

AGREEMENT ON INTERNAL TRADE

APPELLATE PANEL

**IN THE MATTER OF A CHALLENGE BY SASKATCHEWAN WITH RESPECT TO QUEBEC'S
MEASURES REGULATING EDIBLE OIL PRODUCTS, DAIRY BLENDS AND DAIRY ANALOGUES**

SASKATCHEWAN'S BOOK OF AUTHORITIES

AUGUST 18, 2014

**SASKATCHEWAN MINISTRY OF JUSTICE AND THE ATTORNEY GENERAL
8TH FLOOR – 1874 SCARTH ST.
REGINA, SASKATCHEWAN
S4P 4B3**

List of Tabs

- A. *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9
- B. *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53
- C. Article XVII of Annex 2 (Dispute Settlement Understanding) of the Agreement establishing the world trade organization (WTO)
- D. *Newton v. Criminal Trial Lawyers Association*, 2010 ABCA 399
- E. *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67
- F. *Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General)*, 2014 SCC 40
- G. *Canadian Artist's Representation v. National Gallery of Canada*, 2014 SCC 42
- H. *UL Canada inc. c. Québec (Procureur Général)*, [1999] RJQ 1720
- I. *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53
- J. Appellate Body Report, *United States- Measures affecting imports of woven wool shirts and blouses from India*, WTO DOC WT/DS33/AB/R (adopted 25 April 1997) (including a one page summary)

TAB A

Dunsmuir v. New Brunswick 2008 SCC 9

David Dunsmuir *Appellant*

v.

Her Majesty the Queen in Right of the Province of New Brunswick as represented by Board of Management *Respondent*

INDEXED AS: DUNSMUIR v. NEW BRUNSWICK

Neutral citation: 2008 SCC 9.

File No.: 31459.

2007: May 15; 2008: March 7.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEW BRUNSWICK

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Proper approach to judicial review of administrative decision makers — Whether judicial review should include only two standards: correctness and reasonableness.

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Employee holding office “at pleasure” in provincial civil service dismissed without alleged cause with four months’ pay in lieu of notice — Adjudicator interpreting enabling statute as conferring jurisdiction to determine whether discharge was in fact for cause — Adjudicator holding employer breached duty of procedural fairness and ordering reinstatement — Whether standard of reasonableness applicable to adjudicator’s decision on statutory interpretation issue — Public Service Labour Relations Act, R.S.N.B. 1973, c. P-25, ss. 97(2.1), 100.1(5) — Civil Service Act, S.N.B. 1984, c. C-5.1, s. 20.

Administrative law — Natural justice — Procedural fairness — Dismissal of public office holders — Employee holding office “at pleasure” in provincial civil service dismissed without alleged cause with four months’ pay in lieu of notice — Employee not informed of reasons for termination or provided with opportunity to respond — Whether employee entitled to procedural fairness — Proper approach to dismissal of public employees.

David Dunsmuir *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine du chef de la province du Nouveau-Brunswick, représentée par le Conseil de gestion *Intimée*

RÉPERTORIÉ : DUNSMUIR c. NOUVEAU-BRUNSWICK

Référence neutre : 2008 CSC 9.

N° du greffe : 31459.

2007 : 15 mai; 2008 : 7 mars.

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

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

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Démarche appropriée pour le contrôle judiciaire d’une décision administrative — Le contrôle judiciaire devrait-il s’effectuer au regard de deux normes seulement : celle de la décision correcte et celle de la raisonabilité?

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Fonctionnaire provincial amovible congédié sans motif avec indemnité de quatre mois de salaire tenant lieu de préavis — Arbitre concluant que sa loi habilitante l’autorisait à déterminer si le congédiement constituait en fait un congédiement pour motif — Arbitre statuant que l’employeur avait manqué à son obligation d’équité procédurale et ordonnant la réintégration de l’employé — La norme de la décision raisonnable s’appliquait-elle à l’interprétation de la loi par l’arbitre? — Loi relative aux relations de travail dans les services publics, L.R.N.-B. 1973, ch. P-25, art. 97(2.1), 100.1(5) — Loi sur la Fonction publique, L.N.-B. 1984, ch. C-5.1, l’art. 20.

Droit administratif — Justice naturelle — Équité procédurale — Congédiement d’un titulaire de charge publique nommé à titre amovible — Congédiement sans motif avec indemnité de quatre mois de salaire tenant lieu de préavis — Employeur n’ayant pas précisé les motifs du congédiement ni donné à l’employé la possibilité d’y répondre — L’employé avait-il droit à l’équité procédurale? — Démarche appropriée pour le congédiement d’un fonctionnaire.

D was employed by the Department of Justice for the Province of New Brunswick. He held a position under the *Civil Service Act* and was an office holder “at pleasure”. His probationary period was extended twice and the employer reprimanded him on three separate occasions during the course of his employment. On the third occasion, a formal letter of reprimand was sent to D warning him that his failure to improve his performance would result in further disciplinary action up to and including dismissal. While preparing for a meeting to discuss D’s performance review the employer concluded that D was not right for the job. A formal letter of termination was delivered to D’s lawyer the next day. Cause for the termination was explicitly not alleged and D was given four months’ pay in lieu of notice.

D commenced the grievance process under s. 100.1 of the *Public Service Labour Relations Act* (“*PSLRA*”), alleging that the reasons for the employer’s dissatisfaction were not made known, that he did not receive a reasonable opportunity to respond to the concerns, that the employer’s actions in terminating him were without notice, due process or procedural fairness, and that the length of the notice period was inadequate. The grievance was denied and then referred to adjudication. A preliminary issue of statutory interpretation arose as to whether, where dismissal was with notice or pay in lieu thereof, the adjudicator was authorized to determine the reasons underlying the province’s decision to terminate. The adjudicator held that the referential incorporation of s. 97(2.1) of the *PSLRA* into s. 100.1(5) of that Act meant that he could determine whether D had been discharged or otherwise disciplined for cause. Ultimately, the adjudicator made no finding as to whether the discharge was or was not for cause. In his decision on the merits, he found that the termination letter effected termination with pay in lieu of notice and that the termination was not disciplinary. As D’s employment was hybrid in character, the adjudicator held that D was entitled to and did not receive procedural fairness in the employer’s decision to terminate his employment. He declared that the termination was void *ab initio* and ordered D reinstated as of the date of dismissal, adding that in the event that his reinstatement order was quashed on judicial review, he would find the appropriate notice period to be eight months.

On judicial review, the Court of Queen’s Bench applied the correctness standard and quashed the adjudicator’s preliminary decision, concluding that the adjudicator did not have jurisdiction to inquire into the

D travaillait pour le ministère de la Justice du Nouveau-Brunswick. Il occupait un poste suivant la *Loi sur la Fonction publique* et était titulaire d’une charge à titre amovible. Sa période d’essai a été prolongée deux fois, et l’employeur l’a réprimandé à trois occasions distinctes en cours d’emploi. La troisième réprimande a pris la forme d’une lettre officielle l’informant que s’il n’améliorait pas son rendement, il s’exposait à de nouvelles mesures disciplinaires pouvant aller jusqu’au congédiement. Lors d’une rencontre préalable à l’évaluation du rendement de D, l’employeur a conclu que ce dernier ne répondait pas aux exigences du poste. Le lendemain, un avis de cessation d’emploi a été transmis à l’avocat de D. Nul motif de congédiement n’était expressément invoqué, et D avait droit à une indemnité de quatre mois de salaire tenant lieu de préavis.

D a présenté un grief sur le fondement de l’art. 100.1 de la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics* («*LRTSP*»), alléguant que l’employeur n’avait pas précisé ses motifs d’insatisfaction, qu’il ne lui avait pas donné la possibilité raisonnable de répondre aux reproches, que les mesures pour mettre fin à l’emploi avaient été prises sans préavis, sans application régulière de la loi et au mépris de l’équité procédurale et que l’indemnité versée était insuffisante. Le grief a été rejeté, puis renvoyé à l’arbitrage. Une question préalable d’interprétation législative s’est alors posée : dans le cas d’un congédiement avec préavis ou indemnité en tenant lieu, l’arbitre est-il autorisé à déterminer les raisons de la décision de la province de mettre fin à l’emploi? L’arbitre a estimé que l’incorporation par renvoi du par. 97(2.1) de la *LRTSP* au par. 100.1(5) de la même loi l’autorisait à déterminer si D avait été congédié ou avait autrement fait l’objet d’une mesure disciplinaire, pour motif. Finalement, il n’a pas conclu qu’il s’agissait ou non d’un congédiement pour motif. Dans sa décision au fond, il a statué que l’avis de cessation d’emploi opérait un congédiement avec indemnité tenant lieu de préavis et que la cessation d’emploi n’était pas de nature disciplinaire. Vu la nature hybride de l’emploi, il a conclu que D avait droit au respect de l’équité procédurale, mais que l’employeur ne s’était pas acquitté de son obligation à cet égard en mettant fin à l’emploi. Il a déclaré nulle *ab initio* la cessation d’emploi et ordonné la réintégration de D dans ses fonctions à compter de la date du congédiement et, pour le cas où son ordonnance de réintégration serait annulée à l’issue d’un contrôle judiciaire, il a ajouté qu’un préavis de huit mois lui paraissait indiqué.

Saisie d’une demande de contrôle judiciaire, la Cour du Banc de la Reine a appliqué la norme de la décision correcte et annulé la décision sur la question préalable, arrivant à la conclusion que l’arbitre n’avait pas

reasons for the termination, and that his authority was limited to determining whether the notice period was reasonable. On the merits, the court found that D had received procedural fairness by virtue of the grievance hearing before the adjudicator. Concluding that the adjudicator's decision did not stand up to review on a reasonableness *simpliciter* standard, the court quashed the reinstatement order but upheld the adjudicator's provisional award of eight months' notice. The Court of Appeal held that the proper standard with respect to the interpretation of the adjudicator's authority under the *PSLRA* was reasonableness *simpliciter*, not correctness, and that the adjudicator's decision was unreasonable. It found that where the employer elects to dismiss with notice or pay in lieu of notice, s. 97(2.1) of the *PSLRA* does not apply and the employee may only grieve the length of the notice period. It agreed with the reviewing judge that D's right to procedural fairness had not been breached.

Held: The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Bastarache, LeBel, Fish and Abella J.J.: Despite its clear, stable constitutional foundations, the system of judicial review in Canada has proven to be difficult to implement. It is necessary to reconsider both the number and definitions of the various standards of review, and the analytical process employed to determine which standard applies in a given situation. Notwithstanding the theoretical differences between the standards of patent unreasonableness and reasonableness *simpliciter*, any actual difference between them in terms of their operation appears to be illusory. There ought to be only two standards of review: correctness and reasonableness. [32] [34] [41]

When applying the correctness standard in respect of jurisdictional and some other questions of law, a reviewing court will not show deference to the decision maker's reasoning process; it will rather undertake its own analysis of the question and decide whether it agrees with the determination of the decision maker; if not, the court will substitute its own view and provide the correct answer. A court conducting a review for reasonableness inquires into the qualities that make a decision reasonable. Reasonableness is concerned mostly with the existence of justification, transparency and intelligibility within the decision-making process and with whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and the law. It is a deferential standard which requires respect for the legislative choices to leave some matters in the hands of administrative decision makers, for the processes and determinations

compétence pour s'enquérir des motifs de la cessation d'emploi et qu'il lui était seulement permis de déterminer si le préavis était raisonnable. Sur le fond, elle a statué que D avait bénéficié de l'équité procédurale du fait de l'audition de son grief par l'arbitre. Comme la décision de ce dernier ne satisfaisait pas à la norme de la raisonabilité *simpliciter*, elle a annulé l'ordonnance de réintégration, mais confirmé la décision subsidiaire portant le préavis à huit mois. La Cour d'appel a estimé que la norme de contrôle applicable à l'interprétation des pouvoirs conférés à l'arbitre par la *LRTSP* était celle de la raisonabilité *simpliciter*, et non celle de la décision correcte, et que la décision de l'arbitre était déraisonnable. Elle a conclu que lorsque l'employeur opte pour le congédiement avec préavis ou indemnité en tenant lieu, le par. 97(2.1) de la *LRTSP* ne s'applique pas et le seul recours dont dispose l'employé réside dans la contestation du préavis par voie de grief. Elle a convenu avec la cour de révision qu'il n'y avait pas eu d'atteinte au droit de D à l'équité procédurale.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, LeBel, Fish et Abella : Malgré ses assises constitutionnelles claires et stables, le mécanisme canadien de contrôle judiciaire se révèle difficile à appliquer. Il faut repenser tant le nombre que la teneur des normes de contrôle, ainsi que la démarche analytique qui préside à la détermination de la norme applicable dans un cas donné. Malgré ce qui distingue théoriquement la norme du manifestement déraisonnable et celle du raisonnable *simpliciter*, toute différence réelle d'application paraît illusoire. Il ne devrait y avoir que deux normes de contrôle, celle de la décision correcte et celle de la décision raisonnable. [32] [34] [41]

La cour de révision qui applique la norme de la décision correcte relativement à certaines questions de droit, y compris une question de compétence, n'acquiesce pas au raisonnement du décideur; elle entreprend plutôt sa propre analyse au terme de laquelle elle décide si elle est d'accord ou non avec la conclusion du décideur. En cas de désaccord, elle substitue sa propre conclusion et rend la décision qui s'impose. La cour de révision qui applique la norme de la décision raisonnable se demande si la décision contestée possède les attributs de la raisonabilité. Le caractère raisonnable tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l'intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu'à l'appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit. Empreinte de déférence, la norme de la raisonabilité commande le respect de la volonté du législateur de s'en remettre, pour certaines choses, à des décideurs

that draw on particular expertise and experiences, and for the different roles of the courts and administrative bodies within the Canadian constitutional system. [47-50]

An exhaustive analysis is not required in every case to determine the proper standard of review. Courts must first ascertain whether the jurisprudence has already determined in a satisfactory manner the degree of deference to be accorded to a decision maker with regard to a particular category of question. If the inquiry proves unfruitful, courts must analyze the factors making it possible to identify the proper standard of review. The existence of a privative clause is a strong indication of review pursuant to the reasonableness standard, since it is evidence of Parliament or a legislature's intent that an administrative decision maker be given greater deference and that interference by reviewing courts be minimized. It is not, however, determinative. Where the question is one of fact, discretion or policy, or where the legal issue is intertwined with and cannot be readily separated from the factual issue, deference will usually apply automatically. Deference will usually result where a decision maker is interpreting its own statute or statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity. While deference may also be warranted where an administrative decision maker has developed particular expertise in the application of a general common law or civil law rule in relation to a specific statutory context, a question of law that is of central importance to the legal system as a whole and outside the specialized area of expertise of the administrative decision maker will always attract a correctness standard. So will a true question of *vires*, a question regarding the jurisdictional lines between two or more competing specialized tribunals, and a constitutional question regarding the division of powers between Parliament and the provinces in the *Constitution Act, 1867*. [52-62]

The standard of reasonableness applied on the issue of statutory interpretation. While the question of whether the combined effect of ss. 97(2.1) and 100.1 of the *PSLRA* permits the adjudicator to inquire into the employer's reason for dismissing an employee with notice or pay in lieu of notice is a question of law, it is not one that is of central importance to the legal system and outside the specialized expertise of the adjudicator, who was in fact interpreting his enabling statute. Furthermore, s. 101(1) of the *PSLRA* includes a full privative clause, and the nature of the regime favours the standard of reasonableness. Here, the adjudicator's

administratifs, de même que le respect des raisonnements et des décisions fondés sur une expertise et une expérience dans un domaine particulier, ainsi que de la différence entre les fonctions d'une cour de justice et celles d'un organisme administratif dans le système constitutionnel canadien. [47-50]

Il n'est pas toujours nécessaire de se livrer à une analyse exhaustive pour arrêter la bonne norme de contrôle. Premièrement, la cour de révision vérifie si la jurisprudence établit déjà de manière satisfaisante le degré de déférence correspondant à une catégorie de questions en particulier. En second lieu, lorsque cette démarche se révèle infructueuse, elle entreprend l'analyse des éléments qui permettent d'arrêter la bonne norme de contrôle. L'existence d'une clause privative milite clairement en faveur d'un contrôle suivant la norme de la raisonabilité, car elle atteste la volonté du législateur que la décision du décideur administratif fasse l'objet de plus de déférence et que le contrôle judiciaire demeure minimal. Cependant, elle n'est pas déterminante. En présence d'une question touchant aux faits, au pouvoir discrétionnaire ou à la politique, ou lorsque le droit et les faits s'entrelacent et ne peuvent aisément être dissociés, la retenue s'impose habituellement d'emblée. Lorsqu'un décideur interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie, la déférence est habituellement de mise. Elle peut également s'imposer lorsque le décideur administratif a acquis une expertise dans l'application d'une règle générale de common law ou de droit civil dans son domaine spécialisé, mais la question de droit qui revêt une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et qui est étrangère au domaine d'expertise du décideur administratif appelle toujours la norme de la décision correcte. Il en va de même pour une question touchant véritablement à la compétence, une question liée à la délimitation des compétences respectives de tribunaux spécialisés concurrents et une question constitutionnelle touchant au partage des pouvoirs entre le Parlement et les provinces dans la *Loi constitutionnelle de 1867*. [52-62]

