative du juge saisi de la requête est défectueuse et n'étaye pas sa détermination voulant que l'interprétation était déraisonnable.

[28] Pour être raisonnable, une décision « doit être justifiée au regard de l'ensemble du droit et des faits pertinents » (*Vavilov*, par. 105). Cela signifie notamment qu'elle doit être justifiée par rapport au « régime législatif applicable, [à] tout autre principe législatif ou principe de common law pertinent [et aux] principes d'interprétation des lois » (*Vavilov*, par. 106).

[29] Une décision fondée sur l'interprétation d'une disposition législative peut être déraisonnable, et indéfendable, si elle ne prend pas en compte « un élément clé du

texte, du contexte ou de l'objet d'une disposition législative », et qu'elle aurait pu être différente si cet élément avait été pris en compte (*Vavilov*, par. 122). En outre, la révision d'une décision eu égard au caractère raisonnable de son interprétation de la loi peut conduire à la conclusion « que l'interaction du texte, du contexte et de l'objet ouvrent la porte à une seule interprétation raisonnable de la disposition législative en cause » (*Vavilov*, par. 124).

[30] Ces principes ont guidé la révision de la décision de la Société des loteries et des jeux par le juge saisi de la requête. Il a cité les passages suivants de la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Vavilov*, qu'il me semble également utile de reproduire :

Il se peut qu'au moment d'interpréter une disposition législative, le décideur administratif ne tienne aucunement compte d'un aspect pertinent de son texte, de son contexte ou de son objet. Lorsqu'il s'agit d'un aspect mineur du contexte interprétatif, cette omission n'est pas susceptible de compromettre la décision dans son ensemble. Il est bien établi que les décideurs ne sont pas tenus « de traiter expressément de toutes les interprétations possibles » d'une disposition donnée : *Construction Labour Relations c. Driver Iron Inc.*, 2012 CSC 65, [2012] 3 R.C.S. 405, par. 3. À l'instar des juges, les décideurs administratifs peuvent estimer qu'il n'est pas nécessaire de s'attarder, dans leurs motifs, au moindre signal d'une intention législative. Dans bien des cas, il peut se révéler nécessaire de ne prendre en compte que les aspects principaux du texte, du contexte ou de l'objet. **Toutefois, s'il est manifeste que le décideur administratif aurait pu fort bien arriver à un résultat différent s'il avait pris en compte un élément clé du texte, du contexte ou de l'objet d'une disposition législative, le défaut de tenir compte de cet élément pourrait alors être indéfendable et déraisonnable dans les circonstances.** Comme d'autres aspects du contrôle selon la norme de la décision raisonnable, les omissions ne justifient pas à elles seules l'intervention judiciaire : **il s'agit principalement de savoir si l'aspect omis de l'analyse amène la cour de révision à perdre confiance dans le résultat auquel est arrivé le décideur.**

Par ailleurs, il se peut que le décideur administratif n'examine pas expressément dans ses motifs le sens d'une disposition pertinente, mais que la cour de révision soit en mesure de discerner l'interprétation adoptée à la lumière du dossier et de se prononcer sur le caractère raisonnable de cette interprétation.

Enfin, même si la cour qui effectue un contrôle selon la norme de la décision raisonnable *ne doit pas* procéder à une analyse *de novo* ni déterminer l'interprétation « correcte » d'une disposition contestée, **il devient parfois évident, lors du contrôle de la décision, que l'interaction du texte, du contexte et de l'objet ouvrent la porte à une seule interprétation raisonnable de la disposition législative en cause ou de l'aspect contesté de celle-ci** : *Dunsmuir*, par. 72-76. Cette conclusion a été tirée notamment dans l'arrêt *Nova Tube Inc./Nova Steel Inc. c. Conares Metal Supply Ltd.*, 2019 CAF 52, où, après avoir analysé le raisonnement du décideur administratif (par. 26-61 (CanLII)), le juge Laskin a statué que l'interprétation de ce décideur était déraisonnable et, en outre, que les facteurs dont il a tenu compte militaient si fortement en faveur de l'interprétation contraire qu'elle constituait la seule interprétation raisonnable de la disposition en cause : par. 61. **Comme nous l'expliquerons plus loin, il ne servirait à rien de renvoyer la question de l'interprétation au décideur initial en pareil cas. Par contre, les cours de justice devraient généralement hésiter à se prononcer de manière définitive sur l'interprétation d'une disposition qui relève de la compétence d'un décideur administratif.**

[Les caractères gras et le soulignement sont de moi;
par. 122 à 124]

(1) Article 24 et interprétation du terme « appareils de jeux vidéo »

[31] Comme le terme « appareils de jeux vidéo » n'est pas défini, l'intention du législateur concernant le type d'appareils permettant à la Société des loteries et des jeux de partager les profits générés par les jeux « sur la réserve de la bande qui utilise des appareils de jeux vidéo, » doit découler de la lecture de ce terme « dans [son] contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur » (voir *Rizzo & Rizzo*

Shoes Ltd. (Re), [1998] 1 R.C.S. 27, [1998] A.C.S. n° 2 (QL), par. 21, *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, par. 26, et l'arrêt *Vavilov*, par. 117, qui citent tous l'ouvrage de E. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983, p. 87).

[32] Devant notre Cour, les appelantes soutiennent que le régime législatif prévoit la réglementation des jeux dans un casino au moyen du *Règlement sur les casinos* et les distingue ainsi des jeux gérés par la SLA, ce qui prouverait l'intention d'inclure dans le terme « appareils de jeux vidéo » uniquement les appareils utilisés dans le cadre du système de loterie vidéo de la SLA et régis par le *Règlement sur les systèmes de loterie vidéo*. À mon avis, et comme je l'expliquerai plus loin, cela ne tient pas compte de l'emploi législatif du terme « appareils de jeux vidéo » qui a précédé l'adoption de la *Loi sur la réglementation des jeux* et du *Règlement sur les casinos*. En outre, cela perd complètement de vue l'objectif de l'al. 24(5)b) ainsi que le contexte des accords sur la délivrance autonome de licences intervenus entre la Province et les Premières Nations.

[33] Bien que l'objet de la *Loi sur la réglementation des jeux* soit expressément énoncé en son art. 2, l'objet de l'al. 24(5)b) doit être discerné à partir de la disposition elle-même, lue dans le contexte de la *Loi sur la réglementation des jeux* dans son ensemble, et éclairée par l'historique législatif de la disposition. L'article 24 révèle qu'il est fermement ancré dans la formation des accords entre la Province et les Premières Nations concernant les jeux sur les réserves, et le partage des recettes visé au par. 24(5) découle de ces accords. Voici l'art. 24, dans son intégralité :

Agreements with bands

24(1) The following definitions apply in this section.

“band” means a band as defined in the *Indian Act* (Canada) that is authorized to enter into an agreement under subsection (2). (*bande*)

Accords conclus avec des bandes

24(1) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

« bande » Bande définie par la *Loi sur les Indiens* (Canada) qui est autorisée à conclure des accords en vertu du paragraphe (2). (*band*)

“reserve” means a reserve, as defined in the *Indian Act* (Canada), as the reserve exists on the date the agreement with respect to such reserve is or was entered into under subsection (2) and includes any addition to the reserve described in any amendments to the agreement. (*réserve*)

24(2) Notwithstanding any other provision in this Act or any provision in the regulations under this Act or any other agreement under this Act, **the Minister may**, on behalf of Her Majesty the Queen in right of the Province, **enter into an agreement with a band** with respect to the establishment by the band of a gaming commission **for the purpose of licensing and regulating lottery schemes on the band’s reserve and with respect to the conduct, management and operation of any lottery scheme on the band’s reserve.**

24(3) The parties to an agreement under subsection (2) may amend the agreement for the purpose of applying the agreement to any addition to the reserve described in the amendment.

24(4) An agreement under subsection (2) may be amended, terminated or cancelled in accordance with this section and the terms and conditions in the agreement.

24(5) Where an agreement entered into under subsection (2) is in force and there is no breach of any of its terms or conditions,

(a) **the Minister may pay to the band** out of the Consolidated Fund the cost of any breakopen tickets for use in a lottery scheme on the band’s reserve that are purchased by the band from a

« réserve » Réserve définie par la *Loi sur les Indiens* (Canada) telle qu’elle existe à la date où l’accord la concernant est conclu en vertu du paragraphe (2); la présente définition s’entend également de toute addition à la réserve décrite dans toute modification de l’accord. (*reserve*)

24(2) Par dérogation aux autres dispositions de la présente loi ou à toute disposition de son règlement d’application ou de tout autre accord conclu en vertu de la présente loi **le ministre peut**, pour le compte de Sa Majesté la Reine du chef de la province, **conclure un accord avec une bande** relativement aussi bien à l’établissement par elle d’une commission des jeux **aux fins de délivrer des licences et de réglementer les loteries sur sa réserve qu’à la tenue, à la gestion et à l’exploitation de toute loterie sur sa réserve.**

24(3) Les parties à un accord conclu en vertu du paragraphe (2) peuvent le modifier aux fins de l’appliquer à toute addition à la réserve décrite dans la modification.

24(4) L’accord conclu en vertu du paragraphe (2) peut être modifié, résilié ou annulé conformément au présent article ainsi qu’aux modalités et aux conditions de l’accord.

24(5) Lorsque l’accord conclu en vertu du paragraphe (2) est en vigueur et qu’aucune de ses modalités ou de ses conditions n’a été violée :

a) **le ministre peut payer à la bande** sur le Fonds consolidé les frais de tous billets à languette pour utilisation dans une loterie sur la réserve de la bande que celle-ci achète à un fournisseur

supplier approved by the Corporation, less the costs of the supplier with respect to such tickets, and

(b) **the Corporation may pay to the band** the difference between **the net profits of the Corporation**, after provision for prizes and the payment of expenses, **from a lottery scheme on the band's reserve that utilizes video gaming devices** and 5% of the net profits, after provision for prizes and the payment of expenses, from such lottery scheme.

[Emphasis added.]

approuvé par la Société, moins les frais du fournisseur relatifs à ces billets;

b) **la Société peut payer à la bande** la différence entre **les profits nets de la Société**, après affectation des sommes nécessaires au paiement des prix et à l'acquittement des frais, **provenant d'une loterie sur la réserve de la bande qui utilise des appareils de jeux vidéo** et 5 % des profits nets provenant de cette loterie, après affectation des sommes nécessaires au paiement des prix et à l'acquittement des frais.

[Les caractères gras et le soulignement sont de moi.]

(2) 1976 – La Loi sur les loteries et la définition de « loterie »

[34] Bien que le terme « loterie », même au sens où il est employé à l'al. 24(5)b), puisse faire référence aux notions courantes de loteries ou de billets de loterie (ou à des types spécifiques de jeux), son sens est beaucoup plus large. En effet, dans la présente analyse, la « loterie » peut être considérée, tant sous le régime de la *Loi sur les loteries* que sous celui de la *Loi sur la réglementation des jeux*, comme un quasi-synonyme de jeu.

[35] Pendant de nombreuses années, le *Code criminel* a presque complètement interdit les jeux de hasard, à quelques exceptions près – l'une d'elles étant une « loterie » approuvée par une province.