La question de l'interprétation législative était assujettie à la norme de la raisonabilité. Bien que la question de savoir si, ensemble, le par. 97(2.1) et l'art. 100.1 de la *LRTSP* autorisent l'arbitre à s'enquérir des motifs d'un congédiement avec préavis ou indemnité en tenant lieu constitue une question de droit, elle ne revêt pas une importance capitale pour le système juridique et elle n'est pas étrangère au domaine d'expertise de l'arbitre, lequel a en fait interprété sa loi habilitante. En outre, le par. 101(1) de la *LRTSP* constitue une clause privative absolue et la nature du régime milite en faveur de la norme de la raisonabilité. En l'espèce, l'interprétation

interpretation of the law was unreasonable and his decision does not fall within the range of acceptable outcomes that are defensible in respect of the facts and the law. The employment relationship between the parties in this case was governed by private law. The combined effect of ss. 97(2.1) and 100.1 of the *PSLRA* cannot, on any reasonable interpretation, remove the employer's right, under the ordinary rules of contract, to discharge an employee with reasonable notice or pay in lieu thereof without asserting cause. By giving the *PSLRA* an interpretation that allowed him to inquire into the reasons for discharge, the adjudicator adopted a reasoning process that was fundamentally inconsistent with the employment contract and, thus, fatally flawed. [66-75]

On the merits, D was not entitled to procedural fairness. Where a public employee is employed under a contract of employment, regardless of his or her status as a public office holder, the applicable law governing his or her dismissal is the law of contract, not general principles arising out of public law. Where a dismissal decision is properly within the public authority's powers and is taken pursuant to a contract of employment, there is no compelling public law purpose for imposing a duty of fairness. The principles expressed in *Knight v. Indian Head School Division No. 19* in relation to the general duty of fairness owed by public authorities when making decisions that affect the rights, privileges or interests of individuals are valid and important. However, to the extent that *Knight* ignored the important effect of a contract of employment, it should not be followed. In the case at bar, D was a contractual employee in addition to being a public office holder. Section 20 of the *Civil Service Act* provided that as a civil servant he could only be dismissed in accordance with the ordinary rules of contract. To consider a public law duty of fairness issue where such a duty exists falls squarely within the adjudicator's task to resolve a grievance. Where, as here, the relationship is contractual, it was unnecessary to consider any public law duty of procedural fairness. By imposing procedural fairness requirements on the respondent over and above its contractual obligations and ordering the full "reinstatement" of D, the adjudicator erred and his decision was therefore correctly struck down. [76-78] [81] [84] [106] [114] [117]

Per Binnie J.: The majority reasons for setting aside the adjudicator ruling were generally agreed with, however the call of the majority to re-evaluate the pragmatic and functional test and to re-assess "the structure and characteristics of the system of judicial review as a whole" and to develop a principled framework that is

du droit par l'arbitre était déraisonnable et sa décision ne faisait pas partie des issues acceptables au regard des faits et du droit. Le lien d'emploi entre les parties ressortissait au droit privé. L'application concomitante du par. 97(2.1) et de l'art. 100.1 de la *LRTSP* ne saurait donc raisonnablement supprimer le droit de l'employeur, suivant les règles contractuelles ordinaires, de congédier un employé avec préavis raisonnable ou indemnité en tenant lieu et sans invoquer de motif. En concluant que la *LRTSP* lui permettait de rechercher les motifs du congédiement, l'arbitre a tenu un raisonnement foncièrement incompatible avec le contrat d'emploi et, de ce fait, entaché d'un vice fatal. [66-75]

Sur le fond, D n'avait pas droit à l'équité procédurale. En présence d'un contrat d'emploi, le renvoi d'un fonctionnaire, que ce dernier soit ou non titulaire d'une charge publique, est régi par le droit contractuel, et non par les principes généraux du droit public. Lorsqu'un organisme public prend la décision de congédier une personne conformément à ses pouvoirs et à un contrat d'emploi, nulle considération supérieure du droit public ne justifie l'imposition d'une obligation d'équité. Les principes formulés dans l'arrêt *Knight c. Indian Head School Division No. 19* relativement à l'obligation générale d'équité à laquelle est tenu l'organisme public dont la décision touche les droits, les privilèges ou les biens d'une personne demeurent valables et importants. Toutefois, dans la mesure où cet arrêt n'a pas tenu compte de l'effet déterminant d'un contrat d'emploi, il ne devrait pas être suivi. Dans la présente affaire, D était à la fois titulaire d'une charge publique et employé contractuel. L'article 20 de la *Loi sur la Fonction publique* prévoyait qu'à titre de fonctionnaire, il ne pouvait être congédié que suivant les règles contractuelles ordinaires. L'examen d'une question touchant à l'obligation d'équité en droit public, lorsqu'une telle obligation existe, ressortit clairement au mandat de l'arbitre chargé du règlement d'un grief. Lorsque, comme en l'espèce, le lien est contractuel, il n'est pas nécessaire de tenir compte de quelque obligation d'équité procédurale en droit public. En assujettissant l'intimée à l'obligation d'équité procédurale en sus de ses obligations contractuelles et en ordonnant la réintégration de D, l'arbitre a commis une erreur, et sa décision a été annulée à bon droit. [76-78] [81] [84] [106] [114] [117]

Le juge Binnie : Malgré l'accord général avec les motifs invoqués par les juges majoritaires pour annuler la décision de l'arbitre, l'invitation à réévaluer l'analyse pragmatique et fonctionnelle ainsi qu'à revoir « l'architecture et les caractéristiques du mécanisme de contrôle judiciaire dans son ensemble » et à « établir

“more coherent and workable” invites a broader reappraisal. Judicial review is an idea that has lately become unduly burdened with law office metaphysics. Litigants find the court’s attention focussed not on their complaints, or the government’s response, but on lengthy and arcane discussions of something they are told is the pragmatic and functional test. The Court should at least (i) establish some presumptive rules and (ii) get the parties away from arguing about the tests and back to arguing about the substantive merits of their case. [119-122] [133] [145]

The distinction between “patent unreasonableness” and reasonableness *simpliciter* is now to be abandoned. The repeated attempts to explain the difference between the two, was in hindsight, unproductive and distracting. However, a broad reappraisal of the system of judicial review should explicitly address not only administrative tribunals but issues related to other types of administrative bodies and statutory decision makers including mid-level bureaucrats and, for that matter, Ministers. If logic and language cannot capture the distinction in one context, it must equally be deficient elsewhere in the field of judicial review. [121-123] [134-135] [140]

It should be presumed that the standard of review of an administrative outcome on grounds of substance is reasonableness. In accordance with the ordinary rules of litigation, it should also be presumed that the decision under review is reasonable until the applicant shows otherwise. An applicant urging the non-deferential “correctness” standard should be required to demonstrate that the decision rests on an error in the determination of a legal issue not confided (or which constitutionally could not be confided) to the administrative decision maker to decide, whether in relation to jurisdiction or the general law. The logic of the constitutional limitation is obvious. If the limitation did not exist, the government could transfer the work of the courts to administrative bodies that are not independent of the executive and by statute immunize the decisions of these bodies from effective judicial review. Questions of law outside the administrative decision maker’s home statute and closely related rules or statutes which require his or her expertise should also be reviewable on a “correctness” standard whether or not it meets the majority’s additional requirement that it be “of central importance to the legal system as a whole”. The standard of correctness should also apply to the requirements of “procedural fairness”, which will vary with the type of decision maker and the type of decision under review. Nobody should have his or her rights,

un cadre d’analyse rationnel qui soit plus cohérent et fonctionnel » appelle un réexamen plus large. Ces dernières années, des débats métaphysico-juridiques ont indûment embrouillé la notion de contrôle judiciaire. La cour de révision ne met l’accent ni sur la prétention du justiciable ni la mesure prise par l’État, mais arbitre plutôt un long et mystérieux débat sur une méthode dite « pragmatique et fonctionnelle ». La Cour devrait à tout le moins (i) établir quelques présomptions et (ii) faire en sorte que les parties cessent de débattre des critères applicables et fassent plutôt valoir leurs prétentions sur le fond. [119-122] [133] [145]

La distinction entre le « manifestement déraisonnable » et le raisonnable *simpliciter* doit désormais être abandonnée. Avec le recul, les tentatives répétées d’expliquer la différence entre les deux étaient vaines et importunes. Cependant, la réévaluation globale du mécanisme de contrôle judiciaire devrait explicitement viser non seulement les tribunaux administratifs, mais aussi d’autres types d’organisme administratif et de décideur d’origine législative, y compris des fonctionnaires de rang moyen, voire des ministres. Lorsque ni la logique ni la langue ne peuvent saisir la distinction dans un contexte, elles ne peuvent non plus le faire par ailleurs dans le domaine du contrôle judiciaire. [121-123] [134-135] [140]

Il devrait être présumé que la norme de contrôle d’une décision administrative sur le fond est celle de la raisonabilité. Conformément aux règles qui régissent habituellement les litiges, on devrait aussi présumer que la décision visée par le contrôle est raisonnable, sauf preuve contraire du demandeur. Celui qui préconise l’application de la norme de la décision correcte — soit l’absence de déférence — devrait être tenu de prouver que la décision contestée résulte du règlement erroné d’une question juridique ne relevant pas (ou ne pouvant pas constitutionnellement relever) du décideur administratif, qu’elle ait trait à la compétence ou au droit en général. La raison d’être de l’obstacle constitutionnel est manifeste. S’il n’existait pas, l’État pourrait confier la tâche des tribunaux judiciaires à des organismes administratifs qui ne sont pas indépendants de l’exécutif et, par voie législative, soustraire les décisions de ces organismes à un véritable contrôle judiciaire. Les questions de droit ne relevant pas de la loi constitutive du décideur administratif ou de quelque règle ou loi très connexe faisant appel à son expertise devraient aussi être assujetties à la norme de la décision correcte, qu’elles satisfassent ou non à l’exigence de l’« importance capitale pour le système juridique dans son ensemble » formulée par les juges majoritaires. Cette norme devrait également s’appliquer à l’obligation d’« équité procédurale », qui varie selon la catégorie à laquelle appartient le décideur et la

interests or privileges adversely dealt with by an unjust process. [127-129] [146-147]

On the other hand when the application for judicial review challenges the substantive outcome of an administrative action, the judge is invited to cross the line into second-guessing matters that lie within the function of the administrator. This is controversial because it is not immediately obvious why a judge's view of the reasonableness of an administrative policy or the exercise of an administrative discretion should be preferred to that of the administrator to whom Parliament or a legislature has allocated the decision, unless there is a full statutory right of appeal to the courts, or it is otherwise indicated in the conferring legislation that a "correctness" standard is intended. [130]

Abandonment of the distinction between reasonableness *simpliciter* and patent unreasonableness has important implications. The two different standards addressed not merely "the magnitude or the immediacy of the defect" in the administrative decision but recognized that different administrative decisions command different degrees of deference, depending on who is deciding what. [135]

"Contextualizing" a single standard of "reasonableness" review will shift the courtroom debate from choosing between two standards of reasonableness that each represented a different level of deference to a debate within a single standard of reasonableness to determine the appropriate level of deference. [139]

Thus a single "reasonableness" standard will now necessarily incorporate both the degree of deference owed to the decision maker formerly reflected in the distinction between patent unreasonableness and reasonableness *simpliciter*, and an assessment of the range of options reasonably open to the decision maker in the circumstances. The judge's role is to identify the outer boundaries of reasonable outcomes within which the administrative decision maker is free to choose. [141] [149]

A single "reasonableness" standard is a big tent that will have to accommodate a lot of variables that inform and limit a court's review of the outcome of administrative decision making. "Contextualizing" the reasonableness standard will require a reviewing court to consider the precise nature and function of the decision maker including its expertise, the terms and objectives

nature de la décision en cause. Nul ne devrait voir ses droits, ses intérêts ou ses privilèges faire l'objet d'une décision défavorable à l'issue d'une procédure injuste. [127-129] [146-147]

Par contre, lorsque le demandeur conteste la mesure administrative quant au fond, la cour de révision est invitée à faire un pas de plus et à remettre en question une décision relevant du décideur administratif. Cela prête à controverse, car en ce qui concerne la raisonabilité d'une politique administrative ou de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire administratif, il n'y a pas de raison évidente de préférer l'appréciation judiciaire à celle du décideur administratif auquel le législateur a attribué le pouvoir de trancher, sauf lorsque la loi prévoit un droit d'appel devant une cour de justice ou que l'intention du législateur d'assujettir le décideur à la norme de la décision correcte ressort par ailleurs de la loi habilitante. [130]

L'abandon de la distinction entre la norme de la décision raisonnable *simpliciter* et celle de la décision manifestement déraisonnable a d'importantes répercussions. Les deux normes ne s'intéressaient pas seulement à « l'importance du défaut » entachant la décision administrative ou à son « caractère flagrant », mais reconnaissaient aussi le fait que différentes décisions administratives appellent différents degrés de déférence, selon l'identité du décideur et la nature de la décision. [135]

L'application d'une norme unique en fonction du contexte transforme le débat : il ne s'agit plus de choisir entre deux normes de raisonabilité correspondant chacune à un degré de déférence distinct, mais bien de déterminer le bon degré de déférence à l'intérieur d'une seule norme de raisonabilité. [139]

Ainsi, dorénavant, une norme de « raisonabilité » unique englobera nécessairement le degré de déférence auquel a droit le décideur et que traduisait auparavant la distinction entre le manifestement déraisonnable et le raisonnable *simpliciter*, et la prise en considération des décisions qui auraient pu raisonnablement être rendues dans les circonstances. Le rôle de la cour de révision est de délimiter les résultats raisonnables parmi lesquels le décideur administratif est libre de choisir. [141] [149]

La notion de « raisonabilité » est vaste et l'application d'une norme unique devra prendre en compte un grand nombre de variables qui délimitent le contrôle judiciaire d'une décision administrative. Appliquer la norme de la raisonabilité en fonction du contexte exige de la cour de révision qu'elle tienne compte de la nature et de la fonction précises du décideur, y compris

of the governing statute (or common law) conferring the power of decision including the existence of a privative clause and the nature of the issue being decided. Careful consideration of these matters will reveal the extent of the discretion conferred. In some cases the court will have to recognize that the decision maker was required to strike a proper balance (or achieve proportionality) between the adverse impact of a decision on the rights and interests of the applicant or others directly affected weighed against the public purpose which is sought to be advanced. In each case careful consideration will have to be given to the reasons given for the decision. This list of “contextual” considerations is non-exhaustive. A reviewing court ought to recognize throughout the exercise that fundamentally the “reasonableness” of the administrative outcome is an issue given to another forum to decide. [144] [151-155]

Per Deschamps, Charron and Rothstein JJ.: Any review starts with the identification of the questions at issue as questions of law, questions of fact or questions of mixed fact and law. In the adjudicative context, decisions on questions of fact, whether undergoing appellate review or administrative law review, always attract deference. When there is a privative clause, deference is owed to the administrative body that interprets the legal rules it was created to interpret and apply. If the body oversteps its delegated powers, if it is asked to interpret laws in respect of which it does not have expertise or if Parliament or a legislature has provided for a statutory right of review, deference is not owed to the decision maker. Finally, when considering a question of mixed fact and law, a reviewing court should show an adjudicator the same deference as an appeal court would show a lower court. [158-164]

Here, the employer’s common law right to dismiss without cause was the starting point of the analysis. Since the adjudicator does not have specific expertise in interpreting the common law, the reviewing court can proceed to its own interpretation of the applicable rules and determine whether the adjudicator could enquire into the cause of the dismissal. The applicable standard of review is correctness. The distinction between the common law rules of employment and the statutory rules applicable to a unionized employee is essential if s. 97(2.1) of the *PSLRA* is to be applied *mutatis mutandis* to the case of a non-unionized employee as required by s. 100.1(5) of the *PSLRA*. The adjudicator’s failure to inform himself of this crucial difference led him to look for a cause for the dismissal, which was not relevant. Even if deference had been owed to the adjudicator, his interpretation could not have stood. Employment security is so fundamental to an employment relationship

son expertise, du libellé et des objectifs de la loi (ou de la common law) conférant le pouvoir décisionnel, y compris la présence d’une clause privative, et de la nature de la question à trancher. L’examen attentif de ces éléments révélera l’étendue du pouvoir discrétionnaire. La cour de révision devra parfois reconnaître que le décideur devait établir un juste équilibre (ou une proportionnalité) entre, d’une part, les répercussions défavorables de la décision sur les droits et les intérêts du demandeur ou d’autres personnes directement touchées et, d’autre part, l’objectif public poursuivi. Elle devra toujours considérer attentivement les motifs de la décision. D’autres éléments « contextuels » pourront s’ajouter. Tout au long de la démarche, la cour de révision doit se rappeler que, fondamentalement, ce n’est pas à elle de juger de la « raisonabilité » de la décision administrative. [144] [151-155]

Les juges Deschamps, Charron et Rothstein : Lors de toute révision, il faut d’abord déterminer si la question en litige est une question de droit, de fait ou mixte de fait et de droit. Dans le contexte juridictionnel, qu’elle fasse l’objet d’un appel ou d’un contrôle judiciaire, la décision sur une question de fait commande toujours la déférence. En présence d’une clause privative, la déférence s’impose à l’égard de l’organisme administratif qui interprète les règles juridiques pour l’interprétation et l’application desquelles il a été créé. La déférence ne s’impose pas lorsque l’organisme administratif outre-passe ses pouvoirs délégués, qu’il interprète des dispositions législatives ne relevant pas de son expertise ou que la loi prévoit expressément un droit de révision. Enfin, la cour de révision qui se penche sur une question mixte de fait et de droit devrait manifester autant de déférence envers le décideur que le ferait une cour d’appel vis-à-vis d’une cour inférieure. [158-164]

En l’espèce, le droit que la common law confère à l’employeur de congédier un employé sans invoquer de motif était le point de départ de l’analyse. Comme l’arbitre ne possède aucune expertise particulière dans l’interprétation de la common law, la cour de révision peut s’en remettre à sa propre interprétation des règles applicables et déterminer si l’arbitre pouvait ou non s’enquérir du motif du congédiement. La norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte. La distinction entre les règles de la common law régissant l’emploi et celles d’origine législative applicables à l’employé syndiqué est essentielle à l’application du par. 97(2.1) de la *LRTSP* à un employé non syndiqué, avec les adaptations nécessaires, conformément au par. 100.1(5) de la même loi. L’omission de tenir compte de cette déférence cruciale a amené l’arbitre à rechercher un motif de congédiement, ce qui était hors de propos. Même si l’arbitre avait eu droit à la déférence, son interprétation

that it could not have been granted by the legislature by providing only that the *PSLRA* was to apply *mutatis mutandis* to non-unionized employees. [168-171]

Cases Cited

By Bastarache and LeBel JJ.