[36] En 1976, lorsque la *Loi sur les loteries* a été promulguée, elle a donné au terme « loterie » le même sens que dans le *Code criminel*. Il va de soi que le législateur a cherché à indiquer clairement que les jeux approuvés par la *Loi sur les loteries* relevaient de l'exception établie par le *Code criminel*. Le terme « loterie » est défini de manière semblable dans la *Loi sur la réglementation des jeux*.

[37] En 1976, le *Code criminel* a défini le terme « système de loterie » [terme employé dans la version française du *Code criminel* à cette époque] comme comprenant « un jeu ». Le terme « jeu », quant à lui, signifiait « [j]eu de hasard ou [...] jeu où se mêlent le hasard et l'adresse ». La définition du terme « système de loterie » ou « loterie » dans le *Code criminel* a changé au fil du temps, mais aucune des modifications n'empêche de considérer que la « loterie » comprend, en l'espèce, les jeux de hasard tenus sous le régime de la loi. La définition actuelle du terme « loterie » [terme employé dans la version française du *Code criminel* aujourd'hui] figure à l'appendice ci-joint.

[38] Il est également intéressant de noter que, en 1976, le *Code criminel* définissait le terme « matériel de jeu » comme « tout ce qui est ou peut être employé en vue de pratiquer des jeux ou pour le pari ».

[39] La *Loi sur les loteries* prévoyait la création de la Commission des loteries du Nouveau-Brunswick, à laquelle succédera la Société des loteries et des jeux. La Commission des loteries « se compos[ait] de trois membres, à savoir, du Ministre et de deux sous-ministres ».

[40] De plus, la *Loi sur les loteries* prévoyait que la Province, par l'entremise de la Commission des loteries, participe à la formation de la Société des loteries de l'Atlantique, tout comme les autres provinces de l'Atlantique, qui participent de la même façon à la SLA par l'entremise de leurs sociétés d'État provinciales responsables des jeux.

[41] Au départ, le programme principal de la SLA comprenait la vente de billets de loterie. Ce sera sa principale activité jusqu'en 1990 environ.

- (3) Modification apportée en 1990 à la *Loi sur les loteries* – premier emploi du terme « appareils de jeux vidéo »

[42] En juin 1990, la *Loi sur les loteries* a été modifiée pour prévoir la réglementation de ce qu'on appelait alors communément les « terminaux de loterie vidéo ». Ce descriptif a continué à être utilisé jusqu'à aujourd'hui. À l'époque, les propriétaires de terminaux de loterie vidéo étaient principalement des entreprises privées, dont la plupart allaient devenir membres de la New Brunswick Coin Machine Operators Association. L'historique des terminaux de loterie vidéo et de l'adoption de la législation sur les systèmes de loterie vidéo dans la province a été examiné dans l'arrêt *Doucet et Dauphinee c. Spielo Manufacturing Incorporated et Manship*, 2011 NBCA 44, 372 R.N.-B. (2^e) 1 :

L'histoire commence à l'époque où M. Manship travaillait comme technicien en entretien et en réparation dans le secteur de l'exploitation des appareils de jeux payants, à Moncton, emploi qu'il a occupé de 1977 à 1986. En 1986, il a démarré une entreprise individuelle et a communiqué avec CADMI Microelectronics/Microélectronique Inc., une firme d'ingénierie spécialisée en recherche et en développement associée à l'Université de Moncton, afin qu'elle travaille à un système de conversion de la monnaie et à une étude de faisabilité technique en vue de la construction d'un appareil de jeux de hasard. Avec le temps, M. Doucet s'est élevé au poste de [TRADUCTION] « président » de CADMI. En 1988, M. Manship a assisté à un salon professionnel à Las Vegas et a appris l'existence du South Dakota Video Lottery Program. Une fois rentré chez lui, il s'est réuni avec un groupe d'exploitants d'appareils de jeux payants afin qu'ils discutent de la possibilité de mettre sur pied un programme du même type au Nouveau-Brunswick. En 1989, la New Brunswick Coin Machine Operators Association a été constituée et une proposition a été présentée à la Commission des loteries du Nouveau-Brunswick. M. Manship était le responsable de la technologie au sein de l'Association. Lorsqu'il est devenu manifeste que le système de loterie serait accepté, M. Manship a quitté l'Association et a commencé à se consacrer à temps plein à la construction d'un terminal de loterie vidéo (TLV). En juin 1990, M. Manship a constitué

Spielo aux fins de la fabrication et de la commercialisation de TLV. À ce moment-là, il était propriétaire de la totalité des actions émises de Spielo. [Je souligne; par. 21]

(Pour en savoir plus sur les TLV et le système de loterie vidéo, voir également *Phillips c. Atlantic Lottery Corp. et al.* (1992), 129 R.N.-B. (2^e) 168, [1992] A.N.-B. n^o 570 (QL) (C.A.); *Spielo Manufacturing Inc. c. IGT*, [1995] A.N.-B. n^o 564 (QL) (C.A.); *Northern and Bluebird Amusement Co. c. 053857 NB Inc.* (2001), N.B.R. (2d) (Supp.) No. 33, [2001] A.N.-B. n^o 27 (QL); et *055455 NB Inc. c. Société des loteries de l'Atlantique Inc.*, 2015 NBBR 231, 443 R.N.-B. (2^e) 46.)

[43] Fait important, c'est cette modification de juin 1990 qui a donné naissance à l'emploi du terme « appareils de jeux vidéo ». Le terme n'a pas été défini et, comme je l'ai indiqué, il ne l'est toujours pas. À mon avis, cela reflète l'intention que ces mots soient compris selon leur sens ordinaire :

7.1 The Commission may, **for the purpose of** developing, organizing, undertaking, conducting and managing **a lottery scheme that utilizes video gaming devices**

(a) enter into agreements with any person to effect the transfer of ownership of **video gaming devices** to or from the Commission by purchase, sale or otherwise, and

(b) enter into agreements with any person respecting the conduct and management by the Commission of **lottery schemes that utilize video gaming devices** owned or controlled by the Commission.

7.2(1) The Lieutenant-Governor in Council may establish policies for the Commission to follow in the conduct and management by the Commission of **lottery schemes that utilize video**

7.1 La Commission peut, **afin** d'élaborer, organiser, entreprendre, tenir et administrer **une loterie qui utilise les appareils de jeux vidéo**

(a) conclure des accords avec toute personne pour effectuer un transfert de propriété **d'appareils de jeux vidéo** à la Commission ou de la Commission par achat, vente ou autrement, et

(b) conclure des accords avec toute personne concernant la tenue et l'administration par la Commission des **loteries qui utilisent les appareils de jeux vidéo** qui lui appartiennent ou dont elle a le contrôle.

7.2(1) Le lieutenant-gouverneur en conseil peut établir des politiques à suivre par la Commission pour la tenue et l'administration des **loteries qui utilisent des appareils de jeux vidéo.**

gaming devices. [Emphasis added.]

[Les caractères gras et le soulignement sont de moi.]

[44] Le 22 novembre 1990, le *Règlement sur les systèmes de loterie vidéo - Loi sur les loteries* a été déposé. Il prévoyait ce qui suit :

2 In this Regulation

2 Dans le présent règlement

[...]

[...]

“**video lottery scheme**” means any lottery scheme, authorized under the *Criminal Code* (Canada) and **conducted and managed by [the ALC], that utilizes video gaming devices**.

« **système de loterie vidéo** » désigne un système de loterie autorisé par le *Code criminel* (Canada), **tenu et administré par la Société, qui utilise des appareils de pari vidéo**.

3 The [ALC] may conduct and manage a video lottery scheme in accordance with an agreement under paragraph 8(b) of the Act. [Emphasis added.]

3 La Société peut tenir et administrer un système de loterie conformément à un accord prévu à l’alinéa 8b) de la Loi.

[Les caractères gras et le soulignement sont de moi.]

[45] De plus, ce règlement interdisait à la SLA de conclure une entente avec un propriétaire de terminal de loterie vidéo à moins qu’il ne soit membre de la New Brunswick Coin Machine Operators Association et que certaines autres conditions soient remplies :

7(5) [ALC] shall not enter into an agreement under subsection (2) with **an owner** who

7(5) La Société ne peut conclure un accord prévu au paragraphe (2) **avec un propriétaire** qui

(a) has been convicted within the previous five years of

a) a, dans les cinq années précédentes, été déclaré coupable

(i) an offence under Part VII of the *Criminal Code* (Canada), or

(i) d’une infraction prévue à la Partie VII du *Code criminel* (Canada), ou

(ii) any other criminal offence making it inappropriate, in [ALC’s] opinion, that the owner should be involved in the operation of a video lottery scheme,

(ii) de toute autre infraction criminelle qui, selon la Société, rendrait inappropriée l’implication du propriétaire dans l’exploitation

(b) manufactures or sells **video gaming devices**,

(c) is a siteholder,

(d) owns, in [ALC's] opinion, more than five per cent of the **video gaming devices** placed in approved premises under this Regulation,

(e) has family or commercial connections that would be harmful, in [ALC's] opinion, to the operation, integrity or reputation of a video lottery scheme,

(f) resides outside New Brunswick,

(g) is less than nineteen years old, or

(h) **is not a member of the New Brunswick Coin Machine Operators Association.**

[Emphasis added.]

d'un système de loterie vidéo,

b) fabrique ou vend des **appareils de pari vidéo**,

c) est un maître des lieux,

d) est, de l'avis de la Société propriétaire de plus de cinq pour cent des **appareils de pari vidéo** placés dans des locaux approuvés en vertu du présent règlement,

e) a des liens familiaux ou des relations commerciales qui seraient préjudiciables, de l'avis de la Société, à l'exploitation, l'intégrité ou la réputation d'un système de loterie vidéo,

f) réside hors du Nouveau-Brunswick,

g) est âgé de moins de dix-neuf ans, ou

h) **n'est pas membre du New Brunswick Coin Machine Operators Association.**

[Les caractères gras et le soulignement sont de moi.]

[46] La participation des membres de la New Brunswick Coin Machine Operators Association aux activités et système de loterie vidéo s'est poursuivie jusqu'en 2002, quand leurs contrats n'ont pas été renouvelés et que la SLA a assumé le rôle de propriétaire. En 2002, le par. 7(5) du *Règlement* a été abrogé.

[47] Bien que ces appareils aient alors été communément appelés des terminaux de loterie vidéo, la *Loi sur les loteries* a employé des mots simples pour décrire tous ces appareils, à savoir « appareils de jeux vidéo ». Je suis d'avis que, même si les « appareils de jeux vidéo » autorisés à être utilisés dans la province étaient ceux qui satisfaisaient au *Règlement sur les systèmes de loterie vidéo*, le terme « appareils de jeux vidéo » décrit les appareils eux-mêmes, y compris ceux qui ne satisfont pas aux

exigences du *Règlement sur les systèmes de loterie vidéo*. On constate à la lecture du *Règlement* que les « appareils de jeu vidéo » ne se limitent pas à ceux qui satisfont aux critères qui y sont énoncés.