Referred to: *Chalmers (Dr. Everett) Hospital v. Mills* (1989), 102 N.B.R. (2d) 1; *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653; *Alberta Union of Provincial Employees v. Lethbridge Community College*, [2004] 1 S.C.R. 727, 2004 SCC 28; *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19; *Executors of the Woodward Estate v. Minister of Finance*, [1973] S.C.R. 120; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1; *Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, [2001] 2 S.C.R. 281, 2001 SCC 41; *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 S.C.R. 539, 2003 SCC 29; *Chamberlain v. Surrey School District No. 36*, [2002] 4 S.C.R. 710, 2002 SCC 86; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77, 2003 SCC 63; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20; *Council of Canadians with Disabilities v. Via Rail Canada Inc.*, [2007] 1 S.C.R. 650, 2007 SCC 15; *Voice Construction Ltd. v. Construction & General Workers' Union, Local 92*, [2004] 1 S.C.R. 609, 2004 SCC 23; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157; *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487; *McLeod v. Egan*, [1975] 1 S.C.R. 517; *Cartaway Resources Corp. (Re)*, [2004] 1 S.C.R. 672, 2004 SCC 26; *Westcoast Energy Inc. v. Canada (National Energy Board)*, [1998] 1 S.C.R. 322; *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, [2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54; *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City)*, [2004] 1 S.C.R. 485, 2004 SCC 19; *Regina Police Assn. Inc. v. Regina (City) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 S.C.R. 360, 2000 SCC 14; *Quebec (Commission des*

n'aurait pu être retenue. La sécurité d'emploi est si fondamentale à la relation de travail que le législateur n'a pu l'accorder en prévoyant seulement l'application de la *LRTSP* aux employés non syndiqués, compte tenu des adaptations nécessaires. [168-171]

Jurisprudence

Citée par les juges Bastarache et LeBel

Arrêts mentionnés : *Chalmers (Dr. Everett) Hospital c. Mills* (1989), 102 R.N.-B. (2^e) 1; *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653; *Alberta Union of Provincial Employees c. Lethbridge Community College*, [2004] 1 R.C.S. 727, 2004 CSC 28; *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19; *Succession Woodward c. Ministre des Finances*, [1973] R.C.S. 120; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1; *Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [2001] 2 R.C.S. 281, 2001 CSC 41; *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539, 2003 CSC 29; *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, [2002] 4 R.C.S. 710, 2002 CSC 86; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77, 2003 CSC 63; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20; *Conseil des Canadiens avec déficiences c. Via Rail Canada Inc.*, [2007] 1 R.C.S. 650, 2007 CSC 15; *Voice Construction Ltd. c. Construction & General Workers' Union, Local 92*, [2004] 1 R.C.S. 609, 2004 CSC 23; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157; *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487; *McLeod c. Egan*, [1975] 1 R.C.S. 517; *Cartaway Resources Corp. (Re)*, [2004] 1 R.C.S. 672, 2004 CSC 26; *Westcoast Energy Inc. c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1998] 1 R.C.S. 322; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) v. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54; *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)*, [2004] 1 S.C.R. 485, 2004 CSC 19; *Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police*

droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. *Québec (Attorney General)*, [2004] 2 S.C.R. 185, 2004 SCC 39; *Canada Safeway Ltd. v. RWDSU, Local 454*, [1998] 1 S.C.R. 1079; *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, [2002] 1 S.C.R. 249, 2002 SCC 11; *Ridge v. Baldwin*, [1963] 2 All E.R. 66; *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311; *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602; *Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia*, [1980] 1 S.C.R. 1105; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735; *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643; *Reglin v. Creston (Town)* (2004), 34 C.C.E.L. (3d) 123, 2004 BCSC 790; *Gismondi v. Toronto (City)* (2003), 64 O.R. (3d) 688; *Seshia v. Health Sciences Centre* (2001), 160 Man. R. (2d) 41, 2001 MBCA 151; *Rosen v. Saskatoon District Health Board* (2001), 202 D.L.R. (4th) 35, 2001 SKCA 83; *Hanis v. Teevan* (1998), 111 O.A.C. 91; *Gerrard v. Sackville (Town)* (1992), 124 N.B.R. (2d) 70; *Malloch v. Aberdeen Corp.*, [1971] 2 All E.R. 1278; *Hughes v. Moncton (City)* (1990), 111 N.B.R. (2d) 184, aff'd (1991), 118 N.B.R. (2d) 306; *Rosen v. Saskatoon District Health Board*, [2000] 4 W.W.R. 606, 2000 SKQB 40; *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199; *School District No. 5 (Southeast Kootenay) and B.C.T.F. (Yellowaga) (Re)* (2000), 94 L.A.C. (4th) 56; *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701.

By Binnie J.

Referred to: *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Cooper v. Wandsworth Board of Works* (1863), 14 C.B. (N.S.) 180, 143 E.R. 414; *Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 S.C.R. 781, 2001 SCC 52; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corp.*, [1947] 2 All E.R. 680; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Mount Sinai Hospital Center v. Québec (Minister of Health and Social Services)*, [2001] 2 S.C.R. 281, 2001 SCC 41; *Idziak v. Canada (Minister of Justice)*, [1992] 3 S.C.R. 631; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1; *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735; *Westcoast Energy Inc. v. Canada (National Energy Board)*, [1998] 1 S.C.R. 322; *Law Society of*

Commissioners, [2000] 1 R.C.S. 360, 2000 CSC 14; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Procureur général)*, [2004] 2 R.C.S. 185, 2004 CSC 39; *Canada Safeway Ltd. c. SGDMR, section locale 454*, [1998] 1 R.C.S. 1079; *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249, 2002 CSC 11; *Ridge c. Baldwin*, [1963] 2 All E.R. 66; *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311; *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602; *Kane c. Conseil d'administration de l'Université de la Colombie-Britannique*, [1980] 1 R.C.S. 1105; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735; *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; *Reglin c. Creston (Town)* (2004), 34 C.C.E.L. (3d) 123, 2004 BCSC 790; *Gismondi c. Toronto (City)* (2003), 64 O.R. (3d) 688; *Seshia c. Health Sciences Centre* (2001), 160 Man. R. (2d) 41, 2001 MBCA 151; *Rosen c. Saskatoon District Health Board* (2001), 202 D.L.R. (4th) 35, 2001 SKCA 83; *Hanis c. Teevan* (1998), 111 O.A.C. 91; *Gerrard c. Sackville (Ville)* (1992), 124 R.N.-B. (2^e) 70; *Malloch c. Aberdeen Corp.*, [1971] 2 All E.R. 1278; *Hughes c. Moncton (Ville)* (1990), 111 R.N.-B. (2^e) 184, conf. (1991), 118 R.N.-B. (2^e) 306; *Rosen c. Saskatoon District Health Board*, [2000] 4 W.W.R. 606, 2000 SKQB 40; *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199; *School District No. 5 (Southeast Kootenay) and B.C.T.F. (Yellowaga) (Re)* (2000), 94 L.A.C. (4th) 56; *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701.

Citée par le juge Binnie

Arrêts mentionnés : *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Cooper c. Wandsworth Board of Works* (1863), 14 C.B. (N.S.) 180, 143 E.R. 414; *Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 R.C.S. 781, 2001 CSC 52; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Associated Provincial Picture Houses Ltd. c. Wednesbury Corp.*, [1947] 2 All E.R. 680; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Centre hospitalier Mont-Sinai c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [2001] 2 R.C.S. 281, 2001 CSC 41; *Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735; *Westcoast Energy Inc. c.*

New Brunswick v. Ryan, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20; *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, [2002] 1 S.C.R. 249, 2002 SCC 11; *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 S.C.R. 539, 2003 SCC 29; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121.

By Deschamps J.

Referred to: *H.L. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 401, 2005 SCC 25; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77, 2003 SCC 63.

Statutes and Regulations Cited

Civil Service Act, S.N.B. 1984, c. C-5.1, s. 20.
Constitution Act, 1867, ss. 96 to 101.
Employment Standards Act, S.N.B. 1982, c. E-7.2.
Extradition Act, R.S.C. 1985, c. E-23.
Human Rights Act, R.S.N.B. 1973, c. H-11.
Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 23(1).
Interpretation Act, R.S.N.B. 1973, c. I-13, s. 20.
Public Service Labour Relations Act, R.S.N.B. 1973, c. P-25, ss. 92(1), 97, 97(2.1) [ad. 1990, c. 30, s. 35], 100.1 [idem, s. 40], 101(1) [idem, s. 41], (2) [idem].

Authors Cited

Black's Law Dictionary, 8th ed. St. Paul, Minn.: West, 2004, "pleasure appointment".
 Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf updated July 2007).
 Cromwell, Thomas A. "Appellate Review: Policy and Pragmatism". In *2006 Pitblado Lectures, Appellate Courts: Policy, Law and Practice*. Winnipeg: Fort Garry, 2006, V-1.
 de Smith, Stanley A. *Judicial Review of Administrative Action*, 5th ed. By Lord Woolf and Jeffrey Jowell. London: Sweet & Maxwell, 1995.
 Dyzenhaus, David. "The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy", in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*. Oxford: Hart Publishing, 1997, 279.
 England, Geoff. *Employment Law in Canada*, 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2005 (loose-leaf updated March 2007, release 10).
 Hogg, Peter W., and Patrick J. Monahan. *Liability of the Crown*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.

Canada (Office national de l'énergie), [1998] 1 R.C.S. 322; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20; *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249, 2002 CSC 11; *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539, 2003 CSC 29; *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121.

Citée par la juge Deschamps

Arrêts mentionnés : *H.L. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 401, 2005 CSC 25; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77, 2003 CSC 63.

Lois et règlements cités

Loi constitutionnelle de 1867, art. 96 à 101.
Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 23(1).
Loi d'interprétation, L.R.N.-B. 1973, ch. I-13, art. 20.
Loi relative aux relations de travail dans les services publics, L.R.N.-B. 1973, ch. P-25, art. 92(1), 97, 97(2.1) [aj. 1990, ch. 30, art. 35], 100.1 [idem, art. 40], 101(1) [idem, art. 41], (2) [idem].
Loi sur l'extradition, L.R.C. 1985, ch. E-23.
Loi sur la Fonction publique, L.N.-B. 1984, ch. C-5.1, art. 20.
Loi sur les droits de la personne, L.R.N.-B. 1973, ch. H-11.
Loi sur les normes d'emploi, L.N.-B. 1982, ch. E-7.2.

Doctrine citée

Black's Law Dictionary, 8th ed. St. Paul, Minn. : West, 2004, « *pleasure appointment* ».
 Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto : Canvasback, 1998 (loose-leaf updated July 2007).
 Cromwell, Thomas A. « Appellate Review : Policy and Pragmatism ». In *2006 Pitblado Lectures, Appellate Courts : Policy, Law and Practice*. Winnipeg : Fort Garry, 2006, V-1.
 de Smith, Stanley A. *Judicial Review of Administrative Action*, 5th ed. By Lord Woolf and Jeffrey Jowell. London : Sweet & Maxwell, 1995.
 Dyzenhaus, David. « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy », in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*. Oxford : Hart Publishing, 1997, 279.
 England, Geoff. *Employment Law in Canada*, 4th ed. Markham, Ont. : LexisNexis Butterworths, 2005 (loose-leaf updated March 2007, release 10).
 Hogg, Peter W., and Patrick J. Monahan. *Liability of the Crown*, 3rd ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 2000.

Mullan, David J. *Administrative Law*. Toronto: Irwin Law, 2001.

Mullan, David J. “Recent Developments in Standard of Review”, in *Taking the Tribunal to Court: A Practical Guide for Administrative Law Practitioners*. Canadian Bar Association (Ontario), October 20, 2000.

Mullan, David J. “Establishing the Standard of Review: The Struggle for Complexity?” (2004), 17 *C.J.A.L.P.* 59.

Sossin, Lorne, and Colleen M. Flood, “The Contextual Turn: Iacobucci’s Legacy and the Standard of Review in Administrative Law” (2007), 57 *U.T.L.J.* 581.

Wade, Sir William. *Administrative Law*, 8th ed. by Sir William Wade and Christopher Forsyth. New York: Oxford University Press, 2000.

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (Turnbull, Daigle and Robertson J.J.A.) (2006), 297 N.B.R. (2d) 151, 265 D.L.R. (4th) 609, 44 Admin. L.R. (4th) 92, 48 C.C.E.L. (3d) 196, 2006 CLLC ¶220-030, [2006] N.B.J. No. 118 (QL), 2006 CarswellNB 155, 2006 NBCA 27, affirming a judgment of Rideout J. (2005), 293 N.B.R. (2d) 5, 43 C.C.E.L. (3d) 205, [2005] N.B.J. No. 327 (QL), 2005 CarswellNB 444, 2005 NBQB 270, quashing a preliminary ruling and quashing in part an award made by an adjudicator. Appeal dismissed.

J. Gordon Petrie, Q.C., and *Clarence L. Bennett*, for the appellant.

C. Clyde Spinney, Q.C., and *Keith P. Mullin*, for the respondent.

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

BASTARACHE AND LEBEL JJ. —

I. Introduction

[1] This appeal calls on the Court to consider, once again, the troubling question of the approach to be taken in judicial review of decisions of administrative tribunals. The recent history of judicial review in Canada has been marked by ebbs and flows of deference, confounding tests and new words for old problems, but no solutions that provide real guidance for litigants, counsel, administrative decision

Mullan, David J. *Administrative Law*. Toronto : Irwin Law, 2001.

Mullan, David J. « Recent Developments in Standard of Review », in *Taking the Tribunal to Court : A Practical Guide for Administrative Law Practitioners*. Canadian Bar Association (Ontario), October 20, 2000.

Mullan, David J. « Establishing the Standard of Review : The Struggle for Complexity? » (2004), 17 *C.J.A.L.P.* 59.

Sossin, Lorne, and Colleen M. Flood, « The Contextual Turn : Iacobucci’s Legacy and the Standard of Review in Administrative Law » (2007), 57 *U.T.L.J.* 581.

Wade, Sir William. *Administrative Law*, 8th ed. by Sir William Wade and Christopher Forsyth. New York : Oxford University Press, 2000.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick (les juges Turnbull, Daigle et Robertson) (2006), 297 R.N.-B. (2^e) 151, 265 D.L.R. (4th) 609, 44 Admin. L.R. (4th) 92, 48 C.C.E.L. (3d) 196, 2006 CLLC ¶220-030, [2006] A.N.-B. n^o 118 (QL), 2006 CarswellNB 156, 2006 NBCA 27, qui a confirmé la décision du juge Rideout (2005), 293 R.N.-B. (2^e) 5, 43 C.C.E.L. (3d) 205, [2005] A.N.-B. n^o 327 (QL), 2005 CarswellNB 444, 2005 NBQR 270, qui a annulé la décision de l’arbitre sur la question préalable et annulé en partie sa sentence. Pourvoi rejeté.