(4) 1995 – Partage des recettes entre la Province et les Premières Nations

[48] Du début jusqu'au milieu des années 1990, la Province et les Premières Nations de la province ont négocié et conclu ce qu'on a appelé des accords de partage des recettes. L'accord intervenu avec Madawaska le 28 avril 1995 est intitulé : [TRADUCTION] « Accord sur la perception des taxes provinciales sur le tabac et l'essence et de la taxe de vente provinciale, ainsi que sur la délivrance autonome de licences pour la tenue de jeux de hasard ». Le préambule reflète le contexte et la raison d'être de tels accords :

[TRADUCTION]

Attendu que l'article 87 de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-6 [*sic*], exempte de taxation les biens meubles d'un Indien ou d'une bande situés sur une réserve;

Attendu que la Première Nation est d'avis que cette exemption s'applique aux cigarettes et aux produits du tabac ainsi qu'à l'essence et au carburant achetés par les Indiens sur la réserve de la Première Nation malécite du Madawaska;

Attendu que les parties désirent coopérer l'une avec l'autre **afin de résoudre la question du droit présumé à une exemption tout en protégeant l'intégrité de l'administration provinciale des taxes dans la province du Nouveau-Brunswick.**

[Les caractères gras et le soulignement sont de moi.]

[49] Aux termes de cet accord, Madawaska a accepté de percevoir la taxe provinciale sur la vente, dans la réserve, de tabac, d'essence et d'autres articles [TRADUCTION] « à d'autres personnes que des Indiens inscrits » et, en échange, la Province a accepté de payer à Madawaska ou de lui remettre 95 % de telles taxes perçues sur le tabac et l'essence et de la taxe de vente perçue :

[TRADUCTION]
ÉTENDUE DU PARTAGE DES TAXES

Le Ministre et la Première Nation conviennent que le Ministre partagera la taxe sur le tabac, la taxe sur l'essence et le carburant et la taxe sur les services sociaux et l'éducation perçues par la Première Nation ou les vendeurs au détail sur les produits du tabac, l'essence ou le carburant et les biens taxables en application de la *Loi sur la taxe pour les services sociaux et l'éducation* qui sont vendus sur la réserve de la Première Nation des Malécites du Madawaska à d'autres personnes que des Indiens inscrits, selon le rapport suivant :

Part de la bande 95 %

Part du Ministre 5 %

[50] En ce qui concerne les jeux de hasard, l'accord de partage des recettes a établi un cadre permettant à Madawaska de tenir des jeux sur la réserve et d'en partager les recettes en prescrivant la forme de l'accord à intervenir entre Madawaska et le Ministre pour y parvenir. Un [TRADUCTION] « accord sur la délivrance autonome de licences » était joint en annexe à l'accord de partage des recettes. L'accord sur la délivrance autonome de licences prévoyait que Madawaska établirait une commission des jeux chargée des jeux sur la réserve.

[51] Afin de prévoir par voie législative le partage des recettes fiscales et des recettes provenant des jeux, conformément aux accords de partage des recettes, la *Loi sur l'administration du revenu*, L.N.-B. 1983, ch. R-10.22, a été modifiée en 1996 pour permettre au Ministre de « conclure un accord avec une bande à l'égard du partage du revenu provenant des taxes visées à l'accord qui sont perçues sur la réserve de la bande de la part de contribuables qui ne sont pas des Indiens » (art. 11.1). Une copie de l'art. 11.1 de la *Loi sur l'administration du revenu* se trouve dans l'appendice ci-joint. Toujours en 1996, la *Loi sur les loteries* a été modifiée pour permettre le partage des recettes des jeux, par l'ajout de l'art. 11.2.

- (5) 1996 – Ajout de l’art. 11.2 relatif aux « accords sur la délivrance autonome de licences » à la *Loi sur les loteries*

[52] En 1996, la *Loi sur les loteries* a été modifiée pour y inclure l’art. 11.2, qui a précédé l’art. 24. Le paragraphe 11.2(4) prévoyait le partage des recettes tirées des jeux lorsqu’un accord sur la délivrance autonome de licences était en vigueur :

11.2(4) Where an agreement entered into under subsection (1) is in force and there is no breach of any of its terms or conditions,

(a) **the Minister may pay to the band** out of the Consolidated Fund the cost of any Breakopen tickets for use in a lottery scheme on the band’s reserve that are purchased by the band from a supplier approved by the Commission, less the costs of the supplier with respect to such tickets, and

(b) **the Commission may pay to the band** the difference between **the net profits of the Commission**, after provision for prizes and the payment of expenses, **from a lottery scheme on the band’s reserve that utilizes video gaming devices** and five per cent of the net profits, after provision for prizes and the payment of expenses, from such lottery scheme.

[Emphasis added.]

11.2(4) Lorsqu’un accord conclu en vertu du paragraphe (1) est en vigueur et qu’il n’y a aucun bris de ses modalités ou conditions,

a) **le Ministre peut payer à la bande** sur le Fonds consolidé les frais de tous billets à languette pour utilisation dans une loterie sur la réserve de la bande que la bande achète d’un fournisseur agréé par la Commission, moins les frais du fournisseur relativement à ces billets, et

b) **la Commission peut payer à la bande** la différence entre **les bénéfices nets de la Commission**, après affectation des sommes nécessaires au paiement des prix et règlement des frais, **provenant d’une loterie sur la réserve de la bande qui utilise des appareils de jeux vidéo** et cinq pour cent des bénéfices nets, après affectation des sommes nécessaires au paiement des prix et règlement des frais, provenant de cette loterie.

[Les caractères gras et le soulignement sont de moi.]

[53] Comme je l’ai fait remarquer ci-dessus, cette disposition est pratiquement identique au par. 24(5) de la *Loi sur la réglementation des jeux*, et le terme « appareils de jeux vidéo » est encore employé pour déterminer la source des recettes provenant des jeux devant être partagées.

[54] À mon avis, le terme « appareils de jeux vidéo » a été employé au par. 11.2(4) par souci de cohérence avec l'art. 7.1 de la *Loi sur les loteries* et, de la même façon, pour désigner des types particuliers d'appareils de jeux par des mots non définis qui sont destinés à être compris selon leur sens ordinaire. Bien que les appareils autorisés à être utilisés au Nouveau-Brunswick pour le jeu ne comprennent que ceux qui répondent aux exigences du *Règlement sur les systèmes de loterie vidéo*, cela ne signifie pas que le terme « appareils de jeux vidéo » doit être interprété comme décrivant uniquement les appareils qui répondent aux exigences du *Règlement*.

[55] Il est notable que l'al. 11.2(4)b) prévoyait qu'une Première Nation recevrait la même proportion du revenu net provenant des jeux (c'est-à-dire 95 %) que celle des taxes sur le tabac et l'essence et de la taxe de vente que la Province avait expressément accepté de payer dans les accords de partage des recettes. Je reviendrai sur ce point lorsque j'aborderai la question de la prétention de la Société des loteries et des jeux que l'al. 24(5)b) lui confère un pouvoir discrétionnaire résiduel de payer.

[56] Bien que la Province ait conclu des accords sur les jeux avec deux Premières Nations entre 2003 et 2006, ce n'est qu'au début de février 2007 que Madawaska a autorisé la signature de son accord sur la délivrance autonome de licences. Même si aucun exemplaire signé de l'accord n'a été versé au dossier, le juge saisi de la requête n'a pas contesté l'utilisation de cette date comme date de conclusion de l'accord sur la délivrance autonome de licences.

[57] Comme je l'ai indiqué, la Commission des loteries a commencé à verser (conformément au par. 11.2(4) de la *Loi sur les loteries*) 95 % des profits nets provenant des terminaux de loterie vidéo gérés par la SLA au Madawaska Entertainment Centre en avril 2008.

(6) 2008 – la Loi sur la réglementation des jeux

[58] En juin 2008, la *Loi sur la réglementation des jeux* a été édictée. Les parties 1 et 2, y compris l'art. 24, ont été proclamés et sont entrés en vigueur le 26 juin 2008. La partie 2 a également prorogé la Commission des loteries à titre de Société des loteries et des jeux.

[59] Les parties 3 à 6, qui ont abrogé la *Loi sur les loteries*, sont entrées en vigueur le 1^{er} octobre 2008, tout comme le *Règlement sur les systèmes de loterie vidéo*. Le *Règlement sur les casinos* est entré en vigueur le 1^{er} avril 2009.

[60] Comme la *Loi sur les loteries*, la *Loi sur la réglementation des jeux* ne définit pas le terme « appareils de jeux vidéo » pour l'application de l'art. 24 ou autrement. Le terme n'est pas non plus expressément défini dans les règlements. S'il est fréquemment employé dans le *Règlement sur les systèmes de loterie vidéo*, il n'apparaît pas dans le *Règlement sur les casinos*. Comme je l'ai mentionné, les appelantes soutiennent que cela reflète l'intention du régime législatif d'assimiler aux « appareils de jeux vidéo » uniquement les appareils utilisés dans le cadre d'un système de loterie vidéo en vertu du *Règlement sur les systèmes de loterie vidéo*.

[61] Sans aucun doute, la *Loi sur la réglementation des jeux* établit des régimes distincts pour la réglementation des jeux dans un casino et des jeux tenus par la SLA. En effet, seule la SLA tient et gère le système de loterie vidéo établi par le *Règlement sur les systèmes de loterie vidéo*. Ce pouvoir lui est conféré par l'art. 3 du *Règlement*, qui est identique à celui qu'on trouvait dans le *Règlement* de 1990 :

ALC to conduct and manage video lottery scheme

3 ALC may conduct and manage a video lottery scheme in accordance with an agreement under paragraph 7(d) of the Act.

Système de loterie vidéo tenu et géré par la SLA

3 La SLA peut tenir et gérer un système de loterie vidéo conformément à l'accord prévu à l'alinéa 7d) de la Loi.

[62] Le *Règlement sur les systèmes de loterie vidéo* définit le terme « système de loterie vidéo » comme tout jeu qui utilise des appareils de jeux vidéo (bien qu'avec des variantes mineures par rapport au *Règlement* de 1990) :

2 The following definitions apply **in this Regulation.**

[...]

“**video lottery scheme**” means any lottery scheme authorized under the *Criminal Code* (Canada) that utilizes video gaming devices.

[Emphasis added.]

2 Les définitions qui suivent s'appliquent **au présent règlement.**

[...]

« **système de loterie vidéo** » Système de loterie autorisé par le *Code criminel* (Canada) qui utilise des appareils de jeux vidéo.

[Les caractères gras et le soulignement sont de moi.]

[63] En outre, le *Règlement sur les systèmes de loterie vidéo* définit les paramètres d'un système de loterie vidéo géré par la SLA, y compris les caractéristiques et les limites des appareils de jeux vidéo utilisés. Cela comprend, par exemple, la prescription du nombre d'appareils de jeux vidéo qui peuvent être placés dans la province, dans un seul endroit et dans une « zone de marché d'un casino ».

[64] L'article 7 du *Règlement sur les systèmes de loterie vidéo* prévoit que « [l]a SLA peut approuver un appareil de jeu vidéo qui lui est offert pour qu'il soit utilisé dans l'exploitation d'un système de loterie vidéo, si elle constate », par exemple, « que l'appareil de jeu vidéo » satisfait aux exigences de l'art. 6 du *Règlement*; ne joue que des types des jeux approuvés par la Société des loteries et des jeux; peut être intégré au système de la SLA; et a été acquis auprès de fabricants ou par l'entremise de distributeurs approuvés ou de bonne réputation. L'article 6 enjoint à la SLA de « veille[r] à ce que l'appareil de jeu vidéo utilisé dans l'exploitation d'un système de loterie vidéo présente » certaines caractéristiques, y compris qu'il soit « programmé pour accorder des prix représentant au moins 80 % et au plus 96 % des crédits pariés » (je souligne); de diviser l'argent qu'il accepte en crédits de 0,05 \$, 0,10 \$ et 0,25 \$; de limiter le risque de perdre en une seule fois à 2,50 \$, et; de ne pas accorder de prix supérieurs à 2 500 \$ pour chaque jeu.