J. Gordon Petrie, c.r., et *Clarence L. Bennett*, pour l’appellant.

C. Clyde Spinney, c.r., et *Keith P. Mullin*, pour l’intimée.

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

LES JUGES BASTARACHE ET LEBEL —

I. Introduction

[1] Une fois de plus, la Cour est appelée à se pencher sur l’épineuse question de la démarche qu’il convient d’adopter pour le contrôle judiciaire des décisions des tribunaux administratifs. Au Canada, l’évolution récente du contrôle judiciaire a été marquée par une déférence variable, l’application de critères déroutants et la qualification nouvelle de vieux problèmes, sans qu’une solution n’offre de vérita-

makers or judicial review judges. The time has arrived for a reassessment of the question.

A. *Facts*

[2] The appellant, David Dunsmuir, was employed by the Department of Justice for the Province of New Brunswick. His employment began on February 25, 2002, as a Legal Officer in the Fredericton Court Services Branch. The appellant was placed on an initial six-month probationary term. On March 14, 2002, by Order-in-Council, he was appointed to the offices of Clerk of the Court of Queen's Bench, Trial Division, Administrator of the Court of Queen's Bench, Family Division, and Clerk of the Probate Court of New Brunswick, all for the Judicial District of Fredericton.

[3] The employment relationship was not perfect. The appellant's probationary period was extended twice, to the maximum 12 months. At the end of each probationary period, the appellant was given a performance review. The first such review, which occurred in August 2002, identified four specific areas for improvement. The second review, three months later, cited the same four areas for development, but noted improvements in two. At the end of the third probationary period, the Regional Director of Court Services noted that the appellant had met all expectations and his employment was continued on a permanent basis.

[4] The employer reprimanded the appellant on three separate occasions during the course of his employment. The first incident occurred in July 2002. The appellant had sent an email to the Chief Justice of the Court of Queen's Bench objecting to a request that had been made by the judge of the Fredericton Judicial District for the preparation of a practice directive. The Regional Director issued a reprimand letter to the appellant, explaining that the means he had used to raise his concerns were inappropriate and exhibited serious error in judgment. In the event that a similar concern arose in the future, he was directed to discuss the matter

bles repères aux parties, à leurs avocats, aux décideurs administratifs ou aux cours de justice saisies de demandes de contrôle judiciaire. Le temps est venu de réévaluer la question.

A. *Les faits*

[2] Le 25 février 2002, l'appellant, David Dunsmuir, est entré en fonction au ministère de la Justice du Nouveau-Brunswick à titre de conseiller juridique de la Division des services aux tribunaux. Il était à l'essai pour une période de six mois. Par décret daté du 14 mars 2002, il a été nommé, pour la circonscription judiciaire de Fredericton, greffier de la Division de première instance et administrateur de la Division de la famille de la Cour du Banc de la Reine, de même que greffier de la Cour des successions.

[3] La relation d'emploi entre l'appellant et son employeur n'a pas été sans heurts. La période d'essai de l'appellant a été prolongée deux fois, atteignant la durée maximale de douze mois. À la fin de chacune des périodes d'essai, le rendement de l'appellant a été évalué. Au mois d'août 2002, la première évaluation faisait état de quatre points à améliorer. Trois mois plus tard, la deuxième évaluation relevait les mêmes quatre points, mais signalait des améliorations à l'égard de deux d'entre eux. Au terme de la troisième période d'essai, la directrice régionale des services aux tribunaux indiquait que l'appellant avait répondu à toutes les attentes, et ce dernier a été titularisé.

[4] L'employeur a réprimandé l'appellant à trois occasions distinctes en cours d'emploi, la première fois en juillet 2002. L'appellant avait communiqué par courriel au Juge en chef de la Cour du Banc de la Reine son opposition à une demande formulée par les juges de la circonscription judiciaire de Fredericton pour la préparation d'une directive en matière de procédure. La directrice régionale lui avait fait parvenir une lettre de réprimande lui expliquant que le moyen employé pour exprimer ses préoccupations était inopportun et qu'il avait commis une grave erreur de jugement. Elle lui avait précisé qu'il devrait à l'avenir s'adresser d'abord au

first with the Registrar or the Regional Director. The letter warned that failure to comply would lead to additional disciplinary measures and, if necessary, to dismissal.

[5] A second disciplinary measure occurred when, in April 2004, it came to the attention of the Assistant Deputy Minister that the appellant was being advertised as a lecturer at legal seminars offered in the private sector. The appellant had inquired previously into the possibility of doing legal work outside his employment. In February 2004, the Assistant Deputy Minister had informed him that lawyers in the public service should not practise law in the private sector. A month later, the appellant wrote a letter to the Law Society of New Brunswick stating that his participation as a non-remunerated lecturer had been vetted by his employer, who had voiced no objection. On June 3, 2004, the Assistant Deputy Minister issued to the appellant written notice of a one-day suspension with pay regarding the incident. The letter also referred to issues regarding the appellant's work performance, including complaints from unnamed staff, lawyers and members of the public regarding his difficulties with timeliness and organization. This second letter concluded with the statement that "[f]uture occurrences of this nature and failure to develop more efficient organized work habits will result in disciplinary action up to and including dismissal."

[6] Third, on July 21, 2004, the Regional Director wrote a formal letter of reprimand to the appellant regarding three alleged incidents relating to his job performance. This letter, too, concluded with a warning that the appellant's failure to improve his organization and timeliness would result in further disciplinary action up to and including dismissal. The appellant responded to the letter by informing the Regional Director that he would be seeking legal advice and, until that time, would not meet with her to discuss the matter further.

[7] A review of the appellant's work performance had been due in April 2004 but did not take place. The appellant met with the Regional Director on a

registraire ou à elle, faute de quoi il s'exposerait à d'autres mesures disciplinaires, voire au congédiement.

[5] La deuxième mesure disciplinaire a été prise après que le sous-ministre adjoint eut pris connaissance, en avril 2004, de l'annonce de séminaires juridiques organisés par le secteur privé présentant l'appelant comme un conférencier invité. L'appelant s'était auparavant renseigné sur la possibilité d'exercer le droit après ses heures de travail. Au mois de février 2004, le sous-ministre adjoint lui avait fait savoir que les avocats de la fonction publique ne devaient pas exercer leur profession dans le secteur privé. Un mois plus tard, l'appelant avait écrit au Barreau du Nouveau-Brunswick qu'après s'être penché sur la question, son employeur ne s'opposait pas à sa participation à titre de conférencier non rémunéré. Le 3 juin 2004, le sous-ministre adjoint l'avait informé par écrit de sa suspension d'un jour avec traitement. La lettre faisait également état de problèmes liés à son rendement au travail, y compris de plaintes anonymes de collègues, d'avocats et de citoyens lui reprochant de ne pas respecter les délais et de manquer d'organisation. Le sous-ministre adjoint concluait : [TRADUCTION] « Si d'autres incidents de cette nature se produisent ou si vous ne faites pas preuve de plus d'efficacité et d'organisation dans votre travail, vous vous exposez à des mesures disciplinaires pouvant aller jusqu'au congédiement. »

[6] La troisième fois, le 21 juillet 2004, la directrice régionale a rédigé une lettre de réprimande officielle concernant trois incidents liés au rendement de l'appelant. Elle aussi concluait par une mise en garde — s'il n'organisait pas mieux son travail ni ne respectait pas davantage les délais, il s'exposait à de nouvelles mesures disciplinaires pouvant aller jusqu'au congédiement. L'appelant lui a répondu qu'il consulterait un avocat et que, dans l'intervalle, il s'abstiendrait de la rencontrer pour discuter plus avant de la question.

[7] L'évaluation du rendement de l'appelant n'a pas eu lieu en avril 2004 comme prévu. La directrice régionale a rencontré l'appelant à quelques reprises

couple of occasions to discuss backlogs and organizational problems. Complaints were relayed to her by staff but they were not documented and it is unknown how many complaints there had been. The Regional Director notified the appellant on August 11, 2004, that his performance review was overdue and would occur by August 20. A meeting had been arranged for August 19 between the appellant, the Regional Director, the Assistant Deputy Minister and counsel for the appellant and the employer. While preparing for that meeting, the Regional Director and the Assistant Deputy Minister concluded that the appellant was not right for the job. The scheduled meeting was cancelled and a termination notice was faxed to the appellant. A formal letter of termination from the Deputy Minister was delivered to the appellant's lawyer the next day. The letter terminated the appellant's employment with the Province of New Brunswick, effective December 31, 2004. It read, in relevant part:

I regret to advise you that I have come to the conclusion that your particular skill set does not meet the needs of your employer in your current position, and that it is advisable to terminate your employment on reasonable notice, pursuant to section 20 of the *Civil Service Act*. You are accordingly hereby advised that your employment with the Province of New Brunswick will terminate on December 31, 2004. Cause for termination is not alleged.

To aid in your search for other employment, you are not required to report to work during the notice period and your salary will be continued until the date indicated or for such shorter period as you require either to find a job with equivalent remuneration, or you commence self-employment.

In the circumstances, we would request that you avoid returning to the workplace until your departure has been announced to staff, and until you have returned your keys and government identification to your supervisor, Ms. Laundry as well as any other property of the employer still in your possession

[8] On February 3, 2005, the appellant was removed from his statutory offices by order of the Lieutenant-Governor in Council.

pour discuter de dossiers en retard et d'organisation. Des plaintes lui avaient été transmises par des employés, mais elles n'étaient pas étayées et leur nombre demeure inconnu. Le 11 août 2004, elle a informé l'appelant que son rendement serait évalué au plus tard le 20 août. Une rencontre était prévue le 19 août entre l'appelant, la directrice générale, le sous-ministre adjoint, l'avocat de l'appelant et celui de l'employeur. En s'y préparant, la directrice régionale et le sous-ministre adjoint sont arrivés à la conclusion que l'appelant ne répondait pas aux exigences du poste. La rencontre a été annulée et un avis de cessation d'emploi a été télécopié à l'appelant. Le lendemain, un avis de cessation d'emploi a été transmis par le sous-ministre à l'avocat de l'appelant. Il mettait fin à l'emploi de l'appelant par la province du Nouveau-Brunswick en date du 31 décembre 2004. En voici les passages pertinents :

[TRADUCTION] J'ai le regret de vous informer que je suis arrivé à la conclusion que vos compétences particulières ne correspondent pas aux exigences de votre poste actuel déterminées par l'employeur et qu'il convient de mettre fin à votre emploi moyennant un préavis raisonnable, conformément à l'article 20 de la *Loi sur la Fonction publique*. Vous êtes donc informé par la présente que votre emploi par la province du Nouveau-Brunswick prendra fin le 31 décembre 2004. Aucun motif de congédiement n'est invoqué.

Afin que vous puissiez trouver un nouvel emploi, vous n'aurez pas à vous présenter au travail pendant le délai de préavis. Vous toucherez votre traitement jusqu'à la date mentionnée ou celle, antérieure, à laquelle vous trouverez un emploi offrant une rémunération équivalente ou deviendrez travailleur autonome.

Dans les circonstances, nous vous demandons de bien vouloir vous abstenir de revenir sur le lieu de travail avant que votre départ n'ait été annoncé au personnel et que vous n'ayez remis à votre supérieure immédiate, M^{me} Laundry, vos clés et votre carte d'identité ainsi que tout autre bien de l'employeur en votre possession

[8] Le 3 février 2005, un décret du lieutenant-gouverneur en conseil a destitué l'appelant de ses charges créées par la loi.

[9] The appellant commenced the grievance process under s. 100.1 of the *Public Service Labour Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-25 (“*PSLRA*”; see Appendix), by letter to the Deputy Minister on September 1, 2004. That provision grants non-unionized employees of the provincial public service the right to file a grievance with respect to a “discharge, suspension or a financial penalty” (s. 100.1(2)). The appellant asserted several grounds of complaint in his grievance letter, in particular, that the reasons for the employer’s dissatisfaction were not made known; that he did not receive a reasonable opportunity to respond to the employer’s concerns; that the employer’s actions in terminating him were without notice, due process or procedural fairness; and that the length of the notice period was inadequate. The grievance was denied. The appellant then gave notice that he would refer the grievance to adjudication under the *PSLRA*. The adjudicator was selected by agreement of the parties and appointed by the Labour and Employment Board.

[10] The adjudication hearing was convened and counsel for the appellant produced as evidence a volume of 169 documents. Counsel for the respondent objected to the inclusion of almost half of the documents. The objection was made on the ground that the documents were irrelevant since the appellant’s dismissal was not disciplinary but rather was a termination on reasonable notice. The preliminary issue therefore arose of whether, where dismissal was with notice or pay in lieu thereof, the adjudicator was authorized to assess the reasons underlying the province’s decision to terminate. Following his preliminary ruling on that issue, the adjudicator heard and decided the merits of the grievance.

B. *Decisions of the Adjudicator*

(1) Preliminary Ruling (January 10, 2005)

[11] The adjudicator began his preliminary ruling by considering s. 97(2.1) of the *PSLRA*. He reasoned that because the appellant was not included in a bargaining unit and there was no collective agreement or arbitral award, the section ought to be

[9] Dans une lettre au sous-ministre datée du 1^{er} septembre 2004, l’appelant s’est prévalu de l’art. 100.1 de la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics*, L.R.N.-B. 1973, ch. P-25 (« *LRTSP* »; voir l’annexe), qui confère à l’employé non syndiqué d’un service public provincial le droit de présenter un grief à l’égard « du congédiement, de la suspension ou d’une peine pécuniaire » (par. 100.1(2)). Il invoquait plusieurs raisons à l’appui, notamment que l’employeur n’avait pas précisé ses motifs d’insatisfaction, qu’il ne lui avait pas donné la possibilité raisonnable de répondre aux reproches, que les mesures pour mettre fin à l’emploi avaient été prises sans préavis, sans application régulière de la loi et au mépris de l’équité procédurale et que l’indemnité versée était insuffisante. Le grief a été rejeté. L’appelant a alors donné avis qu’il demandait le renvoi à l’arbitrage sous le régime de la *LRTSP*. L’arbitre a été choisi de concert par les parties, puis nommé par la Commission du travail et de l’emploi.

[10] À l’audience d’arbitrage, l’avocat de l’appelant a déposé en preuve un classeur renfermant 169 documents. L’avocat de l’intimée a contesté la mise en preuve de près de la moitié d’entre eux, soutenant qu’ils n’étaient pas pertinents puisqu’il n’y avait pas eu congédiement de nature disciplinaire, mais cessation d’emploi avec préavis raisonnable. S’est alors posé la question préalable de savoir si, dans le cas d’un congédiement avec préavis ou indemnité en tenant lieu, l’arbitre était autorisé à déterminer les raisons de la décision de la province de mettre fin à l’emploi. Après avoir tranché la question, l’arbitre a entendu le grief et statué au fond.

B. *Les décisions de l’arbitre*

(1) La décision sur la question préalable (10 janvier 2005)

[11] L’arbitre a entrepris l’examen de la question préalable en se penchant sur le libellé du par. 97(2.1) de la *LRTSP*. Étant donné que l’appelant n’appartenait pas à une unité de négociation et n’était pas visé par une convention collective ou

interpreted to mean that where an adjudicator determines that an employee has been discharged for cause, the adjudicator may substitute another penalty for the discharge as seems just and reasonable in the circumstances. The adjudicator considered and relied on the decision of the New Brunswick Court of Appeal in *Chalmers (Dr. Everett) Hospital v. Mills* (1989), 102 N.B.R. (2d) 1.

[12] Turning to s. 100.1 of the *PSLRA*, he noted the referential incorporation of s. 97 in s. 100.1(5). He stated that such incorporation “necessarily means that an adjudicator has jurisdiction to make the determination described in s. 97(2.1), i.e. that an employee has been discharged or otherwise disciplined for cause” (p. 5). The adjudicator noted that an employee to whom s. 20 of the *Civil Service Act*, S.N.B. 1984, c. C-5.1 (see Appendix), applies may be discharged for cause, with reasonable notice or with pay in lieu of reasonable notice. He concluded by holding that an employer cannot avoid an inquiry into its real reasons for dismissing an employee by stating that cause is not alleged. Rather, a grieving employee is entitled to an adjudication as to whether a discharge purportedly with notice or pay in lieu thereof was in fact for cause. He therefore held that he had jurisdiction to make such a determination.

(2) Ruling on the Merits (February 16, 2005)

[13] In his decision on the merits, released shortly thereafter, the adjudicator found that the termination letter of August 19 effected termination with pay in lieu of notice. The employer did not allege cause. Inquiring into the reasons for dismissal the adjudicator was satisfied that, on his view of the evidence, the termination was not disciplinary. Rather, the decision to terminate was based on the employer’s concerns about the appellant’s work performance and his suitability for the positions he held.

[14] The adjudicator then considered the appellant’s claim that he was dismissed without procedural fairness in that the employer did not inform him of the reasons for its dissatisfaction and did not give him an opportunity to respond. The adjudicator

une sentence arbitrale, il a conclu que cette disposition devait être interprétée comme l’autorisant, s’il estimait que l’employé avait été congédié pour motif, à substituer au congédiement la peine qui lui paraissait juste et raisonnable dans les circonstances. Il s’est fondé sur l’arrêt *Chalmers (Dr. Everett) Hospital c. Mills* (1989), 102 R.N.-B. (2^e) 1, de la Cour d’appel du Nouveau-Brunswick.

[12] En ce qui concerne l’art. 100.1 de la *LRTSP*, comme le par. 100.1(5) incorporait l’art. 97 par renvoi, il a estimé [TRADUCTION] « que l’arbitre a nécessairement compétence pour décider, suivant le par. 97(2.1), qu’un employé a été congédié ou qu’une mesure disciplinaire a été autrement prise contre lui “pour motif” » (p. 5). Il a fait observer que l’employé visé à l’art. 20 de la *Loi sur la Fonction publique*, L.N.-B. 1984, ch. C-5.1 (voir l’annexe), pouvait être congédié pour motif avec préavis raisonnable ou indemnité en tenant lieu, pour conclure que l’employeur ne pouvait se soustraire à l’examen des véritables raisons du congédiement en s’abstenant d’invoquer un motif. L’employé qui présentait un grief avait droit selon lui à une décision quant à savoir si son congédiement avec préavis ou indemnité en tenant lieu constituait en fait un congédiement pour motif. L’arbitre a donc conclu qu’il avait compétence pour rendre pareille décision.

(2) La décision au fond (16 février 2005)

[13] Dans la décision au fond rendue peu après, l’arbitre a statué que l’avis de cessation d’emploi du 19 août opérait un congédiement avec indemnité tenant lieu de préavis. L’employeur n’invoquait aucun motif. S’interrogeant sur les raisons du congédiement, l’arbitre s’est dit convaincu au vu de la preuve que la cessation d’emploi n’était pas de nature disciplinaire, mais découlait plutôt des préoccupations de l’employeur concernant le rendement de l’appelant et son aptitude à s’acquitter de ses fonctions.

[14] L’arbitre s’est ensuite penché sur l’allégation selon laquelle l’employeur avait manqué à son obligation d’équité procédurale en omettant de communiquer à l’appelant les raisons de son insatisfaction et de lui donner la possibilité d’y répondre. Il

placed some responsibility on the employer for cancelling the performance review scheduled for August 19. He also opined that the employer was not so much dissatisfied with the appellant's quality of work as with his lack of organization.

[15] The adjudicator's decision relied on *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, for the relevant legal principles regarding the right of "at pleasure" office holders to procedural fairness. As the appellant's employment was "hybrid in character" (para. 53) — he was both a Legal Officer under the *Civil Service Act* and, as Clerk, an office holder "at pleasure" — the adjudicator held that the appellant was entitled to procedural fairness in the employer's decision to terminate his employment. He declared that the termination was void *ab initio* and ordered the appellant reinstated as of August 19, 2004, the date of dismissal.

[16] The adjudicator added that in the event that his reinstatement order was quashed on judicial review, he would find the appropriate notice period to be eight months.

C. *Judicial History*

- (1) Court of Queen's Bench of New Brunswick (2005), 293 N.B.R. (2d) 5, 2005 NBQB 270

[17] The Province of New Brunswick applied for judicial review of the adjudicator's decision on numerous grounds. In particular, it argued that the adjudicator had exceeded his jurisdiction in his preliminary ruling by holding that he was authorized to determine whether the termination was in fact for cause. The Province further argued that the adjudicator had acted incorrectly or unreasonably in deciding the procedural fairness issue. The application was heard by Rideout J.

[18] The reviewing judge applied a pragmatic and functional analysis, considering the presence of a full privative clause in the *PSLRA*, the

a attribué une certaine responsabilité à l'employeur pour l'annulation de l'évaluation du rendement censée avoir lieu le 19 août. Il a aussi estimé que ce n'était pas tant la qualité du travail de l'appelant que son manque d'organisation qui était à l'origine de l'insatisfaction de l'employeur.

[15] Pour ce qui est des principes juridiques permettant de statuer sur le droit à l'équité procédurale d'un titulaire de charge « à titre amovible », l'arbitre s'est reporté à l'arrêt *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653. Vu la nature [TRADUCTION] « hybride » de l'emploi (par. 53) — conseiller juridique soumis à la *Loi sur la Fonction publique* et greffier nommé à titre amovible —, il a conclu que la décision de l'employeur de mettre fin à l'emploi de l'appelant devait respecter l'équité procédurale. Il a déclaré nulle *ab initio* la cessation d'emploi et ordonné la réintégration de l'appelant dans ses fonctions à compter du 19 août 2004, date du congédiement.

[16] Pour le cas où son ordonnance de réintégration serait annulée à l'issue d'un contrôle judiciaire, il a ajouté qu'un préavis de huit mois lui paraissait indiqué.

C. *Historique des procédures judiciaires*

- (1) Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick (2005), 293 R.N.-B. (2^e) 5, 2005 NBBR 270

[17] La province du Nouveau-Brunswick a demandé le contrôle judiciaire de la décision de l'arbitre. Elle a invoqué de nombreux motifs, dont le suivant : dans sa décision sur la question préalable, l'arbitre avait outrepassé sa compétence en s'estimant fondé à déterminer si le congédiement était en fait un congédiement pour motif. La province a également prétendu que l'arbitre avait adopté une démarche incorrecte ou déraisonnable pour statuer sur l'équité procédurale. Le juge Rideout a entendu la demande.

[18] Recourant à l'analyse pragmatique et fonctionnelle, le juge a pris en compte la clause privative absolue de la *LRTSP*, l'expertise relative de

relative expertise of adjudicators appointed under the *PSLRA*, the purposes of ss. 97(2.1) and 100.1 of the *PSLRA* as well as s. 20 of the *Civil Service Act*, and the nature of the question as one of statutory interpretation. He concluded that the correctness standard of review applied and that the court need not show curial deference to the decision of an adjudicator regarding the interpretation of those statutory provisions.

[19] Regarding the preliminary ruling, the reviewing judge noted that the appellant was employed “at pleasure” and fell under s. 20 of the *Civil Service Act*. In his view, the adjudicator had overlooked the effects of s. 20 and had mistakenly given ss. 97(2.1) and 100.1 of the *PSLRA* a substantive, rather than procedural, interpretation. Those sections are procedural in nature. They provide an employee with a right to grieve his or her dismissal and set out the steps that must be followed to pursue a grievance. The adjudicator is bound to apply the contractual provisions as they exist and has no authority to change those provisions. Thus, in cases in which s. 20 of the *Civil Service Act* applies, the adjudicator must apply the ordinary rules of contract. The reviewing judge held that the adjudicator had erred in removing the words “and the collective agreement or arbitral award does not contain a specific penalty for the infraction that resulted in the employee being discharged or otherwise disciplined” from s. 97(2.1). Those words limit s. 97(2.1) to employees who are not employed “at pleasure”. In the view of the reviewing judge, the adjudicator did not have jurisdiction to inquire into the reasons for the termination. His authority was limited to determining whether the notice period was reasonable. Having found that the adjudicator had exceeded his jurisdiction, the reviewing judge quashed his preliminary ruling.

[20] With respect to the adjudicator’s award on the merits, the reviewing judge commented that some aspects of the decision are factual in nature and should be reviewed on a patent unreasonableness standard, while other aspects involve questions

l’arbitre nommé sous son régime, l’objet de son par. 97(2.1) et de son art. 100.1 ainsi que de l’art. 20 de la *Loi sur la Fonction publique*, et la nature de la question en litige — s’agissait-il d’interpréter une disposition législative? Il a conclu que la norme de contrôle applicable était celle de la décision correcte et que l’interprétation de ces dispositions législatives par l’arbitre ne commandait pas la déférence judiciaire.

[19] Au sujet de la question préalable, le juge de révision a signalé que l’appelant avait occupé une charge « à titre amovible » et qu’il était régi par l’art. 20 de la *Loi sur la Fonction publique*. Selon lui, l’arbitre n’avait pas tenu compte de la portée de cette disposition et avait considéré à tort le par. 97(2.1) et l’art. 100.1 de la *LRTSP* comme des dispositions substantielles plutôt que procédurales. Ces dispositions confèrent à l’employé le droit de présenter un grief à l’égard de son congédiement et établissent les étapes à suivre pour le faire. L’arbitre a l’obligation d’appliquer une clause contractuelle telle qu’elle est stipulée et ne possède pas le pouvoir de la modifier. Par conséquent, dans une affaire relevant de l’art. 20 de la *Loi sur la Fonction publique*, il doit appliquer les règles contractuelles ordinaires. Le juge de révision a estimé que l’arbitre avait eu tort de faire abstraction des mots « et que la convention collective ou la sentence arbitrale ne contient pas une peine spécifique pour l’infraction en raison de laquelle l’employé a été congédié ou s’est vu imposer autrement une mesure disciplinaire » employés au par. 97(2.1). Suivant ce libellé, la disposition ne s’applique qu’aux employés n’occupant pas une charge « à titre amovible ». Selon le juge de révision, l’arbitre n’avait pas compétence pour s’enquérir des motifs de la cessation d’emploi. Il pouvait seulement se prononcer sur le caractère raisonnable du préavis. Après avoir conclu que l’arbitre avait outrepassé sa compétence, le juge de révision a annulé sa décision sur la question préalable.

[20] En ce qui a trait à la sentence arbitrale sur le fond, le juge de révision a indiqué que certains de ses éléments touchaient aux faits et commandaient l’application de la norme de la décision manifestement déraisonnable, mais que d’autres portaient

of mixed fact and law which are subject to a reasonableness *simpliciter* standard. The reviewing judge agreed with the Province that the adjudicator's reasons do not stand up to a "somewhat probing examination" (para. 76). The reviewing judge held that the adjudicator's award of reinstatement could not stand as he was not empowered by the *PSLRA* to make Lieutenant-Governor in Council appointments. In addition, by concluding that the decision was void *ab initio* owing to a lack of procedural fairness, the adjudicator failed to consider the doctrine of adequate alternative remedy. The appellant received procedural fairness by virtue of the grievance hearing before the adjudicator. The adjudicator had provisionally increased the notice period to eight months — that provided an adequate alternative remedy. Concluding that the adjudicator's decision did not stand up to review on a reasonableness *simpliciter* standard, the reviewing judge quashed the reinstatement order but upheld the adjudicator's provisional award of eight months' notice.

(2) Court of Appeal of New Brunswick (2006), 297 N.B.R. (2d) 151, 2006 NBCA 27

[21] The appellant appealed the decision of the reviewing judge. The Court of Appeal, Robertson J.A. writing, held that the proper standard with respect to the interpretation of the adjudicator's authority under the *PSLRA* was reasonableness *simpliciter* and that the reviewing judge had erred in adopting the correctness standard. The court reached that conclusion by proceeding through a pragmatic and functional analysis, placing particular emphasis on the presence of a full privative clause in the *PSLRA* and the relative expertise of an adjudicator in the labour relations and employment context. The court also relied on the decision of this Court in *Alberta Union of Provincial Employees v. Lethbridge Community College*, [2004] 1 S.C.R. 727, 2004 SCC 28. However, the court noted that the adjudicator's interpretation of the *Mills* decision warranted no deference and that "correctness is the proper review standard when it comes to the interpretation and application of caselaw" (para. 17).

à la fois sur les faits et le droit, de sorte qu'il fallait appliquer la norme de la décision raisonnable *simpliciter*. Il a convenu avec la province que les motifs de l'arbitre ne résistaient pas à « un examen assez poussé » (par. 76) et statué que l'arbitre ne pouvait ordonner la réintégration car la *LRTSP* ne l'autorisait pas à effectuer une nomination relevant du lieutenant-gouverneur en conseil. En outre, en concluant que le non-respect de l'équité procédurale rendait la décision nulle *ab initio*, l'arbitre avait omis de tenir compte de l'existence d'un autre recours approprié. L'appellant avait bénéficié de l'équité procédurale du fait de l'audition de son grief par l'arbitre, lequel avait subsidiairement porté le préavis à huit mois, d'où l'existence d'un autre recours approprié. Le juge de révision a conclu que la décision de l'arbitre ne satisfaisait pas à la norme de la raisonabilité *simpliciter*, de sorte qu'il a annulé l'ordonnance de réintégration, mais confirmé la décision subsidiaire portant à huit mois le préavis requis.

(2) Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (2006), 297 R.N.-B. (2^e) 151, 2006 NBCA 27

[21] L'appellant a interjeté appel de la décision du juge de révision. Par la voix du juge Robertson, la Cour d'appel a statué que la norme applicable à l'interprétation des pouvoirs conférés à l'arbitre par la *LRTSP* était celle de la raisonabilité *simpliciter* et que le juge de révision avait eu tort d'appliquer celle de la décision correcte. Elle a conclu ainsi à l'issue d'une analyse pragmatique et fonctionnelle axée sur la clause privative absolue de la *LRTSP* et l'expertise relative de l'arbitre dans le domaine des relations de travail et de l'emploi. Elle s'est également appuyée sur notre arrêt *Alberta Union of Provincial Employees c. Lethbridge Community College*, [2004] 1 R.C.S. 727, 2004 CSC 28. Toutefois, elle a indiqué que l'interprétation de l'arrêt *Mills* par l'arbitre n'appellait pas la déférence et que « la norme de la décision correcte est la norme de contrôle applicable lorsqu'il s'agit de l'interprétation et de l'application de la jurisprudence » (par. 17).

[22] Applying the reasonableness *simpliciter* standard, the court held that the adjudicator's decision was unreasonable. Robertson J.A. began by considering s. 20 of the *Civil Service Act* and noted that under the ordinary rules of contract, an employer holds the right to dismiss an employee with cause or with reasonable notice or with pay in lieu of notice. Section 20 of the *Civil Service Act* limits the Crown's common law right to dismiss its employees without cause or notice. Robertson J.A. reasoned that s. 97(2.1) of the *PSLRA* applies in principle to non-unionized employees, but that it is only where an employee has been discharged or disciplined *for cause* that an adjudicator may substitute such other penalty as seems just and reasonable in the circumstances. Where the employer elects to dismiss with notice or pay in lieu of notice, however, s. 97(2.1) does not apply. In such circumstances, the employee may only grieve the length of the notice period. The only exception is where the employee alleges that the decision to terminate was based on a prohibited ground of discrimination.

[23] On the issue of procedural fairness, the court found that the appellant exercised his right to grieve, and thus a finding that the duty of fairness had been breached was without legal foundation. The court dismissed the appeal.

II. Issues

[24] At issue, firstly is the approach to be taken in the judicial review of a decision of a particular adjudicative tribunal which was seized of a grievance filed by the appellant after his employment was terminated. This appeal gives us the opportunity to re-examine the foundations of judicial review and the standards of review applicable in various situations.

[25] The second issue involves examining whether the appellant who held an office "at pleasure" in the civil service of New Brunswick, had the right to procedural fairness in the employer's decision to terminate him. On this occasion, we will reassess the rule that has found formal expression in *Knight*.

[22] La Cour d'appel a conclu au regard de la norme de la raisonabilité *simpliciter* que la décision de l'arbitre était déraisonnable. Le juge Robertson a d'abord examiné l'art. 20 de la *Loi sur la Fonction publique* et relevé que suivant les règles contractuelles ordinaires, l'employeur pouvait congédier un employé soit pour motif, soit avec préavis raisonnable ou indemnité en tenant lieu. Cet article limite la faculté que le droit commun confère à l'État de congédier ses employés sans motif ni préavis. Le juge Robertson a estimé que le par. 97(2.1) de la *LRTSP* s'applique en principe aux employés non syndiqués, mais que l'arbitre ne peut substituer une autre peine lui semblant juste et raisonnable dans les circonstances que lorsque l'employé a été congédié ou a fait l'objet d'une mesure disciplinaire *pour motif*. Toutefois, lorsque l'employeur opte pour le congédiement avec préavis ou indemnité en tenant lieu, le par. 97(2.1) ne s'applique pas. Le seul recours dont dispose alors l'employé consiste à contester le préavis par voie de grief, sauf — et c'est la seule exception — lorsqu'il allègue que le congédiement est fondé sur un motif de discrimination illicite.

[23] Au chapitre de l'équité procédurale, la Cour d'appel a jugé que l'appelant avait exercé son droit de présenter un grief et qu'il n'y avait donc pas eu manquement à l'obligation d'équité procédurale. L'appel a été rejeté.

II. Les questions en litige

[24] La Cour doit d'abord déterminer quelle démarche s'imposait pour le contrôle judiciaire de la décision rendue par l'arbitre saisi du grief présenté par l'appelant après son licenciement. Le présent pourvoi lui donne l'occasion de revoir les fondements du contrôle judiciaire et les normes applicables dans différentes situations.

[25] Elle doit en second lieu se demander si l'appelant, qui était titulaire d'une charge à titre amovible dans la fonction publique du Nouveau-Brunswick, avait droit à ce que son employeur fasse preuve d'équité procédurale en prenant la décision de mettre fin à son emploi. À cet égard, nous réévaluerons la règle formulée dans l'arrêt *Knight*.

[26] The two types of judicial review, on the merits and on the process, are therefore engaged in this case. Our review of the system will therefore be comprehensive, which is preferable since a holistic approach is needed when considering fundamental principles.