[65] Dans certaines dispositions du *Règlement sur les systèmes de loterie vidéo*, le terme « appareils de jeux vidéo » est employé pour désigner des appareils gérés par la SLA. Cependant, dans d'autres dispositions, il est employé pour décrire des appareils qui ne sont pas approuvés par la SLA ou qui ne répondent pas aux exigences du *Règlement sur les systèmes de loterie vidéo*.

[66] Le *Règlement sur les casinos* n'emploie pas le terme « appareils de jeux vidéo ». Il emploie et définit le terme « appareil de jeu ». Le *Règlement sur les casinos* définit également le terme plus spécifique « appareil de jeu électronique ». Ces termes sont définis de la façon suivante :

“gaming equipment” means equipment that « appareil de jeu » Appareil et tout autre matériel de jeu qui :

(a) could influence the outcome of a game of chance that is held in a casino, or

a) ou bien pourrait influencer le résultat d'un jeu de hasard tenu dans un casino;

(b) is integral to the conduct, management or operation of a game of chance described in paragraph (a).

b) ou bien constitue une partie intégrante de la tenue, de la gestion ou de l'exploitation du jeu de hasard visé à l'alinéa a).

“electronic gaming equipment” means **equipment for the playing of lottery schemes on** or through computers or **video devices**.

[Emphasis added.]

« appareil de jeu électronique » **Appareil servant à participer à une loterie au moyen** d'un ordinateur ou d'un **dispositif vidéo**.

[Les caractères gras et le soulignement sont de moi.]

[67] Il est évident que, à première vue, le terme « appareil de jeu électronique » comprend les « dispositifs vidéo » utilisés pour les jeux.

[68] Le dossier ne précise pas vraiment le type de jeu proposé au casino situé sur la réserve de Madawaska, et il ne fait aucun doute que ce type de jeu peut varier de temps à autre. À titre d'indication des jeux qui peuvent y être tenus, je remarque que,

dans l'accord intervenu entre la Société des loteries et des jeux et l'exploitant du casino, les [TRADUCTION] « appareils de loterie vidéo » font partie des [TRADUCTION] « jeux de casino », mais que les [TRADUCTION] « terminaux de loterie vidéo exploités » par la SLA en sont expressément exclus. C'est sans aucun doute un niveau de précision qu'on ne retrouve pas dans la *Loi* ou le *Règlement* :

[TRADUCTION]

« jeux de casino » S'entend de tous les appareils de jeux électroniques autorisés qui sont situés dans l'installation, **y compris** les machines à sous à rouleaux, les **terminaux de loterie vidéo** et les tables électroniques multipostes, notamment les tables de black jack et de roulette, **mais ne comprend pas les terminaux de loterie vidéo exploités et gérés pour le compte de la Province du Nouveau-Brunswick par la Société des loteries de l'Atlantique** ni les paris contre le casino aux tables de jeu en direct sans le consentement écrit exprès de Sonco et de la SLJNB[.]

[Les caractères gras et le soulignement sont de moi.]

[69] Je fais une pause pour signaler que l'accord intervenu entre la Société des loteries et des jeux et l'exploitant du casino était en cause devant le juge saisi de la requête. Les appelantes ont fait valoir qu'il avait une incidence sur l'interprétation de l'al. 24(5)b) puisque, comme elles le prétendaient, il prévoit que la Société des loteries et des jeux n'est pas responsable du paiement à Madawaska d'une part quelconque des [TRADUCTION] « recettes brutes tirées des jeux » du casino. Le juge a rejeté cette prétention parce que Madawaska n'est pas signataire de cet accord et que, même si elle l'était, il doutait qu'elle ait pu modifier l'obligation à laquelle la Société des loteries et des jeux est assujettie en application de l'al. 24(5)b). Cette question n'a pas été soulevée devant nous, vraisemblablement parce que le raisonnement du juge saisi de la requête est solide.

[70] La référence commune aux [TRADUCTION] « appareils de loterie vidéo » est également reflétée dans une lettre du sous-ministre des Finances, datée du 21 juillet 2015, avisant Madawaska qu'un paiement en trop lui avait été versé

conformément à l'al. 24(5)b). Il y décrit du même souffle l'accord de partage des profits prévu par cette disposition :

[TRADUCTION]

Je vous écris au sujet de vos arrangements de partage des recettes tirées des jeux avec la Province du Nouveau-Brunswick et de la découverte d'**erreurs comptables qui ont conduit à un paiement en trop** aux Premières Nations de **revenu provenant des jeux de loterie vidéo** conformément aux accords. Le but de ma lettre est de vous fournir de l'information générale et de vous proposer une rencontre pour répondre aux questions que vous pourriez avoir sur les calculs.

Comme vous le savez, **conformément à l'al. 24(5)b)** de la *Loi sur la réglementation des jeux*, **la Province partage avec votre Première Nation 95 % des profits nets provenant des terminaux de loterie vidéo (TLV) situés sur la réserve**. Tous les mois, la Société des loteries de l'Atlantique (la SLA) fournit à la Province du Nouveau-Brunswick un rapport mensuel des profits. Le rapport détaille les recettes et les dépenses d'exploitation du programme de loterie vidéo, ainsi que les profits nets de la Province tirés des terminaux situés dans les collectivités de Premières Nations. **La Province utilise ce rapport pour calculer les profits mensuels remis aux bandes conformément à la Loi sur la réglementation des jeux.**

[Les caractères gras et le soulignement sont de moi.]

[71] Cette lettre montre également à quel point la Province et la Société des loteries et des jeux agissent, à ce qu'il paraît, de concert ou de manière interchangeable. Cela se reflète aussi dans les communications de la Société des loteries et des jeux avec Madawaska en réponse à la demande de cette dernière en vue d'obtenir une part des profits générés par les appareils au casino.

[72] Compte tenu du fait que la question du paiement en trop (soulevée dans la lettre de juillet 2015) a été réglée par le recours à la disposition d'arbitrage prévue dans l'accord intervenu entre Madawaska et la Province, Madawaska souligne que sa demande de recourir à la disposition d'arbitrage pour trancher le désaccord sur le sens du terme

« appareils de jeux vidéo » à l'al. 24(5)b) n'était pas sans précédent, et qu'il ne s'agit pas non plus d'une demande imprévisible ou déraisonnable.

(7) La révision par le juge saisi de la requête de l'interprétation de la Société des loteries et des jeux

[73] La Société des loteries et des jeux n'a pas beaucoup précisé ses motifs de refus de la demande de Madawaska. On en comprend que son interprétation se fonde uniquement sur le fait que le terme « appareils de jeux vidéo » est employé dans le *Règlement sur les systèmes de loterie vidéo*, mais pas dans le *Règlement sur les casinos*. Aucun autre fondement à sa conclusion n'a été donné.

[74] De même, en soutenant que le juge saisi de la requête a commis une erreur, les appelantes affirment qu'il n'a pas reconnu comme il se doit l'importance du *Règlement sur les systèmes de loterie vidéo* et du *Règlement sur les casinos* dans l'interprétation du terme « appareils de jeux vidéo » employé à l'al. 24(5)b). Elles soulignent que ce régime réglementaire, qui établit une distinction entre les jeux de casino et les autres jeux, est fondamental pour ce qui est d'effectuer une analyse interprétative appropriée. En effet, les appelantes soutiennent qu'il joue un rôle quasi déterminant en démontrant l'intention du législateur d'inclure parmi les « appareils de jeux vidéo » uniquement les appareils exploités par la SLA sous le régime du *Règlement sur les systèmes de loterie vidéo* – et d'exclure ces appareils lorsqu'ils sont utilisés dans les casinos. Essentiellement, les appelantes prétendent que le terme « appareils de jeux vidéo » est défini par le *Règlement sur les systèmes de loterie vidéo*.

[75] Bien que les règlements jouent un rôle important dans le régime de la *Loi sur la réglementation des jeux*, à mon avis, l'analyse interprétative utilisée par la Société des loteries et des jeux pour parvenir à sa décision, et avancée par les appelantes devant nous, omet d'autres aspects importants dans l'analyse requise. Premièrement, l'interprétation de la Société des loteries et des jeux ne tient pas compte de façon significative du sens ordinaire des mots, dans le contexte de la législation dans son

ensemble, ni de l'historique législatif des termes ou de la disposition. Elle exclut également toute considération du contexte qui découle de l'accord (avec une Première Nation), qui est une condition préalable d'origine législative au partage des profits prévu par la disposition interprétée.

[76] Deuxièmement, l'analyse interprétative du juge saisi de la requête est solide; elle est fondée sur le sens ordinaire des mots, compris dans le contexte de la disposition elle-même et examinés au regard du cadre législatif, y compris les règlements.

[77] Troisièmement, l'analyse du juge saisi de la requête est renforcée par l'emploi législatif du terme « appareils de jeux vidéo » dans les deux modifications suivantes : (1) la modification de 1990 à la *Loi sur les loteries* qui a permis l'exploitation et la réglementation des appareils de loterie vidéo dans la province sous le régime du *Règlement sur les systèmes de loterie vidéo*; et (2) la modification de 1996, qui a ajouté la disposition sur le partage des profits, devenue l'al. 24(5)b) actuel. Lorsque le législateur a jugé bon de réglementer l'utilisation des appareils de loterie vidéo en 1990, il l'a fait en employant le on a décidé de le faire par l'emploi du terme « appareils de jeux vidéo » tant dans la loi que dans le *Règlement sur les systèmes de loterie vidéo*. Les parties ne contestent pas que le terme « appareils de jeux vidéo » s'entend également des terminaux de loterie vidéo. De plus, le *Règlement sur les systèmes de loterie vidéo* de 1990 a reconnu l'existence d'« appareils de jeux vidéo » ou de terminaux de loterie vidéo qui ne satisfont pas aux exigences de propriété ou à d'autres conditions prévues par le *Règlement*. Les termes de la *Loi* décrivent tout simplement un type d'appareil. Le *Règlement* impose des conditions et des exigences qui permettent l'utilisation de ces appareils dans le cadre du système créé par le *Règlement*. En outre, à cette époque et en 1996, il n'existait aucune disposition applicable aux casinos sur laquelle fonder la méthode interprétative sur laquelle s'appuient si fortement les appelantes.

[78] Bien qu'il y ait de bonnes raisons de réglementer et d'administrer les casinos séparément du système de loterie vidéo – un système exploité par la SLA sous le régime du *Règlement sur les systèmes de loteries vidéo*, accessible dans la collectivité

même et davantage apparenté à du commerce de détail –, c’est une autre chose de prétendre, comme le font valoir les appelantes, qu’en adoptant la *Loi sur la réglementation des jeux* en 2008, le législateur entendait modifier et restreindre par voie de réglementation le sens du terme « appareil de jeu vidéo », dans une disposition reprenant substantiellement le même libellé que celui employé dans la *Loi sur les loteries*. En effet, les appelantes soutiennent effectivement à cet égard que, sans qu’aucune modification importante ait été apportée à la disposition après 1996, l’al. 24(5)b) doit être compris comme s’il visait, après 2008, les appareils de jeux vidéo qui font partie d’un système de loterie vidéo exploité par la SLA sous le régime du *Règlement sur les systèmes de loterie vidéo*.