III. Issue 1: Review of the Adjudicator's Statutory Interpretation Determination

A. *Judicial Review*

[27] As a matter of constitutional law, judicial review is intimately connected with the preservation of the rule of law. It is essentially that constitutional foundation which explains the purpose of judicial review and guides its function and operation. Judicial review seeks to address an underlying tension between the rule of law and the foundational democratic principle, which finds an expression in the initiatives of Parliament and legislatures to create various administrative bodies and endow them with broad powers. Courts, while exercising their constitutional functions of judicial review, must be sensitive not only to the need to uphold the rule of law, but also to the necessity of avoiding undue interference with the discharge of administrative functions in respect of the matters delegated to administrative bodies by Parliament and legislatures.

[28] By virtue of the rule of law principle, all exercises of public authority must find their source in law. All decision-making powers have legal limits, derived from the enabling statute itself, the common or civil law or the Constitution. Judicial review is the means by which the courts supervise those who exercise statutory powers, to ensure that they do not overstep their legal authority. The function of judicial review is therefore to ensure the legality, the reasonableness and the fairness of the administrative process and its outcomes.

[29] Administrative powers are exercised by decision makers according to statutory regimes that are themselves confined. A decision maker may not exercise authority not specifically assigned to him or her. By acting in the absence of legal authority,

[26] Le présent pourvoi met donc en jeu les deux types de contrôle judiciaire, l'un sur le fond, l'autre sur le plan de la procédure. Notre révision portera donc sur le mécanisme dans son ensemble, ce qui est préférable, car l'examen de principes fondamentaux commande une démarche globale.

III. Premier volet : Contrôle de l'interprétation de la loi par l'arbitre

A. *Le contrôle judiciaire*

[27] Sur le plan constitutionnel, le contrôle judiciaire est intimement lié au maintien de la primauté du droit. C'est essentiellement cette assise constitutionnelle qui explique sa raison d'être et oriente sa fonction et son application. Le contrôle judiciaire s'intéresse à la tension sous-jacente à la relation entre la primauté du droit et le principe démocratique fondamental, qui se traduit par la prise de mesures législatives pour créer divers organismes administratifs et les investir de larges pouvoirs. Lorsqu'elles s'acquittent de leurs fonctions constitutionnelles de contrôle judiciaire, les cours de justice doivent tenir compte de la nécessité non seulement de maintenir la primauté du droit, mais également d'éviter toute immixtion injustifiée dans l'exercice de fonctions administratives en certaines matières déterminées par le législateur.

[28] La primauté du droit veut que tout exercice de l'autorité publique procède de la loi. Tout pouvoir décisionnel est légalement circonscrit par la loi habilitante, la common law, le droit civil ou la Constitution. Le contrôle judiciaire permet aux cours de justice de s'assurer que les pouvoirs légaux sont exercés dans les limites fixées par le législateur. Il vise à assurer la légalité, la rationalité et l'équité du processus administratif et de la décision rendue.

[29] Les décideurs administratifs exercent leurs pouvoirs dans le cadre de régimes législatifs qui sont eux-mêmes délimités. Ils ne peuvent exercer de pouvoirs qui ne leur sont pas expressément conférés. S'ils agissent sans autorisation légale,

the decision maker transgresses the principle of the rule of law. Thus, when a reviewing court considers the scope of a decision-making power or the jurisdiction conferred by a statute, the standard of review analysis strives to determine what authority was intended to be given to the body in relation to the subject matter. This is done within the context of the courts' constitutional duty to ensure that public authorities do not overreach their lawful powers: *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220, at p. 234; also *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19, at para. 21.

[30] In addition to the role judicial review plays in upholding the rule of law, it also performs an important constitutional function in maintaining legislative supremacy. As noted by Justice Thomas Cromwell, “the rule of law is affirmed by assuring that the courts have the final say on the jurisdictional limits of a tribunal’s authority; second, legislative supremacy is affirmed by adopting the principle that the concept of jurisdiction should be narrowly circumscribed and defined according to the intent of the legislature in a contextual and purposeful way; third, legislative supremacy is affirmed and the court-centric conception of the rule of law is reined in by acknowledging that the courts do not have a monopoly on deciding all questions of law” (“Appellate Review: Policy and Pragmatism”, in *2006 Isaac Pitblado Lectures, Appellate Courts: Policy, Law and Practice*, V-1, at p. V-12). In essence, the rule of law is maintained because the courts have the last word on jurisdiction, and legislative supremacy is assured because determining the applicable standard of review is accomplished by establishing legislative intent.

[31] The legislative branch of government cannot remove the judiciary’s power to review actions and decisions of administrative bodies for compliance with the constitutional capacities of the government. Even a privative clause, which provides a strong indication of legislative intent, cannot be determinative in this respect (*Executors of the Woodward Estate v. Minister of Finance*, [1973] S.C.R. 120, at

ils portent atteinte au principe de la primauté du droit. C’est pourquoi lorsque la cour de révision se penche sur l’étendue d’un pouvoir décisionnel ou de la compétence accordée par la loi, l’analyse relative à la norme de contrôle vise à déterminer quel pouvoir le législateur a voulu donner à l’organisme en la matière. Elle le fait dans le contexte de son obligation constitutionnelle de veiller à la légalité de l’action administrative : *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220, p. 234; également, *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19, par. 21.

[30] Non seulement le contrôle judiciaire contribue au respect de la primauté du droit, mais il joue un rôle constitutionnel important en assurant la suprématie législative. Comme l’a fait observer le juge Thomas Cromwell, [TRADUCTION] « la primauté du droit est consacrée par le pouvoir d’une cour de justice de statuer en dernier ressort sur l’étendue de la compétence d’un tribunal administratif, par l’application du principe selon lequel il convient de bien délimiter la compétence et de bien la définir, en fonction de l’intention du législateur, d’une manière à la fois contextuelle et téléologique, ainsi que par la reconnaissance du fait que les cours de justice n’ont pas le pouvoir exclusif de statuer sur toutes les questions de droit, ce qui tempère la conception judiciarisée de la primauté du droit » (« Appellate Review : Policy and Pragmatism », dans *2006 Isaac Pitblado Lectures, Appellate Courts : Policy, Law and Practice*, V-1, p. V-12). Essentiellement, la primauté du droit est assurée par le dernier mot qu’ont les cours de justice en matière de compétence, et la suprématie législative, par la détermination de la norme de contrôle applicable en fonction de l’intention du législateur.

[31] L’organe législatif du gouvernement ne peut supprimer le pouvoir judiciaire de s’assurer que les actes et les décisions d’un organisme administratif sont conformes aux pouvoirs constitutionnels du gouvernement. Même si elle est révélatrice de l’intention du législateur, la clause privative ne saurait être décisive à cet égard (*Succession Woodward c. Ministre des Finances*, [1973] R.C.S. 120, p. 127).

p. 127). The inherent power of superior courts to review administrative action and ensure that it does not exceed its jurisdiction stems from the judicature provisions in ss. 96 to 101 of the *Constitution Act, 1867: Crevier*. As noted by Beetz J. in *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, at p. 1090, “[t]he role of the superior courts in maintaining the rule of law is so important that it is given constitutional protection”. In short, judicial review is constitutionally guaranteed in Canada, particularly with regard to the definition and enforcement of jurisdictional limits. As Laskin C.J. explained in *Crevier*:

Where . . . questions of law have been specifically covered in a privative enactment, this Court, as in *Farrah*, has not hesitated to recognize this limitation on judicial review as serving the interests of an express legislative policy to protect decisions of adjudicative agencies from external correction. Thus, it has, in my opinion, balanced the competing interests of a provincial Legislature in its enactment of substantively valid legislation and of the courts as ultimate interpreters of the *British North America Act* and s. 96 thereof. The same considerations do not, however, apply to issues of jurisdiction which are not far removed from issues of constitutionality. It cannot be left to a provincial statutory tribunal, in the face of s. 96, to determine the limits of its own jurisdiction without appeal or review. [pp. 237-38]

See also D. J. Mullan, *Administrative Law* (2001), at p. 50.

[32] Despite the clear, stable constitutional foundations of the system of judicial review, the operation of judicial review in Canada has been in a constant state of evolution over the years, as courts have attempted to devise approaches to judicial review that are both theoretically sound and effective in practice. Despite efforts to refine and clarify it, the present system has proven to be difficult to implement. The time has arrived to re-examine the Canadian approach to judicial review of administrative decisions and develop a principled framework that is more coherent and workable.

Le pouvoir inhérent d’une cour supérieure de contrôler les actes de l’Administration et de s’assurer que celle-ci n’outrepasse pas les limites de sa compétence tire sa source des art. 96 à 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867* portant sur la magistrature : arrêt *Crevier*. Comme l’a dit le juge Beetz dans l’arrêt *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, p. 1090, « [l]e rôle des cours supérieures dans le maintien de la légalité est si important qu’il bénéficie d’une protection constitutionnelle ». En résumé, le contrôle judiciaire bénéficie de la protection constitutionnelle au Canada, surtout lorsqu’il s’agit de définir les limites de la compétence et de les faire respecter. Le juge en chef Laskin l’a expliqué dans l’arrêt *Crevier* :

[Q]uand la disposition privative englobe spécifiquement les questions de droit, cette Cour n’a pas hésité, comme dans l’arrêt *Farrah*, à reconnaître que cette limitation du contrôle judiciaire favorise une politique législative explicite qui veut protéger les décisions des organismes judiciaires contre la rectification externe. La Cour a ainsi, à mon avis, maintenu l’équilibre entre les objectifs contradictoires du législateur provincial de voir confirmer la validité quant au fond des lois qu’il a adoptées et ceux des tribunaux d’être les interprètes en dernier ressort de l’*Acte de l’Amérique du Nord britannique* et de son art. 96. Les mêmes considérations ne s’appliquent cependant pas aux questions de compétence qui ne sont pas très éloignées des questions de constitutionnalité. Il ne peut être accordé à un tribunal créé par une loi provinciale, à cause de l’art. 96, de définir les limites de sa propre compétence sans appel ni révision. [p. 237-238]

Voir aussi D. J. Mullan, *Administrative Law* (2001), p. 50.

[32] Ses assises constitutionnelles claires et stables n’ont pas empêché le contrôle judiciaire de connaître une évolution constante au Canada, les cours de justice s’efforçant au fil des ans de concevoir une démarche tout autant valable sur le plan théorique qu’efficace en pratique. Malgré les efforts pour l’améliorer et le clarifier, le mécanisme actuel s’est révélé difficile à appliquer. Le temps est venu de revoir le contrôle judiciaire des décisions administratives au Canada et d’établir un cadre d’analyse rationnel qui soit plus cohérent et fonctionnel.

[33] Although the instant appeal deals with the particular problem of judicial review of the decisions of an adjudicative tribunal, these reasons will address first and foremost the structure and characteristics of the system of judicial review as a whole. In the wake of *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1, *Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, [2001] 2 S.C.R. 281, 2001 SCC 41, and *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 S.C.R. 539, 2003 SCC 29, it has become apparent that the present system must be simplified. The comments of LeBel J. in *Chamberlain v. Surrey School District No. 36*, [2002] 4 S.C.R. 710, 2002 SCC 86, at paras. 190 and 195, questioning the applicability of the “pragmatic and functional approach” to the decisions and actions of all kinds of administrative actors, illustrated the need for change.

B. *Reconsidering the Standards of Judicial Review*

[34] The current approach to judicial review involves three standards of review, which range from correctness, where no deference is shown, to patent unreasonableness, which is most deferential to the decision maker, the standard of reasonableness *simpliciter* lying, theoretically, in the middle. In our view, it is necessary to reconsider both the number and definitions of the various standards of review, and the analytical process employed to determine which standard applies in a given situation. We conclude that there ought to be two standards of review — correctness and reasonableness.

[35] The existing system of judicial review has its roots in several landmark decisions beginning in the late 1970s in which this Court developed the theory of substantive review to be applied to determinations of law, and determinations of fact and of mixed law and fact made by administrative tribunals. In *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979]

[33] Même si le présent pourvoi porte plus particulièrement sur le contrôle judiciaire d’une décision arbitrale, dans les présents motifs, la Cour se penche avant tout sur l’architecture et les caractéristiques du mécanisme de contrôle judiciaire dans son ensemble. À la suite des arrêts *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1, *Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [2001] 2 R.C.S. 281, 2001 CSC 41, et *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539, 2003 CSC 29, il est devenu apparent que le mécanisme actuel devait être simplifié. Les observations du juge LeBel dans l’arrêt *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, [2002] 4 R.C.S. 710, 2002 CSC 86, par. 190 et 195, mettant en doute l’applicabilité de l’« approche pragmatique et fonctionnelle » aux décisions et aux mesures de tous les genres d’organisme administratif, font ressortir la nécessité d’une réévaluation.

B. *Repenser les normes de contrôle judiciaire*

[34] À l’heure actuelle, le contrôle judiciaire s’effectue en fonction de trois normes : celle de la décision correcte, qui n’appelle aucune déférence, celle du caractère manifestement déraisonnable, qui commande la plus grande déférence, et celle du caractère raisonnable *simpliciter*, qui se situe théoriquement à mi-chemin entre les deux. Il s’impose, selon nous, de repenser tant le nombre que la teneur des normes de contrôle, ainsi que la démarche analytique qui préside à la détermination de la norme applicable. Nous sommes d’avis qu’il ne devrait y avoir que deux normes de contrôle, celle de la décision correcte et celle de la décision raisonnable.

[35] Le mécanisme actuel de contrôle judiciaire est issu d’arrêts de principe rendus à partir de la fin des années 1970. La Cour y a élaboré la théorie de l’examen approfondi des conclusions de droit, de fait ou mixtes de droit et de fait tirées par les tribunaux administratifs. Dans l’arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979]

2 S.C.R. 227 (“*CUPE*”), Dickson J. introduced the idea that, depending on the legal and administrative contexts, a specialized administrative tribunal with particular expertise, which has been given the protection of a privative clause, if acting within its jurisdiction, could provide an interpretation of its enabling legislation that would be allowed to stand unless “so patently unreasonable that its construction cannot be rationally supported by the relevant legislation and demands intervention by the court upon review” (p. 237). Prior to *CUPE*, judicial review followed the “preliminary question doctrine”, which inquired into whether a tribunal had erred in determining the scope of its jurisdiction. By simply branding an issue as “jurisdictional”, courts could replace a decision of the tribunal with one they preferred, often at the expense of a legislative intention that the matter lie in the hands of the administrative tribunal. *CUPE* marked a significant turning point in the approach of courts to judicial review, most notably in Dickson J.’s warning that courts “should not be alert to brand as jurisdictional, and therefore subject to broader curial review, that which may be doubtfully so” (p. 233). Dickson J.’s policy of judicial respect for administrative decision making marked the beginning of the modern era of Canadian administrative law.

[36] *CUPE* did not do away with correctness review altogether and in *Bibeault*, the Court affirmed that there are still questions on which a tribunal must be correct. As Beetz J. explained, “the jurisdiction conferred on administrative tribunals and other bodies created by statute is limited, and . . . such a tribunal cannot by a misinterpretation of an enactment assume a power not given to it by the legislator” (p. 1086). *Bibeault* introduced the concept of a “pragmatic and functional analysis” to determine the jurisdiction of a tribunal, abandoning the “preliminary question” theory. In arriving at the appropriate standard of review, courts were to consider a number of factors including the wording of the provision conferring jurisdiction on the tribunal, the purpose of the enabling statute, the reason for the existence of the tribunal, the expertise of its

2 R.C.S. 227 (« *SCFP* »), le juge Dickson a lancé l’idée que, selon les contextes juridiques et administratifs, le tribunal administratif spécialisé jouissant d’une expertise particulière et bénéficiant de la protection d’une clause privative pouvait, s’il n’outrepassait pas sa compétence, proposer une interprétation de sa loi habilitante qui serait jugée valable à moins qu’elle ne soit « déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s’appuyer sur la législation pertinente et d’exiger une intervention judiciaire » (p. 237). Avant cet arrêt, la « doctrine de la condition préalable » était appliquée en matière de contrôle judiciaire et s’attachait au bien-fondé de la décision du tribunal administratif concernant l’étendue de sa compétence. La cour de révision pouvait alors substituer à la décision de l’organisme celle qu’elle jugeait préférable, sous prétexte que la question soulevée avait trait à la « compétence », faisant souvent fi de l’intention du législateur de s’en remettre au tribunal administratif. L’arrêt *SCFP*, et surtout la mise en garde du juge Dickson invitant les tribunaux judiciaires à « éviter de qualifier trop rapidement un point de question de compétence, et ainsi de l’assujettir à un examen judiciaire plus étendu, lorsqu’il existe un doute à cet égard » (p. 233), a constitué un point tournant dans la conception du contrôle judiciaire. Le respect du processus décisionnel administratif préconisé par le juge Dickson a marqué le début de l’ère moderne du droit administratif canadien.

[36] Cependant, l’arrêt *SCFP* n’a pas totalement écarté l’examen suivant la norme de la décision correcte; dans l’arrêt *Bibeault*, la Cour a rappelé qu’il demeurerait des questions qu’un tribunal administratif devait trancher correctement. Comme l’a expliqué le juge Beetz, « la compétence conférée aux tribunaux administratifs et à d’autres organismes créés par la loi [est] limitée, et [. . .] un tel tribunal ne [peut], par une interprétation erronée d’une disposition de loi, s’arroger un pouvoir que le législateur ne lui a pas donné » (p. 1086). L’arrêt *Bibeault* a introduit la notion d’« analyse pragmatique et fonctionnelle » pour déterminer la compétence d’un tribunal administratif et marqué l’abandon de la théorie « de la condition préalable ». Pour arriver à la bonne norme de contrôle, les cours de justice devaient tenir compte de divers éléments,

members, and the nature of the problem (p. 1088). The new approach would put “renewed emphasis on the superintending and reforming function of the superior courts” (p. 1090). The “pragmatic and functional analysis”, as it came to be known, was later expanded to determine the appropriate degree of deference in respect of various forms of administrative decision making.

[37] In *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, a third standard of review was introduced into Canadian administrative law. The legislative context of that case, which provided a statutory right of appeal from the decision of a specialized tribunal, suggested that none of the existing standards was entirely satisfactory. As a result, the reasonableness *simpliciter* standard was introduced. It asks whether the tribunal’s decision was reasonable. If so, the decision should stand; if not, it must fall. In *Southam*, Iacobucci J. described an unreasonable decision as one that “is not supported by any reasons that can stand up to a somewhat probing examination” (para. 56) and explained that the difference between patent unreasonableness and reasonableness *simpliciter* is the “immediacy” or “obviousness” of the defect in the tribunal’s decision (para. 57). The defect will appear on the face of a patently unreasonable decision, but where the decision is merely unreasonable, it will take a searching review to find the defect.

[38] The three standards of review have since remained in Canadian administrative law, the approach to determining the appropriate standard of review having been refined in *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982.

[39] The operation of three standards of review has not been without practical and theoretical difficulties, neither has it been free of criticism. One major problem lies in distinguishing between the

dont le libellé de la disposition conférant la compétence, l’objet de la loi habilitante, la raison d’être du tribunal administratif, l’expertise de ses membres et la nature du problème (p. 1088). La nouvelle approche mettait « de nouveau l’accent sur le rôle de contrôle et de surveillance joué par les cours supérieures » (p. 1090). L’« analyse pragmatique et fonctionnelle » a vu sa portée s’accroître ensuite pour englober la détermination du degré de déférence que commandaient les différents types de décision administrative.

[37] Dans l’arrêt *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, la Cour a introduit une troisième norme de contrôle dans le droit administratif canadien. Dans cette affaire, le contexte législatif — existence d’un droit d’appel de la décision d’un tribunal spécialisé —, donnait à penser qu’aucune des normes existantes ne convenait parfaitement. D’où l’adoption de la norme du caractère raisonnable *simpliciter*, qui consiste à déterminer si la décision est raisonnable. Dans l’affirmative, la décision demeure, dans la négative, elle est annulée. Dans l’arrêt *Southam*, le juge Iacobucci a écrit au sujet de la décision déraisonnable qu’elle « n’est étayée par aucun motif capable de résister à un examen assez poussé » (par. 56). Il a expliqué que la différence entre la norme du manifestement déraisonnable et celle du raisonnable *simpliciter* réside dans le « caractère flagrant ou évident » du défaut entachant la décision du tribunal administratif (par. 57). Dans le cas d’une décision manifestement déraisonnable, le défaut est manifeste, alors que dans celui d’une décision seulement déraisonnable, il faut un examen approfondi pour le déceler.

[38] Les trois normes de contrôle font partie du droit administratif canadien depuis lors, et le mode de détermination de la norme applicable a été précisé dans l’arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982.

[39] L’application de trois normes de contrôle n’a pas manqué de poser des difficultés d’ordre pratique et théorique, et aucune n’a échappé à la critique. Il est particulièrement difficile de distinguer la

patent unreasonableness standard and the reasonableness *simpliciter* standard. The difficulty in distinguishing between those standards contributes to the problem of choosing the right standard of review. An even greater problem lies in the application of the patent unreasonableness standard, which at times seems to require parties to accept an unreasonable decision.

[40] The definitions of the patent unreasonableness standard that arise from the case law tend to focus on the magnitude of the defect and on the immediacy of the defect (see *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77, 2003 SCC 63, at para. 78, *per* LeBel J.). Those two hallmarks of review under the patent unreasonableness standard have been used consistently in the jurisprudence to distinguish it from review under the standard of reasonableness *simpliciter*. As it had become clear that, after *Southam*, lower courts were struggling with the conceptual distinction between patent unreasonableness and reasonableness *simpliciter*, Iacobucci J., writing for the Court in *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20, attempted to bring some clarity to the issue. He explained the different operations of the two deferential standards as follows, at paras. 52-53:

[A] patently unreasonable defect, once identified, can be explained simply and easily, leaving no real possibility of doubting that the decision is defective. A patently unreasonable decision has been described as “clearly irrational” or “evidently not in accordance with reason” A decision that is patently unreasonable is so flawed that no amount of curial deference can justify letting it stand.

A decision may be unreasonable without being patently unreasonable when the defect in the decision is less obvious and might only be discovered after “significant searching or testing” (*Southam, supra*, at para. 57). Explaining the defect may require a detailed exposition to show that there are no lines of reasoning supporting the decision which could reasonably lead that tribunal to reach the decision it did.

[41] As discussed by LeBel J. at length in *Toronto (City) v. C.U.P.E.*, notwithstanding the increased

norme de la décision manifestement déraisonnable de celle de la décision raisonnable *simpliciter*, ce qui ajoute au problème du choix de la bonne norme. L'application de la norme du caractère manifestement déraisonnable est encore plus problématique en ce qu'elle paraît parfois imposer aux parties une décision déraisonnable.

[40] La définition jurisprudentielle de la décision manifestement déraisonnable met généralement l'accent sur l'importance du défaut et sur son caractère flagrant (voir l'arrêt *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77, 2003 CSC 63, par. 78, le juge LeBel). Les cours de justice se sont toujours fondées sur ces deux caractéristiques pour la distinguer de la décision raisonnable *simpliciter*. Après l'arrêt *Southam*, il était apparu clairement que la distinction conceptuelle entre les deux normes n'allait pas de soi pour les juridictions inférieures. Dans l'arrêt *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20, s'exprimant au nom de la Cour, le juge Iacobucci a donc tenté de clarifier la question en précisant le fonctionnement de chacune des deux normes commandant la déférence (par. 52-53) :

[D]ès qu'un défaut manifestement déraisonnable a été relevé, il peut être expliqué simplement et facilement, de façon à écarter toute possibilité réelle de douter que la décision est viciée. La décision manifestement déraisonnable a été décrite comme étant « clairement irrationnelle » ou « de toute évidence non conforme à la raison » [. . .] Une décision qui est manifestement déraisonnable est à ce point viciée qu'aucun degré de déférence judiciaire ne peut justifier de la maintenir.

Une décision peut être déraisonnable sans être manifestement déraisonnable lorsque le défaut dans la décision est moins évident et qu'il ne peut être décelé qu'après « un examen ou . . . une analyse en profondeur » (*Southam*, précité, par. 57). L'explication du défaut peut exiger une explication détaillée pour démontrer qu'aucun des raisonnements avancés pour étayer la décision ne pouvait raisonnablement amener le tribunal à rendre la décision prononcée.

[41] Comme le juge LeBel en fait longuement état dans l'arrêt *Toronto (Ville) c. S.C.F.P.*, malgré

clarity that *Ryan* brought to the issue and the theoretical differences between the standards of patent unreasonableness and reasonableness *simpliciter*, a review of the cases reveals that any actual difference between them in terms of their operation appears to be illusory (see also the comments of Abella J. in *Council of Canadians with Disabilities v. Via Rail Canada Inc.*, [2007] 1 S.C.R. 650, 2007 SCC 15, at paras. 101-3). Indeed, even this Court divided when attempting to determine whether a particular decision was “patently unreasonable”, although this should have been self-evident under the existing test (see *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*). This result is explained by the fact that both standards are based on the idea that there might be multiple valid interpretations of a statutory provision or answers to a legal dispute and that courts ought not to interfere where the tribunal’s decision is rationally supported. Looking to either the magnitude or the immediacy of the defect in the tribunal’s decision provides no meaningful way in practice of distinguishing between a patently unreasonable and an unreasonable decision. As Mullan has explained:

[T]o maintain a position that it is only the “clearly irrational” that will cross the threshold of patent unreasonableness while irrationality *simpliciter* will not is to make a nonsense of the law. Attaching the adjective “clearly” to irrational is surely a tautology. Like “uniqueness”, irrationality either exists or it does not. There cannot be shades of irrationality.

See D. J. Mullan, “Recent Developments in Standard of Review”, in Canadian Bar Association (Ontario), *Taking the Tribunal to Court: A Practical Guide for Administrative Law Practitioners* (2000), at p. 25.

[42] Moreover, even if one could conceive of a situation in which a clearly or highly irrational decision were distinguishable from a merely irrational decision, it would be unpalatable to require parties to accept an irrational decision simply because, on a deferential standard, the irrationality of the decision is not clear *enough*. It is also inconsistent with the rule of law to retain an irrational decision. As

les éclaircissements de la Cour dans l’arrêt *Ryan*, notamment au chapitre des différences théoriques entre la norme du manifestement déraisonnable et celle de la décision raisonnable *simpliciter*, il appert de la jurisprudence que toute différence réelle sur le plan de l’application se révèle illusoire (voir également les remarques de la juge Abella dans l’arrêt *Conseil des Canadiens avec déficiences c. Via Rail Canada Inc.*, [2007] 1 R.C.S. 650, 2007 CSC 15, par. 101-103). D’ailleurs, dans l’affaire *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, même les juges de la Cour ont été partagés quant à savoir si la décision en cause était « manifestement déraisonnable », alors que la réponse aurait dû être évidente suivant le test applicable. Le phénomène s’explique par le fait que les deux normes s’appuient sur l’idée qu’une disposition législative peut donner lieu à plus d’une interprétation valable, et un litige, à plus d’une solution, et que la cour de révision doit se garder d’intervenir lorsque la décision administrative a un fondement rationnel. Dans les faits, ni l’importance du défaut entachant la décision ni son caractère flagrant ne permettent vraiment de distinguer une décision manifestement déraisonnable d’une décision déraisonnable. Comme le précise Mullan :

[TRADUCTION] [S]outenir que seule la décision « clairement irrationnelle » est manifestement déraisonnable, à l’exclusion de celle qui est irrationnelle *simpliciter*, vide de sens la règle de droit. Rattacher l’adverbe « clairement » à l’adjectif « irrationnelle » est certes une tautologie. Tout comme l’« unicité », l’irrationalité est ou n’est pas. Une décision ne peut être un peu irrationnelle.

Voir D. J. Mullan, « Recent Developments in Standard of Review », dans l’Association du Barreau canadien (Ontario), *Taking the Tribunal to Court: A Practical Guide for Administrative Law Practitioners* (2000), p. 25.

[42] En outre, même si l’on pouvait concevoir le cas où une décision clairement ou particulièrement irrationnelle se distinguerait d’une décision simplement irrationnelle, il répugnerait à la justice que les parties doivent se soumettre à une décision irrationnelle pour la seule raison que l’irrationalité n’est pas *assez* évidente suivant une norme appelant la déférence. Le maintien d’une décision

LeBel J. explained in his concurring reasons in *Toronto (City) v. C.U.P.E.*, at para. 108:

In the end, the essential question remains the same under both standards: was the decision of the adjudicator taken in accordance with reason? Where the answer is no, for instance because the legislation in question cannot rationally support the adjudicator's interpretation, the error will invalidate the decision, regardless of whether the standard applied is reasonableness *simpliciter* or patent unreasonableness

See also *Voice Construction Ltd. v. Construction & General Workers' Union, Local 92*, [2004] 1 S.C.R. 609, 2004 SCC 23, at paras. 40-41, *per* LeBel J.

C. Two Standards of Review

[43] The Court has moved from a highly formalistic, artificial “jurisdiction” test that could easily be manipulated, to a highly contextual “functional” test that provides great flexibility but little real on-the-ground guidance, and offers too many standards of review. What is needed is a test that offers guidance, is not formalistic or artificial, and permits review where justice requires it, but not otherwise. A simpler test is needed.

(1) Defining the Concepts of Reasonableness and Correctness

[44] As explained above, the patent unreasonableness standard was developed many years prior to the introduction of the reasonableness *simpliciter* standard in *Southam*. The intermediate standard was developed to respond to what the Court viewed as problems in the operation of judicial review in Canada, particularly the perceived all-or-nothing approach to deference, and in order to create a more finely calibrated system of judicial review (see also L. Sossin and C. M. Flood, “The Contextual Turn: Iacobucci’s Legacy and the Standard of Review in Administrative Law” (2007), 57 *U.T.L.J.* 581). However, the analytical problems that arise in trying to apply the different standards undercut any conceptual usefulness created by the inherently

irrationnelle va aussi à l’encontre de la primauté du droit. Comme l’a expliqué le juge LeBel dans l’arrêt *Toronto (Ville) c. S.C.F.P.*, au par. 108 de ses motifs concordants :

En fin de compte, la question essentielle demeure la même pour les deux normes : la décision du tribunal est-elle conforme à la raison? Si la réponse est négative du fait que, par exemple, les dispositions en cause ne peuvent rationnellement appuyer l’interprétation du tribunal, l’erreur entraîne l’invalidation de la décision, que la norme appliquée soit celle du raisonnable *simpliciter* ou du manifestement déraisonnable

Voir également *Voice Construction Ltd. c. Construction & General Workers' Union, Local 92*, [2004] 1 R.C.S. 609, 2004 CSC 23, par. 40-41, le juge LeBel.

C. Deux normes de contrôle

[43] La Cour est passée d’un test d’emploi aisé axé sur la « compétence », à la fois artificiel et très formaliste, à un test fortement contextuel axé sur le caractère « fonctionnel », qui offre une grande souplesse, mais peu de repères concrets, et qui emporte l’application d’un trop grand nombre de normes de contrôle. Il nous faut un test qui oriente bien la démarche, qui ne soit ni formaliste ni artificiel, et qui ne permette le contrôle que lorsque la justice l’exige. La démarche doit être simplifiée.

(1) Définir les notions de décision raisonnable et de décision correcte

[44] Nous rappelons que la norme intermédiaire de la raisonabilité *simpliciter* a été formulée dans l’arrêt *Southam* de nombreuses années après celle du manifestement déraisonnable. Elle visait à remédier aux problèmes que voyait la Cour dans le fonctionnement du contrôle judiciaire au Canada, notamment le tout ou rien apparent en matière de déférence, et à moduler davantage le mécanisme de révision (voir également L. Sossin et C. M. Flood, « The Contextual Turn : Iacobucci’s Legacy and the Standard of Review in Administrative Law » (2007), 57 *U.T.L.J.* 581). Toutefois, les difficultés analytiques soulevées par l’application des différentes normes réduisent à néant toute utilité conceptuelle découlant de la plus grande souplesse propre

greater flexibility of having multiple standards of review. Though we are of the view that the three-standard model is too difficult to apply to justify its retention, now, several years after *Southam*, we believe that it would be a step backwards to simply remove the reasonableness *simpliciter* standard and revert to pre-*Southam* law. As we see it, the problems that *Southam* attempted to remedy with the introduction of the intermediate standard are best addressed not by three standards of review, but by two standards, defined appropriately.

[45] We therefore conclude that the two variants of reasonableness review should be collapsed into a single form of “reasonableness” review. The result is a system of judicial review comprising two standards — correctness and reasonableness. But the revised system cannot be expected to be simpler and more workable unless the concepts it employs are clearly defined.

[46] What does this revised reasonableness standard mean? Reasonableness is one of the most widely used and yet most complex legal concepts. In any area of the law we turn our attention to, we find ourselves dealing with the reasonable, reasonableness or rationality. But what is a reasonable decision? How are reviewing courts to identify an unreasonable decision in the context of administrative law and, especially, of judicial review?

[47] Reasonableness is a deferential standard animated by the principle that underlies the development of the two previous standards of reasonableness: certain questions that come before administrative tribunals do not lend themselves to one specific, particular result. Instead, they may give rise to a number of possible, reasonable conclusions. Tribunals have a margin of appreciation within the range of acceptable and rational solutions. A court conducting a review for reasonableness inquires into the qualities that make a decision reasonable, referring both to the process of articulating the reasons and to outcomes. In judicial review, reasonableness is concerned mostly with the existence of

à l’existence de normes de contrôle multiples. Même si nous sommes d’avis que le modèle des trois normes est trop difficile à appliquer pour que son maintien soit justifié, nous estimons qu’aujourd’hui, plusieurs années après l’arrêt *Southam*, supprimer simplement la norme de la raisonabilité *simpliciter* et revenir à l’état antérieur à cet arrêt constituerait un recul. Selon nous, la solution aux problèmes que la Cour a tenté de résoudre dans l’arrêt *Southam* en introduisant la norme intermédiaire réside dans l’application non pas de trois, mais de deux normes, convenablement circonscrites.