[79] Enfin, même à la lecture du *Règlement sur les systèmes de loterie vidéo* déposé en 2008, il est évident que le terme « appareil de jeu vidéo » est employé d’une manière qui comprend les appareils qui n’ont pas été modifiés, programmés ou autrement configurés de façon à satisfaire aux exigences du *Règlement* pour en permettre l’utilisation dans son système de loterie vidéo.

[80] Pour ces motifs, je suis d’avis que le juge saisi de la requête a correctement appliqué la bonne norme de contrôle en concluant que l’interprétation et la décision de la Société des loteries et des jeux étaient déraisonnables.

B. *Le juge saisi de la requête a-t-il commis une erreur en décidant que la demande de Madawaska avait été introduite dans le délai prescrit?*

[81] À mon avis, le juge saisi de la requête n’a pas commis d’erreur en décidant que la requête de Madawaska avait été introduite dans le délai prescrit. Sa décision s’est appuyée sur l’engagement de la Société des loteries et des jeux à prendre en considération la demande de Madawaska de se réunir pour discuter du partage des profits et, au besoin, du règlement du différend par voie d’arbitrage ainsi que le prévoit leur accord sur la délivrance autonome de licences, et sur sa conclusion qu’il était

raisonnable pour Madawaska de comprendre « qu'il était possible que le problème [du partage des profits] soit réexaminé ».

[82] Par lettre datée du 7 octobre 2019, Madawaska a été informée que sa demande relative au partage des profits provenant des appareils de jeux vidéo du casino avait été refusée. La lettre provenait de Ian Hollohan, qui y était présenté comme le [TRADUCTION] « directeur des politiques et relations avec les organismes », Finances et Conseil du Trésor, et [TRADUCTION] « secrétaire du conseil d'administration de la Société des loteries et des jeux du Nouveau-Brunswick ». La conclusion concernant l'al. 24(5)b) y était motivée de la façon suivante :

[TRADUCTION]

Le casino Grey Rock est un casino, conformément à notre accord avec l'exploitant et au sens de la *Loi sur la réglementation des jeux* et de ses règlements d'application (en l'occurrence, le *Règlement sur les casinos*). **Les dispositifs de jeux électroniques dans le casino Grey Rock sont des « appareils de jeux électroniques » au sens de ce terme défini dans le *Règlement sur les casinos*.**

Selon le *Règlement sur les systèmes de loterie vidéo*, les « appareils de jeu vidéo » sont ceux qui sont utilisés dans un système de jeu vidéo tenu et géré, au nom de la Province, par la Société des loteries de l'Atlantique (la SLA) **et qui présentent des caractéristiques précises qui sont prévues dans le *Règlement*.**

L'alinéa 24(5)b) de la *Loi sur la réglementation des jeux* **prévoit que la SLJNB est autorisée à partager uniquement les profits provenant des appareils de jeux vidéo (ceux qui sont utilisés dans un système de loterie vidéo)** sur la réserve d'une bande, et **non pas ceux que génèrent les appareils de jeux électroniques (utilisés dans un système de loterie de casino)**. Ainsi, la *Loi sur la réglementation des jeux* n'autorise pas la SLJNB à partager les recettes tirées de l'exploitation du casino Grey Rock avec la bande. [...]

[Les caractères gras et le soulignement sont de moi.]

[83] Le 8 octobre 2019, Madawaska a indiqué qu'elle ne souscrivait pas à cette interprétation de l'al. 24(5)b) et, après avoir exposé les fondements de sa propre interprétation, elle a réclamé la tenue d'une réunion :

[TRADUCTION]

Étant donné l'énorme écart entre nos interprétations, je pense que nous devrions tenir une réunion en personne avec les participants appropriés pour en discuter davantage. Si la discussion ne permet pas de résoudre le problème, je propose d'invoquer l'article 11 (Processus de règlement des différends) de l'accord sur les jeux intervenu [...] entre la Province et la Première Nation. [...]

[Les caractères gras et le soulignement sont de moi.]

[84] Le 18 octobre 2019, M. Hollohan a informé Madawaska par courriel que sa demande de réunion pour discuter du problème serait soulevée auprès du Conseil :

[TRADUCTION]

Puisque vous êtes la personne-ressource de la bande, je voulais simplement vous faire savoir que **nous soumettons la demande de réunion et de discussion du problème en question au conseil d'administration de la SLJNB pour qu'il l'examine et décide de la suite à donner.** À ce jour, je ne sais pas exactement quand cela aura lieu, mais je vous tiendrai au courant dès que je le saurai. Merci et bonne fin de semaine[.]

[Les caractères gras et le soulignement sont de moi.]

[85] Le 19 novembre 2019, en réponse à la demande de Madawaska qui voulait savoir [TRADUCTION] « ce que le conseil d'administration a[vait] décidé et quand [ils pourraient se] rencontrer », M. Hollohan a répondu ce qui suit :

[TRADUCTION]

Ce point est à l'ordre du jour de notre réunion du conseil d'administration du 5 décembre. Je vous reviendrai aussitôt que possible.

[Les caractères gras et le soulignement sont de moi.]

[86] Le 21 décembre 2019, M. Hollohan a transmis l'avis qui suit par courriel :

[TRADUCTION]

Notre conseiller juridique **ayant effectué une analyse plus poussée** et exprimé son avis, **et les membres du conseil d'administration de la SLJNB ayant examiné attentivement le problème**, notre position sur cette question reste inchangée. En conséquence, nous ne croyons pas à la nécessité de tenir une réunion pour discuter davantage du problème en question.

[Les caractères gras et le soulignement sont de moi.]

[87] Ce courriel ne répondait pas expressément à la demande d'arbitrage de Madawaska, et elle a réitéré sa demande de tenir une réunion [TRADUCTION] « conformément à la clause de notre accord sur les jeux qui porte sur le règlement des différends ». Dans une lettre datée du 15 janvier 2020, M. Hollohan a transmis l'avis suivant :

[TRADUCTION]

La présente lettre est en réponse à votre courriel du 31 décembre 2019. Je réitère que le conseil d'administration de la SLJNB a examiné votre demande avec beaucoup d'attention. Sa position sur la question est claire et vous a été communiquée. **En outre, comme l'indique expressément l'article 8 de notre accord sur les jeux, la décision d'entamer un processus de règlement des différends est subordonnée à l'accord conjoint des parties.**

Toute autre communication relativement au problème en question doit être adressée au Bureau du procureur général.

[Les caractères gras et le soulignement sont de moi.]

[88] À l'audition de la requête, les appelantes ont soutenu que la Société des loteries et des jeux avait accepté d'envisager la tenue d'une rencontre uniquement pour discuter de la question de l'arbitrage, mais le juge a rejeté cette affirmation. Il a conclu, comme Madawaska l'avait compris, que la Société des loteries et des jeux avait accepté d'envisager la tenue d'une réunion dans le but de discuter : (1) de l'interprétation du terme « appareils de jeux vidéo »; et (2) du recours à l'arbitrage conformément à son accord avec la Province si l'interprétation litigieuse ne pouvait être résolue d'un commun accord. Le juge a conclu, à partir de la preuve soumise par affidavits des parties

relativement à leurs communications, que Madawaska a été amenée à croire que la Société des loteries et des jeux considérerait sa demande :

[TRADUCTION]

À mon avis, **la Société a amené la chef Bernard à croire que sa demande de réunion et de discussion du problème de partage des profits serait soumise à son conseil d'administration. C'est sur la foi de cet avis que Madawaska a décidé d'introduire la présente requête.**

Dans les circonstances, il serait injuste de permettre à la Société de se prévaloir d'un délai de prescription calculé à compter du 7 octobre. **Madawaska est plutôt autorisée à se fonder sur un délai de prescription commençant à courir à partir du moment où elle a été informée que la réunion promise n'aurait pas lieu.** Cette notification a été reçue le 15 janvier 2020. Compte tenu de la prolongation des délais de prescription en raison de la pandémie de la COVID-19, la demande a été introduite dans le délai prescrit. En conséquence, la motion des intimées est rejetée.

Bien qu'il ne soit pas nécessaire de statuer sur cette motion, Madawaska présente un argument convaincant selon lequel l'affirmation de M. Hollohan que [le conseil d'administration] avait examiné le problème rend la décision du 7 octobre 2019 conditionnelle et non définitive, et qu'en conséquence, elle n'est pas susceptible de contrôle judiciaire. Encore une fois, il n'est pas nécessaire de trancher cette question puisque j'ai statué sur la présente motion sur le fondement de l'« attente raisonnable ». [Les caractères gras et le soulignement sont de moi; par 34 et 35]

[89] Les appelantes n'affirment pas que le juge a commis une erreur manifeste et dominante dans son appréciation de cet élément de preuve. En tout état de cause, il n'en a pas commis.

[90] La conséquence de l'engagement de la Société des loteries et des jeux selon lequel son conseil d'administration examinerait la demande de Madawaska de se réunir pour discuter du partage des profits et, au besoin, de l'arbitrage était au cœur du litige que le juge saisi de la requête était appelé à trancher.

[91] Outre la demande de rejet de la requête en révision présentée par les appelantes (au motif que la décision avait été rendue le 7 octobre 2019), le juge était également saisi de la thèse de Madawaska, à savoir : (1) que la lettre du 7 octobre ne pouvait pas être considérée comme définitive, malgré sa clarté apparente, étant donné l'engagement de la Société des loteries et des jeux; et (2) que l'attente de Madawaska était légitime parce que la décision ne devait pas être considérée comme définitive tant que la Société des loteries et des jeux n'avait pas répondu à sa demande. Enfin, il y avait la demande de Madawaska en vue d'obtenir une ordonnance de prolongation, au besoin, du délai de trois mois prescrit par la règle 69.03.

[92] Le juge a estimé que l'argument de Madawaska selon lequel la lettre du 7 octobre n'était pas définitive était convaincant lorsqu'il était examiné dans le contexte des communications ultérieures de la Société des loteries et des jeux avec Madawaska. Toutefois, il n'a pas tranché la question à partir de ce fondement. Il a plutôt rejeté l'affirmation des appelantes selon laquelle la lettre devait être le point de départ du calcul du délai de trois mois, car, a-t-il conclu, l'engagement donnait lieu à une attente légitime que la décision ne devait pas être considérée comme définitive jusqu'à ce que, au moins, on ait répondu à la demande de réunion de Madawaska.

[93] Les appelantes soutiennent que le juge a commis une erreur en appliquant la doctrine de l'attente légitime et en omettant d'expliquer comment les exigences de la doctrine ont été satisfaites. Cependant, devant nous, la position des appelantes se résume à dire que les communications postérieures à la lettre du 7 octobre, y compris l'engagement de la Société des loteries et des jeux, ne peuvent avoir aucune incidence sur la question de la prescription, quelle que soit l'analyse, étant donné la conclusion du juge selon laquelle la lettre était claire à première vue.

[94] Les appelantes citent des décisions publiées qui traitent des caractéristiques d'une décision claire, non équivoque et inconditionnelle. Cependant, à l'appui de la motion présentée au juge saisi de la requête en révision et devant notre

Cour, elles n'ont fourni aucune jurisprudence ou doctrine pour soutenir leur assertion selon laquelle l'engagement pris par la Société des loteries et des jeux de soumettre les demandes de Madawaska au conseil d'administration le 5 décembre 2019 était, en droit, sans conséquence sur la question de la prescription.

[95] À mon avis, la conclusion factuelle et non contestée du juge concernant la portée de l'engagement de la Société des loteries et des jeux a fourni le fondement permettant de rejeter l'assertion des appelantes selon laquelle la lettre du 7 octobre était une décision définitive aux fins du calcul du délai de prescription de trois mois. Il en est ainsi indépendamment du fait qu'elle soit fondée sur une attente légitime, comme l'a conclu le juge, ou sur la détermination que la décision communiquée dans la lettre n'était pas définitive en ce sens que la Société des loteries et des jeux l'a rendue sous réserve de son engagement d'examiner la demande de Madawaska de tenir une réunion au sujet des deux questions soulevées et de faire part de sa réponse. Dans les deux cas, le résultat est le même.

[96] Même si je retiens l'argument des appelantes selon lequel une attente légitime ne peut pas naître indépendamment d'une procédure distincte devant un décideur, en l'espèce, la procédure tenue devant la Société des loteries et des jeux était l'acte, certes mineur, de trancher la demande de Madawaska de tenir une réunion et de l'aviser de sa décision. De toute évidence, la procédure comprenait, comme la Société des loteries et des jeux l'a expliqué, l'examen de la demande par le conseil d'administration au moment de sa réunion le 5 décembre 2019, compte tenu de l'interprétation divergente de l'al. 24(5)b avancée par Madawaska dans sa demande écrite de rencontre. Je dis *de toute évidence* parce qu'il y avait une certaine indication que la Société des loteries et des jeux n'a pas porté l'affaire devant le conseil d'administration, comme elle avait déclaré qu'elle le ferait et comme elle a également laissé entendre qu'elle l'avait fait. En tout état de cause, cela n'a pas d'importance pour la présente analyse.

[97] L'attente légitime qui en a découlé, comme l'a constaté le juge, est la compréhension que, au moins jusqu'à ce que la procédure ait suivi son cours et qu'une

réponse ait été donnée à Madawaska, la décision n'était pas définitive. À strictement parler, selon la réponse à la demande de Madawaska, soit la décision pourrait faire l'objet d'un nouvel examen après que Madawaska a été entendue à la réunion, soit, subsidiairement, le différend pourrait être résolu par le recours à la disposition d'arbitrage de leur contrat, ce qui éviterait de devoir contester la décision en demandant la révision judiciaire ou en engageant une autre instance pour faire respecter l'obligation de partager les profits. Comme le juge a également conclu, Madawaska avait tout lieu de se fier à cette attente. Rappelons qu'à peine quelques années plus tôt, le différend opposant la Société des loteries et des jeux et Madawaska (ainsi que d'autres Premières Nations), au sujet du calcul des frais visés à l'al. 24(5)b), avait été résolu par voie d'arbitrage.

[98] Dans l'évaluation des circonstances, il faut reconnaître que la décision ou position communiquée à Madawaska le 7 octobre se situait à l'autre extrémité de l'éventail des décisions plus formelles qui sont, par exemple, rendues ou publiées par un tribunal administratif. La relation continue entre les parties se traduisait par des communications régulières, fréquentes et, en général, informelles sur de tels sujets. En outre, contrairement à ce qui se passe devant les tribunaux administratifs ou d'autres décideurs, où il peut être nécessaire de prévoir un nouvel examen d'une décision dans une loi, rien n'indique que la Société des loteries et des jeux n'avait pas l'autorité ou la capacité de changer sa position à tout moment.

[99] De plus, même si la doctrine de l'attente légitime avait été appliquée de manière inacceptable par le juge saisi de la requête, comme le soutiennent les appelantes, dans les circonstances de la présente affaire, l'engagement auquel il a conclu représentait un désaveu suffisant de la décision du 7 octobre pour que celle-ci soit ou devienne conditionnelle, ne serait-ce que dans la mesure où la Société des loteries et des jeux se devait encore de déterminer si elle allait s'engager, avec Madawaska, dans un nouvel examen de sa position concernant le partage des profits ou si elle allait faire résoudre leur différend conformément à la clause d'arbitrage de leur contrat, et où elle se devait d'indiquer clairement à Madawaska si la voie à suivre pour résoudre leur différend exigeait de demander une révision judiciaire ou d'introduire une autre instance pour faire

valoir sa réclamation. En effet, la Société des loteries et des jeux a par la suite fait savoir que, après [TRADUCTION] « une analyse plus poussée [...] et [un examen attentif par] les membres du conseil », il avait été décidé qu'elle n'était pas disposée à rencontrer Madawaska. Bien qu'elle ne l'ait pas fait valoir, la Société des loteries et des jeux semble avoir considéré de nouveau sa décision à partir de la position écrite de Madawaska sur l'interprétation de l'al. 24(5)b), sans toutefois entendre Madawaska à la réunion qui avait été demandée.

[100] En outre, même si les appelantes avaient établi que le juge avait commis une erreur, cela ne suffirait pas à accueillir l'appel et à disposer de l'affaire. Le juge saisi de la requête n'a pas statué sur la requête en prolongation de délai présentée par Madawaska en vertu de la règle 69.03.

[101] Bien que notre Cour ait commenté le caractère exceptionnel des circonstances qui justifieraient d'accorder une prolongation de délai en vertu de la règle 69.03, elle n'a pas eu l'occasion d'énoncer les critères à respecter. Compte tenu du peu d'observations présentées dans la présente affaire, je ne compte pas en faire l'énoncé. J'évaluerais plutôt la requête en prolongation de Madawaska à la lumière des facteurs pris en compte pour trancher une demande de prolongation du délai d'appel.

[102] Il ressort clairement de la réponse rapide de Madawaska à la lettre du 7 octobre qu'elle avait l'intention de contester la décision : elle comptait engager la procédure d'arbitrage si le problème ne pouvait pas être résolu lors de la réunion demandée. En d'autres termes, dans le délai prescrit pour le contrôle judiciaire de la décision, Madawaska avait l'intention d'aller plus loin.

[103] Deuxièmement, rien ne laisse entendre que la Société des loteries et des jeux subirait un préjudice. La demande de prolongation de Madawaska a été soulevée dans sa requête et la Société des loteries et des jeux a eu l'occasion de cerner le préjudice, s'il en est, qui lui serait causé, mais aucun préjudice n'a été indiqué. De plus, je ne peux

aucunement voir de quelle manière elle aurait été lésée, comme il faut l'envisager lorsqu'une prolongation de délai est demandée.

[104] Troisièmement, quant aux raisons du retard, elles trouvent leur origine dans le comportement du décideur. Le juge saisi de la requête a estimé qu'il était raisonnable pour Madawaska de considérer l'engagement de la Société des loteries et des jeux comme lui permettant de ne pas considérer la décision comme définitive, au moins jusqu'à ce qu'elle reçoive une réponse à sa demande. Je souscris à cette appréciation. Je suis d'avis qu'un tel comportement de la part d'un décideur fait partie des circonstances exceptionnelles qui constituent un fondement justifiant d'accorder une prolongation de délai. En tout état de cause, même si l'engagement d'étudier la demande de Madawaska n'était pas aussi clair que l'a estimé le juge saisi de la requête, l'ambiguïté générée par les communications ultérieures de la Société des loteries et des jeux avec Madawaska est telle qu'il serait injuste de ne pas considérer qu'il s'agit d'une raison suffisamment convaincante pour ne pas avoir introduit la requête avant que la Société des loteries et des jeux n'ait rendu de décision relativement à sa demande, dont la proposition d'arbitrage.

[105] Quatrièmement, si l'on considère le bien-fondé de la contestation de la décision visée par la requête en révision judiciaire, il s'agit indiscutablement d'une situation où l'on ne peut avancer que la révision demandée était frivole ou sans fondement, ou que la cause n'était pas défendable. Avec le recul, cela ressort manifestement du dispositif.

[106] Compte tenu de tout cela, j'aurais, au besoin, prolongé le délai dont disposait Madawaska pour introduire sa demande en vertu de la règle 69.03.

[107] Je rejetterais ce moyen d'appel.

C. *Le juge saisi de la requête a-t-il commis une erreur en renvoyant l'affaire, et notre Cour devrait-elle rendre l'ordonnance demandée dans la requête en révision judiciaire de Madawaska?*

[108] Les appelantes soutiennent que le juge a commis une erreur en renvoyant l'affaire à la Société des loteries et des jeux parce qu'il l'a fait d'une manière qui a privé [TRADUCTION] « la [Société] de son droit d'exercer [le pouvoir discrétionnaire résiduel prévu par la loi] de partager ou non ces profits prévu à » l'al. 24(5)b). Le juge a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION]

[...] L'affaire est renvoyée à la Société avec la directive de partager les profits réalisés des jeux au casino Grey Rock avec Madawaska **conformément aux dispositions de l'al. 24(5)b) de la Loi, pourvu que Madawaska satisfasse aux conditions qui y sont prescrites.** [Les caractères gras et le soulignement sont de moi; par. 77]

[109] Cette orientation manque de clarté seulement si, comme le prétendent les appelantes, la Société des loteries et des jeux dispose du pouvoir discrétionnaire résiduel de payer 95 % des profits nets, même lorsque : (1) un accord est intervenu entre la Province et Madawaska; (2) l'accord est valable; (3) les recettes nettes réclamées du casino situé dans la réserve sont celles tirées des « appareils de jeux vidéo ». Ces conditions établies expressément par la loi pour le partage des profits sont toutes remplies. Le juge saisi de la requête a conclu que « [l]a Province [a concédé] que l'accord sur la délivrance autonome de licences de 2017 satis[faisait] à la première exigence » et, plus important encore, « [qu']aucune violation des conditions de l'accord n'[avait été] alléguée ». La dernière est satisfaite par la détermination que les « appareils de jeux vidéo » du casino sont visés par l'al. 24(5)b).

[110] Le juge saisi de la requête ne s'est pas prononcé expressément sur l'argument de Madawaska selon lequel la Société des loteries et des jeux ne dispose d'aucun pouvoir discrétionnaire résiduel découlant du par. 24(5) qui lui permettrait de

décider de ne pas verser sa part de 95 % des profits nets si les conditions préalables expresses étaient remplies.

[111] Dans son mémoire présenté au juge saisi de la requête, Madawaska a présenté des arguments détaillés sur les principes juridiques applicables à cette question qui cadraient tout à fait avec la demande qu'elle présentait dans son avis de requête, par lequel elle cherchait à obtenir une ordonnance enjoignant à la Société des loteries et des jeux de [TRADUCTION] « partager les profits des jeux du Casino avec Madawaska ». Ce n'est qu'à titre subsidiaire que Madawaska avait demandé que l'affaire soit renvoyée à la Société des loteries et des jeux pour un nouvel examen fondé sur l'interprétation correcte à donner à l'al. 24(5)b).

[112] Les appelantes, en revanche, ont demandé au juge, s'il concluait que le casino possédait des « appareils de jeux vidéo », de renvoyer l'affaire à la Société des loteries et des jeux afin qu'elle puisse décider d'exercer ou non son pouvoir discrétionnaire.

[113] S'il est généralement préférable de renvoyer une affaire qui n'a pas été traitée par un décideur, ce n'est pas le cas en l'espèce, où le renvoi ne servirait à rien (*Vavilov*, par. 142). Si le juge saisi de la requête avait conclu que la Société des loteries et des jeux ne disposait pas du pouvoir discrétionnaire résiduel qu'elle prétendait détenir au titre de l'al. 24(5)b), comme Madawaska l'avait soutenu devant lui, il n'aurait servi à rien de renvoyer l'affaire à la Société des loteries et des jeux.

[114] De même, notre Cour ne devrait pas renvoyer l'affaire à la Société des loteries et des jeux à moins que celle-ci ne dispose effectivement du pouvoir discrétionnaire résiduel revendiqué. Il s'agit d'une question que nous sommes aussi bien placés pour trancher que le juge saisi de la requête l'était au vu du dossier dont il disposait. Ainsi, nous devrions rendre la décision qui aurait dû être rendue.

[115] Les appelantes soutiennent que le pouvoir discrétionnaire résiduel de la Société des loteries et des jeux de payer, même lorsque les conditions préalables à sa capacité de payer sont remplies, provient de l'emploi des mots « peut payer » à l'al. 24(5)b).

[116] Le sens du mot « peut » et l'obligation de la Société des loteries et des jeux de payer lorsque toutes les conditions préalables sont remplies dépendent – ce n'est pas contesté – de l'intention du législateur révélée à la lecture de la disposition dans le contexte de la *Loi*. En effet, personne ne conteste les principes juridiques applicables.

[117] La disposition de la *Loi d'interprétation*, L.R.N.-B. 1973, ch. I-13, soit l'art. 38, qui traitait de l'utilisation de « doit » et de « peut » dans la législation a été abrogée en 2012. Cela dit, même l'art. 38 posait un problème, car, comme l'explique la professeure Ruth Sullivan, dans l'ouvrage intitulé *The Construction of Statutes* (7^e éd. Lexis Nexis, 2022), les mots « doit » et « peut » ne sont pas des opposés, mais des catégories qui se chevauchent. Ainsi, [TRADUCTION] « un fonctionnaire qui est habilité à faire une chose peut aussi être tenu de le faire » (p. 78).

[118] En règle générale, le mot « peut » employé seul n'est pas déterminant : [TRADUCTION] « [...] il doit être considéré dans son contexte, en tenant compte des éléments habituels – la *Loi* dans son ensemble, son objet et le régime législatif, le contexte global » (*Butler c. Snelgrove*, 2015 NLCA 46, [2015] N.J. No. 332 (QL), par. 26, citant la professeure Sullivan). Plus précisément, lorsqu'un pouvoir ne peut être exercé que si toutes les conditions préalables sont réunies, une fois qu'elles sont remplies, le pouvoir conféré par l'emploi du terme « peut » est considéré comme étant conjugué à l'obligation d'agir. Comme l'explique la professeure Sullivan :

[TRADUCTION]

[4] Pouvoirs subordonnés à des conditions préalables

Lorsqu'un pouvoir légal est conféré par une disposition employant le mot « peut », le destinataire dispose – en l'absence de preuve du contraire – du pouvoir

discrétionnaire de l'exercer ou non. Bien entendu, ce pouvoir discrétionnaire est limité par les objets pour lesquels il a été conféré, son exercice doit être raisonnable et il peut entraîner un devoir d'équité ou d'autres obligations de droit administratif. **Lorsque l'exercice d'un pouvoir est subordonné à une ou plusieurs conditions préalables, le pouvoir discrétionnaire est encore plus limité en ce sens qu'il ne doit pas être exercé avant que les conditions précisées ne soient remplies. Ce qui n'est pas aussi évident, en revanche, dans certains contextes du moins, c'est de savoir si le pouvoir doit obligatoirement être exercé une fois que toutes les conditions sont réunies.** Un fonctionnaire qui « peut » accorder un avantage si certains faits sont établis a-t-il le pouvoir discrétionnaire de refuser de le faire une fois qu'ils le sont?

À première vue, cette question peut sembler ridicule. Après tout, si le législateur avait voulu imposer une obligation, il aurait pu facilement employer « doit » au lieu de « peut ». Mais le juge en chef Dickson fait une mise en garde dans l'arrêt *R. c. S. (S.)*, [[1990] 2 R.C.S. 254, [1990] A.C.S. n° 66 (QL), par. 27], où il explique que l'utilisation de « peut » n'est pas concluante :

[...] il ne faut pas tirer de mes motifs la conclusion que le seul emploi du mot « peut » ou « *may* » est déterminant quant à savoir si une obligation est imposée. [...] L'absence d'une obligation exprimée dans des termes impératifs non équivoques est toutefois un facteur qui m'amène à conclure que la *Loi sur les jeunes contrevenants* n'oblige pas les provinces à instaurer un programme de mesures de rechange. [par. 27]

En d'autres termes, l'emploi de « peut » sous-entend une discrétion, mais n'exclut pas l'obligation. L'interprète doit déterminer s'il y a quelque chose dans la loi ou dans les circonstances qui impose expressément ou implicitement l'exercice du pouvoir.

La Chambre des Lords s'est prononcée sur l'emploi du mot « peut » et d'autres expressions qui confèrent un pouvoir dans l'arrêt *Julius c. Lord Bishop of Oxford* [(1880), 5 App. Cas. 214 (Ch. des lords)], qui fait autorité. Lord Cairns y a écrit :

[TRADUCTION]

[L'expression « *it shall be lawful* » (il est licite) ou le mot « *may* » (peut)] ne fait qu'accorder la faculté ou le pouvoir, sans plus. Il se peut que, de par l'objet même du pouvoir en cause, de par son but, de par les conditions de son exercice, de par la qualité de la ou des personnes qui en bénéficient, le pouvoir soit assorti d'une obligation, à savoir l'obligation pour celui qui en est investi de l'exercer lorsqu'il en est requis. [p. 222-223]

[Lorsqu'un] pouvoir est confié à un fonctionnaire dans le but d'être utilisé au profit de personnes qui sont spécifiquement désignées et à l'égard desquelles le législateur fournit une définition des conditions dans lesquelles elles ont le droit d'en demander l'exercice, ce pouvoir doit être exercé et la Cour exigera qu'il le soit. [p. 225]

Le lord Selborne a écrit :

[TRADUCTION]

[...] [J']estime que le sens de tels mots [« *it shall be lawful* » (il est licite) ou « *may* » (peut)] est identique, qu'il existe ou non un devoir ou une obligation d'exercer le pouvoir qu'ils confèrent. Ils traduisent une virtualité et n'emportent jamais (par eux-mêmes) une obligation. Quant à savoir si un juge ou un fonctionnaire public investi d'un pouvoir par de tels mots est tenu d'exercer ce pouvoir dans une situation donnée ou d'une manière déterminée, c'est une question à trancher [...] en général [...] par référence au contexte, aux dispositions particulières ou à la portée générale et aux objets de la loi attributive de ce pouvoir. [p. 235-236]

Les commentaires du lord Cairns et du lord Selborne rappellent le principe moderne : **[I]e mot « peut » employé seul ne peut déterminer l'issue; il doit être considéré dans son contexte, en tenant compte des éléments habituels – la Loi dans son ensemble, son objet et le régime législatif, le contexte global ».**

[Les caractères gras et le soulignement sont de moi;
p. 79 à 81]

[119] L'arrêt *Brown c. Metropolitan Authority* (1996), 150 N.S.R. (2d) 43, [1996] N.S.J. No. 146 (QL) (C.A.), est un bon exemple que la professeure Sullivan aborde. La Cour y a conclu que, une fois les conditions d'indemnisation réunies, il y avait obligation d'exercer le pouvoir d'effectuer le paiement. Il en était ainsi, car, bien que le langage impératif n'ait pas été employé dans la loi intitulée *Community of Sackville Landfill Compensation Act*, S.N.S. 1993, c. 71, l'objectif législatif aurait été contrecarré si le paiement avait été discrétionnaire (par. 56 à 61).

[120] En plus d'insister sur le fait que l'al. 24(5)b) emploie les mots « peut payer », les appelantes soutiennent principalement que l'intention du législateur de se réserver un pouvoir discrétionnaire de payer, même lorsque les conditions préalables sont remplies, est reflétée par l'emploi, dans d'autres dispositions de la *Loi sur la réglementation des jeux*, des mots *shall pay* [« doit payer »] rendus par le présent descriptif « paie » [qui, en français, impose une obligation]. Signalons, par exemple : (1) « les profits de la Société sont versés au Fonds consolidé » (art. 22); (2) « [c]haque année, la Société verse sur ses revenus : a) un montant réglementaire au Fonds en fiducie pour l'avancement des Arts; b) un montant réglementaire au Fonds en fiducie pour l'avancement du Sport » (art. 23). Dans ces dispositions, il n'y a pas de conditions préalables au paiement. En outre, ils ne visent pas des accords intervenus avec des tiers.

[121] Bien qu'il n'ait pas été soulevé devant nous, le par. 11.1(4) de la *Loi sur l'administration du revenu* emploie le mot « doit » en relation avec le partage des recettes fiscales. Il dispose que le revenu provenant de la perception des taxes sur une réserve « doit être partagé conformément à l'accord et [que] la part de la bande provenant du revenu est payée sur le Fonds consolidé ». Cependant, comme les art. 22 et 23 de la *Loi sur la réglementation des jeux*, le par. 11.1(4) ne prévoit aucune condition préalable à l'obligation de payer de la Province. En effet, l'obligation de payer relative au partage des recettes fiscales est fondée sur une obligation contractuelle prévue dans l'accord de partage des recettes.

[122] Lorsqu'on leur a demandé quels facteurs la Société des loteries et des jeux prendrait en compte pour décider d'exercer ou non le pouvoir discrétionnaire de partager les profits, pouvoir que lui confère, selon elle, l'al. 24(5)b), les appelantes n'ont pu en préciser aucun qui aurait soutenu l'affirmation suivante, tirée de leur mémoire :

[TRADUCTION]

L'aspect discrétionnaire de la disposition consiste à savoir si, lorsqu'il a été établi que la loterie utilise des appareils de jeux vidéo, la Société partagera les profits avec l'intimée. **Il s'agit essentiellement d'une décision de politique générale, que sous-tendent divers facteurs sociaux et économiques**, dont la prise en compte a été laissée à la seule appréciation de la Société.

[Les caractères gras et le soulignement sont de moi.]

[123] Se référant au passage ci-dessus, Madawaska affirme que la Société des loteries et des jeux a soulevé pour la première fois en appel devant notre Cour que son partage des profits prévu à l'al. 24(5)b) l'obligeait, ou l'autorisait, à décider qu'un tel paiement était justifié, pour des raisons de politique générale, en se fondant sur l'examen de facteurs sociaux et économiques.

[124] Lorsqu'on les a pressées de s'expliquer, les appelantes n'ont pas pu préciser ce qui serait des facteurs sociaux et économiques, et elles ont reconnu qu'il n'y avait rien dans le dossier pour indiquer en quoi ils pourraient consister, pour les périodes en cause ou autrement. Étant donné que l'avis de requête de Madawaska demandait une ordonnance enjoignant à la Société des loteries et des jeux de payer sa part des recettes nettes et la position des appelantes selon laquelle l'affaire devrait être renvoyée à la Société des loteries et des jeux pour qu'elle exerce son pouvoir discrétionnaire (si le sens à donner au terme « appareils de jeux vidéo » était déterminé par la Cour en faveur de Madawaska), il aurait pu être utile d'élaborer au sujet des facteurs prétendument applicables au pouvoir discrétionnaire d'origine législative qu'elles revendiquent. Cela ne veut pas dire que le fait de ne pas avoir affirmé précédemment que la Société des loteries et des jeux disposait de ce pouvoir discrétionnaire, ou de ne pas avoir précisé les facteurs applicables à son exercice, a une incidence sur la détermination de l'intention législative

de la disposition; toutefois, cela rend plus difficile d'établir le lien entre le pouvoir discrétionnaire revendiqué et l'objet de la *Loi sur la réglementation des jeux*, et plus particulièrement de l'art. 24.

[125] Alors que l'objet de la loi comprend la réglementation des casinos et des autres lieux réservés au jeu « en vue de contribuer aussi bien au développement durable de l'activité économique dans la province qu'au revenu net de la province », les objets de l'accord sur la délivrance autonome de licences relatives au jeu sur une réserve, qui constitue une condition préalable au partage des profits selon l'al. 24(5)b), sont reflétés dans le préambule de l'accord sur la délivrance autonome de licences, conclu en 2017, dont voici un extrait :

[TRADUCTION]

- a) **Afin de promouvoir le développement d'une économie forte et équilibrée sur ses terres**, la Première Nation entend y établir des activités de jeux, les réglementer, délivrer des licences **et utiliser les profits en découlant dans l'intérêt public de la Première Nation**;
- b) **la Province respecte le droit de la Première Nation d'administrer ses propres affaires et a négocié le présent accord avec elle, de gouvernement à gouvernement**, sans l'intervention ou la participation d'une autre bande indienne, d'un groupe autochtone ou d'une association autochtone[.]

[Les caractères gras et le soulignement sont de moi.]

[126] Dans la mesure où le pouvoir discrétionnaire revendiqué est ancré dans l'objet de la *Loi sur la réglementation des jeux*, qui est de « contribuer [...] au revenu net de la province », ce que les appelantes semblent soutenir, cet objet est nuancé par les objets de l'accord sur la délivrance autonome de licences.

[127] En outre, comme je l'ai indiqué plus haut, l'obligation de payer 95 % des profits nets prévue à l'al. 11.2(4)b) a été adoptée en 1996 en réponse aux accords de partage des recettes de 1995 et en vue de la conclusion par la Province d'accords sur la

délivrance autonome de licences avec les Premières Nations individuellement. Il s'agit de la même proportion des taxes sur le tabac et l'essence et de la taxe de vente que la Province a expressément accepté de payer en application des accords de partage des recettes.

[128] Bien que je ne laisse pas entendre, d'après le dossier dont nous disposons, que la Province s'est engagée à payer une part de 95 % en ce qui concerne les jeux tenus sur la réserve, comme elle l'a fait pour les diverses taxes, il est néanmoins difficile de concevoir que l'objet de l'art. 24 serait d'autoriser la Province à conclure un accord sur la délivrance autonome de licences qui permettrait à la Société des loteries et des jeux, sous réserve de conditions préalables, de payer 95 % des profits, tout en dotant celle-ci d'un pouvoir discrétionnaire lui permettant, même lorsque les conditions sont remplies, de ne pas payer une part des 95 % de profits, sans fournir aucun fondement reconnu pour la guider dans l'exercice raisonnable d'un tel pouvoir discrétionnaire.

[129] La disposition n'emploie pas de langage permettant à la Société des loteries et des jeux de payer jusqu'à 95 %. Les appelantes le reconnaissent, mais font valoir que la Société des loteries et des jeux a le pouvoir discrétionnaire de décider de payer ou non.

[130] À mon avis, le législateur a voulu que le mot « peut » soit employé de façon restrictive en ce sens que la Société des loteries et des jeux est autorisée à payer à condition qu'une Première Nation ait satisfait aux conditions préalables expresses prévues au par. 24(5). Il ne s'agit pas de conférer un pouvoir discrétionnaire résiduel à la Société des loteries et des jeux de refuser de payer si elles sont remplies. En somme, la Société des loteries et des jeux ne dispose pas du pouvoir discrétionnaire résiduel qu'elle revendique au titre du par. 24(5).

[131] Enfin, il est nécessaire d'expliquer pourquoi j'ordonnerais à la Société des loteries et des jeux de payer 95 % des profits nets provenant des appareils de jeux vidéo utilisés au casino et non des profits nets générés par tous les jeux tenus au casino.

[132] Lors de l'audience, la Cour a demandé à Madawaska de clarifier sa position à cet égard. Celle-ci a maintenu que l'al. 24(5)b lui donnait droit au partage des profits générés par tous les jeux tenus au casino puisque, affirmait-elle, le casino est [TRADUCTION] « une loterie qui utilise des appareils de jeux vidéo ». Comme nous le verrons, cela correspond à la position que Madawaska semble avoir avancée dans son avis de requête.

[133] Madawaska n'a pas explicitement défendu cette position dans son mémoire présenté à notre Cour, et elle n'a pas non plus exposé l'analyse interprétative qui l'appuierait. Dans la partie de son mémoire exposant sa position selon laquelle la Cour ne devrait pas renvoyer l'affaire à la Société des loteries et des jeux (puisque cela ne servirait à rien), Madawaska a déclaré que le juge saisi de la requête avait estimé que [TRADUCTION] « la seule interprétation raisonnable à donner à l'al. 24(5)b impose à la Société de partager les profits provenant des appareils de jeux vidéo du [casino] avec Madawaska », et que [TRADUCTION] « [c]'était la bonne conclusion ». Le mémoire des appelantes est muet sur cette question.

[134] Cependant, dans son avis de requête, Madawaska a sollicité une ordonnance [TRADUCTION] « enjoignant à la Société de partager les profits des jeux [du casino] avec Madawaska ». De plus, dans son mémoire présenté au juge saisi de la requête, Madawaska a affirmé de même que le casino était une « loterie » et que le juge devait ordonner à [TRADUCTION] « la Société de partager les profits du » casino avec Madawaska. Le juge saisi de la requête n'a pas abordé expressément la distinction entre le partage des profits nets provenant des appareils de jeux vidéo utilisés au casino et la revendication de Madawaska d'une part des profits nets provenant de tous les jeux tenus au casino.

[135] La caractérisation du casino par Madawaska comme étant une [TRADUCTION] « loterie sur la réserve de la bande qui utilise des appareils de jeux vidéo » pourrait constituer une description juste, selon le contexte. Cependant, le sens à

donner à ce descriptif dans le contexte de l'al. 24(5)b) est une tout autre question. À mon avis, ce descriptif vise à déterminer le type d'appareils qui génèrent des profits que la Société des loteries et des jeux est tenue de partager avec une Première Nation, lorsque les appareils sont utilisés sur une réserve pour des jeux autorisés par la *Loi sur la réglementation des jeux*. Ce descriptif n'indique pas une intention législative d'établir une condition qui, si elle est remplie par l'utilisation d'un ou de plusieurs appareils de jeux vidéo, obligerait la Société des loteries et des jeux à partager les profits tirés de toutes les activités de jeu tenues dans un casino.

[136] Comme je l'ai expliqué plus haut, la définition du terme « loterie » au *Code criminel* énumère des types de jeux. Ce fut le cas en 1990, lorsque l'art. 7.1 de la *Loi sur les loteries* a employé pour la première fois le descriptif « loterie qui utilise les appareils de jeux vidéo » pour prévoir l'utilisation de terminaux de loterie vidéo dans la province. C'est également le cas dans la définition actuelle. Cela dit, ce descriptif est également employé dans la version anglaise de la législation d'une manière qui est conforme au sens ordinaire du mot *scheme* [[TRADUCTION] « système »], dans le sens de [TRADUCTION] « programme »; par exemple, lorsque la SLA est autorisée à créer et à gérer des « loteries », c'est-à-dire un programme de jeux pour les appareils de jeux vidéo qui satisfont aux conditions du *Règlement sur les systèmes de loterie vidéo*.

[137] Lorsque la disposition sur le partage des recettes a été adoptée en 1996, la terminologie employée prescrivait le paiement de 95 % des « profits nets de la Société [...] provenant d'une loterie sur la réserve de la bande qui utilise des appareils de jeux vidéo » (je souligne).

[138] Lue dans son contexte, cette disposition visait sans aucun doute les profits tirés des jeux tenus sur la réserve au moyen d'appareils de jeux vidéo. Il ne s'agissait pas des profits tirés d'une entreprise de jeux « sur la réserve de la bande » qui comprenait des jeux tenus au moyen d'un ou de plusieurs appareils de jeux vidéo. Les casinos n'étaient pas envisagés à l'époque et rien n'indiquait que le législateur entendait lier les profits à partager à la notion d'entreprise où de multiples formes de jeux étaient pratiquées.

[139] De plus, l'intention de partager les profits générés par les appareils de jeux vidéo utilisés sur la réserve est conforme à la décision du législateur de prévoir séparément, dans l'al. 24(5)a), le partage des recettes provenant des « billets à languette [utilisés] dans une loterie sur la réserve de la bande ».

[140] L'édition de la *Loi sur la réglementation des jeux* en 2008 n'a apporté aucune modification à ces termes, et l'introduction des casinos n'a pas autrement indiqué l'intention de modifier l'objectif de partage des profits prévu à l'al. 24(5)b).

[141] La reconnaissance d'un casino comme un lieu ou une entreprise, disposant des recettes de jeux agrégées, quel que soit le type d'appareil utilisé, apparaît dans l'accord sur les casinos de 2014. L'accord définit les recettes brutes tirées des jeux comme étant toutes les mises placées au casino (moins les gains), [TRADUCTION] « mais exclut les recettes générées par le bingo et “toutes les autres offres” » du casino. Bien qu'elle soit parfaitement compréhensible à des fins diverses, cette notion de recettes ou de profits bruts d'un casino ou d'un autre établissement n'est pas liée à l'obligation de la Société des loteries et des jeux de partager, en application de l'al. 24(5)b), les profits nets provenant des appareils de jeux vidéo utilisés sur une réserve.

[142] En résumé, l'obligation prévue à l'al. 24(5)b) consiste à partager les profits nets générés par les appareils de jeux vidéo utilisés sur la réserve, y compris ceux qui sont utilisés dans le casino.

IV. Dispositif

[143] J'accueillerais l'appel uniquement pour modifier le par. 2 du jugement consécutif à l'audience ou au procès (en vertu de la règle 62.21(5)) en annulant le renvoi et en ordonnant à la Société des loteries et des jeux du Nouveau-Brunswick de payer à la Première Nation de Madawaska 95 % des profits nets de la Société, après affectation des sommes nécessaires au paiement des prix et à l'acquittement des frais, provenant des

appareils de jeux vidéo utilisés au casino sur la réserve de Madawaska. De plus, j'ordonnerais aux appelantes de payer une masse de dépens en appel de 5 000 \$.