[45] Nous concluons donc qu’il y a lieu de fondre en une seule les deux normes de raisonabilité. Il en résulte un mécanisme de contrôle judiciaire emportant l’application de deux normes — celle de la décision correcte et celle de la décision raisonnable. Or, la nouvelle approche ne sera plus simple et plus facile à appliquer que si les concepts auxquels elle fait appel sont bien définis.

[46] En quoi consiste cette nouvelle norme de la raisonabilité? Bien que la raisonabilité figure parmi les notions juridiques les plus usitées, elle est l’une des plus complexes. La question de ce qui est raisonnable, de la raisonabilité ou de la rationalité nous interpelle dans tous les domaines du droit. Mais qu’est-ce qu’une décision raisonnable? Comment la cour de révision reconnaît-elle une décision déraisonnable dans le contexte du droit administratif et, plus particulièrement, dans celui du contrôle judiciaire?

[47] La norme déferente du caractère raisonnable procède du principe à l’origine des deux normes antérieures de raisonabilité : certaines questions soumises aux tribunaux administratifs n’appellent pas une seule solution précise, mais peuvent plutôt donner lieu à un certain nombre de conclusions raisonnables. Il est loisible au tribunal administratif d’opter pour l’une ou l’autre des différentes solutions rationnelles acceptables. La cour de révision se demande dès lors si la décision et sa justification possèdent les attributs de la raisonabilité. Le caractère raisonnable tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l’intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu’à

justification, transparency and intelligibility within the decision-making process. But it is also concerned with whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law.

[48] The move towards a single reasonableness standard does not pave the way for a more intrusive review by courts and does not represent a return to pre-*Southam* formalism. In this respect, the concept of deference, so central to judicial review in administrative law, has perhaps been insufficiently explored in the case law. What does deference mean in this context? Deference is both an attitude of the court and a requirement of the law of judicial review. It does not mean that courts are subservient to the determinations of decision makers, or that courts must show blind reverence to their interpretations, or that they may be content to pay lip service to the concept of reasonableness review while in fact imposing their own view. Rather, deference imports respect for the decision-making process of adjudicative bodies with regard to both the facts and the law. The notion of deference “is rooted in part in a respect for governmental decisions to create administrative bodies with delegated powers” (*Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, at p. 596, *per* L’Heureux-Dubé J., dissenting). We agree with David Dyzenhaus where he states that the concept of “deference as respect” requires of the courts “not submission but a respectful attention to the reasons offered or which could be offered in support of a decision”: “The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy”, in M. Taggart, ed., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, at p. 286 (quoted with approval in *Baker*, at para. 65, *per* L’Heureux-Dubé J.; *Ryan*, at para. 49).

[49] Deference in the context of the reasonableness standard therefore implies that courts will give due consideration to the determinations of decision makers. As Mullan explains, a policy of deference “recognizes the reality that, in many instances, those working day to day in the implementation of frequently complex administrative schemes have or will develop a considerable degree

l’appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit.

[48] L’application d’une seule norme de raisonnable n’ouvre pas la voie à une plus grande immixtion judiciaire ni ne constitue un retour au formalisme d’avant l’arrêt *Southam*. À cet égard, les décisions judiciaires n’ont peut-être pas exploré suffisamment la notion de déférence, si fondamentale au contrôle judiciaire en droit administratif. Que faut-il entendre par déférence dans ce contexte? C’est à la fois une attitude de la cour et une exigence du droit régissant le contrôle judiciaire. Il ne s’ensuit pas que les cours de justice doivent s’incliner devant les conclusions des décideurs ni qu’elles doivent respecter aveuglément leurs interprétations. Elles ne peuvent pas non plus invoquer la notion de raisonnable pour imposer dans les faits leurs propres vues. La déférence suppose plutôt le respect du processus décisionnel au regard des faits et du droit. Elle « repose en partie sur le respect des décisions du gouvernement de constituer des organismes administratifs assortis de pouvoirs délégués » : *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, p. 596, la juge L’Heureux-Dubé, dissidente. Nous convenons avec David Dyzenhaus que la notion de [TRADUCTION] « retenue au sens de respect » n’exige pas de la cour de révision [TRADUCTION] « la soumission, mais une attention respectueuse aux motifs donnés ou qui pourraient être donnés à l’appui d’une décision » : « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy », dans M. Taggart, dir., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, p. 286 (cité avec approbation par la juge L’Heureux-Dubé dans l’arrêt *Baker*, par. 65; *Ryan*, par. 49).

[49] La déférence inhérente à la norme de la raisonnable implique donc que la cour de révision tienne dûment compte des conclusions du décideur. Comme l’explique Mullan, le principe de la déférence [TRADUCTION] « reconnaît que dans beaucoup de cas, les personnes qui se consacrent quotidiennement à l’application de régimes administratifs souvent complexes possèdent

of expertise or field sensitivity to the imperatives and nuances of the legislative regime”: D. J. Mullan, “Establishing the Standard of Review: The Struggle for Complexity?” (2004), 17 *C.J.A.L.P.* 59, at p. 93. In short, deference requires respect for the legislative choices to leave some matters in the hands of administrative decision makers, for the processes and determinations that draw on particular expertise and experiences, and for the different roles of the courts and administrative bodies within the Canadian constitutional system.

[50] As important as it is that courts have a proper understanding of reasonableness review as a deferential standard, it is also without question that the standard of correctness must be maintained in respect of jurisdictional and some other questions of law. This promotes just decisions and avoids inconsistent and unauthorized application of law. When applying the correctness standard, a reviewing court will not show deference to the decision maker’s reasoning process; it will rather undertake its own analysis of the question. The analysis will bring the court to decide whether it agrees with the determination of the decision maker; if not, the court will substitute its own view and provide the correct answer. From the outset, the court must ask whether the tribunal’s decision was correct.

(2) Determining the Appropriate Standard of Review

[51] Having dealt with the nature of the standards of review, we now turn our attention to the method for selecting the appropriate standard in individual cases. As we will now demonstrate, questions of fact, discretion and policy as well as questions where the legal issues cannot be easily separated from the factual issues generally attract a standard of reasonableness while many legal issues attract a standard of correctness. Some legal issues, however, attract the more deferential standard of reasonableness.

ou acquièrent une grande connaissance ou sensibilité à l’égard des impératifs et des subtilités des régimes législatifs en cause » : D. J. Mullan, « Establishing the Standard of Review: The Struggle for Complexity? » (2004), 17 *C.J.A.L.P.* 59, p. 93. La déférence commande en somme le respect de la volonté du législateur de s’en remettre, pour certaines choses, à des décideurs administratifs, de même que des raisonnements et des décisions fondés sur une expertise et une expérience dans un domaine particulier, ainsi que de la différence entre les fonctions d’une cour de justice et celles d’un organisme administratif dans le système constitutionnel canadien.

[50] S’il importe que les cours de justice voient dans la raisonabilité le fondement d’une norme empreinte de déférence, il ne fait par ailleurs aucun doute que la norme de la décision correcte doit continuer de s’appliquer aux questions de compétence et à certaines autres questions de droit. On favorise ainsi le prononcé de décisions justes tout en évitant l’application incohérente et irrégulière du droit. La cour de révision qui applique la norme de la décision correcte n’acquiesce pas au raisonnement du décideur; elle entreprend plutôt sa propre analyse au terme de laquelle elle décide si elle est d’accord ou non avec la conclusion du décideur. En cas de désaccord, elle substitue sa propre conclusion et rend la décision qui s’impose. La cour de révision doit se demander dès le départ si la décision du tribunal administratif était la bonne.

(2) Détermination de la bonne norme de contrôle

[51] Après avoir examiné la nature des normes de contrôle, nous nous penchons maintenant sur le mode de détermination de la norme applicable dans un cas donné. Nous verrons qu’en présence d’une question touchant aux faits, au pouvoir discrétionnaire ou à la politique, et lorsque le droit et les faits ne peuvent être aisément dissociés, la norme de la raisonabilité s’applique généralement. De nombreuses questions de droit commandent l’application de la norme de la décision correcte, mais certaines d’entre elles sont assujetties à la norme plus déférente de la raisonabilité.

[52] The existence of a privative or preclusive clause gives rise to a strong indication of review pursuant to the reasonableness standard. This conclusion is appropriate because a privative clause is evidence of Parliament or a legislature's intent that an administrative decision maker be given greater deference and that interference by reviewing courts be minimized. This does not mean, however, that the presence of a privative clause is determinative. The rule of law requires that the constitutional role of superior courts be preserved and, as indicated above, neither Parliament nor any legislature can completely remove the courts' power to review the actions and decisions of administrative bodies. This power is constitutionally protected. Judicial review is necessary to ensure that the privative clause is read in its appropriate statutory context and that administrative bodies do not exceed their jurisdiction.

[53] Where the question is one of fact, discretion or policy, deference will usually apply automatically (*Mossop*, at pp. 599-600; *Dr. Q*, at para. 29; *Suresh*, at paras. 29-30). We believe that the same standard must apply to the review of questions where the legal and factual issues are intertwined with and cannot be readily separated.

[54] Guidance with regard to the questions that will be reviewed on a reasonableness standard can be found in the existing case law. Deference will usually result where a tribunal is interpreting its own statute or statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity: *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157, at para. 48; *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487, at para. 39. Deference may also be warranted where an administrative tribunal has developed particular expertise in the application of a general common law or civil law rule in relation to a specific statutory context: *Toronto (City) v. C.U.P.E.*, at para. 72. Adjudication in labour law remains a good example of the relevance of this approach. The case law has moved away considerably from the strict position evidenced in *McLeod v. Egan*, [1975] 1 S.C.R. 517, where it was held that an administrative decision

[52] L'existence d'une clause privative milite clairement en faveur d'un contrôle suivant la norme de la raisonabilité. En effet, elle atteste la volonté du législateur que les décisions du décideur administratif fassent l'objet de plus de déférence et que le contrôle judiciaire soit minimal. Cependant, elle n'est pas déterminante. La primauté du droit exige des cours supérieures qu'elles s'acquittent de leur rôle constitutionnel et, nous le rappelons, ni le Parlement ni une législature ne peuvent écarter totalement leur pouvoir de contrôler les actes et les décisions des organismes administratifs. Il s'agit d'un pouvoir protégé par la Constitution. Le contrôle judiciaire est nécessaire afin que la clause privative soit interprétée dans le bon contexte législatif et que les organismes administratifs respectent les limites de leurs attributions.

[53] En présence d'une question touchant aux faits, au pouvoir discrétionnaire ou à la politique, la retenue s'impose habituellement d'emblée (*Mossop*, p. 599-600; *Dr Q*, par. 29; *Suresh*, par. 29-30). Nous sommes d'avis que la même norme de contrôle doit s'appliquer lorsque le droit et les faits s'entrelacent et ne peuvent aisément être dissociés.

[54] La jurisprudence actuelle peut être mise à contribution pour déterminer quelles questions emportent l'application de la norme de la raisonabilité. Lorsqu'un tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie, la déférence est habituellement de mise : *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157, par. 48; *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487, par. 39. Elle peut également s'imposer lorsque le tribunal administratif a acquis une expertise dans l'application d'une règle générale de common law ou de droit civil dans son domaine spécialisé : *Toronto (Ville) c. S.C.F.P.*, par. 72. L'arbitrage en droit du travail demeure un domaine où cette approche se révèle particulièrement indiquée. La jurisprudence a considérablement évolué depuis l'arrêt *McLeod c. Egan*, [1975] 1 R.C.S. 517, et la Cour

maker will always risk having its interpretation of an external statute set aside upon judicial review.

[55] A consideration of the following factors will lead to the conclusion that the decision maker should be given deference and a reasonableness test applied:

- A privative clause: this is a statutory direction from Parliament or a legislature indicating the need for deference.
- A discrete and special administrative regime in which the decision maker has special expertise (labour relations for instance).
- The nature of the question of law. A question of law that is of “central importance to the legal system . . . and outside the . . . specialized area of expertise” of the administrative decision maker will always attract a correctness standard (*Toronto (City) v. C.U.P.E.*, at para. 62). On the other hand, a question of law that does not rise to this level may be compatible with a reasonableness standard where the two above factors so indicate.

[56] If these factors, considered together, point to a standard of reasonableness, the decision maker’s decision must be approached with deference in the sense of respect discussed earlier in these reasons. There is nothing unprincipled in the fact that some questions of law will be decided on the basis of reasonableness. It simply means giving the adjudicator’s decision appropriate deference in deciding whether a decision should be upheld, bearing in mind the factors indicated.

[57] An exhaustive review is not required in every case to determine the proper standard of review. Here again, existing jurisprudence may be helpful in identifying some of the questions that generally fall to be determined according to the correctness

s’est dissociée de la position stricte qu’elle y avait adoptée. Dans cette affaire, la Cour avait statué que l’interprétation, par un décideur administratif, d’une autre loi que celle qui le constitue est toujours susceptible d’annulation par voie de contrôle judiciaire.

[55] Les éléments suivants permettent de conclure qu’il y a lieu de déférer à la décision et d’appliquer la norme de la raisonabilité :

- Une clause privative : elle traduit la volonté du législateur que la décision fasse l’objet de déférence.
- Un régime administratif distinct et particulier dans le cadre duquel le décideur possède une expertise spéciale (p. ex., les relations de travail).
- La nature de la question de droit. Celle qui revêt « une importance capitale pour le système juridique [et qui est] étrangère au domaine d’expertise » du décideur administratif appelle toujours la norme de la décision correcte (*Toronto (Ville) c. S.C.F.P.*, par. 62). Par contre, la question de droit qui n’a pas cette importance peut justifier l’application de la norme de la raisonabilité lorsque sont réunis les deux éléments précédents.

[56] Dans le cas où, ensemble, ces facteurs militent en faveur de la norme de la raisonabilité, il convient de déférer à la décision en faisant preuve à son endroit du respect mentionné précédemment. Il n’y a rien d’incohérent dans le fait de trancher certaines questions de droit au regard du caractère raisonnable. Il s’agit simplement de confirmer ou non la décision en manifestant la déférence voulue à l’égard de l’arbitre, compte tenu des éléments indiqués.

[57] Il n’est pas toujours nécessaire de se livrer à une analyse exhaustive pour arrêter la bonne norme de contrôle. Là encore, la jurisprudence peut permettre de cerner certaines des questions qui appellent généralement l’application de la norme de la

standard (*Cartaway Resources Corp. (Re)*, [2004] 1 S.C.R. 672, 2004 SCC 26). This simply means that the analysis required is already deemed to have been performed and need not be repeated.

[58] For example, correctness review has been found to apply to constitutional questions regarding the division of powers between Parliament and the provinces in the *Constitution Act, 1867: Westcoast Energy Inc. v. Canada (National Energy Board)*, [1998] 1 S.C.R. 322. Such questions, as well as other constitutional issues, are necessarily subject to correctness review because of the unique role of s. 96 courts as interpreters of the Constitution: *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, [2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54; Mullan, *Administrative Law*, at p. 60.

[59] Administrative bodies must also be correct in their determinations of true questions of jurisdiction or *vires*. We mention true questions of *vires* to distance ourselves from the extended definitions adopted before *CUPE*. It is important here to take a robust view of jurisdiction. We neither wish nor intend to return to the jurisdiction/preliminary question doctrine that plagued the jurisprudence in this area for many years. "Jurisdiction" is intended in the narrow sense of whether or not the tribunal had the authority to make the inquiry. In other words, true jurisdiction questions arise where the tribunal must explicitly determine whether its statutory grant of power gives it the authority to decide a particular matter. The tribunal must interpret the grant of authority correctly or its action will be found to be *ultra vires* or to constitute a wrongful decline of jurisdiction: D. J. M. Brown and J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf), at pp. 14-3 to 14-6. An example may be found in *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City)*, [2004] 1 S.C.R. 485, 2004 SCC 19. In that case, the issue was whether the City of Calgary was authorized under the relevant municipal acts to enact bylaws limiting the number of taxi plate licences (para. 5, *per* Bastarache J.). That case involved the decision-making powers of a municipality

décision correcte (*Cartaway Resources Corp. (Re)*, [2004] 1 R.C.S. 672, 2004 CSC 26). En clair, l'analyse requise est réputée avoir déjà eu lieu et ne pas devoir être reprise.

[58] À titre d'exemple, il a été établi que la norme de contrôle applicable aux questions touchant au partage des compétences entre le Parlement et les provinces dans la *Loi constitutionnelle de 1867* est celle de la décision correcte : *Westcoast Energy Inc. c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1998] 1 R.C.S. 322. Il ne pouvait en aller autrement pour ces questions et celles touchant par ailleurs à la Constitution à cause du rôle unique des cours de justice visées à l'art. 96 en tant qu'interprètes de la Constitution (*Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54; Mullan, *Administrative Law*, p. 60).

[59] Un organisme administratif doit également statuer correctement sur une question touchant véritablement à la compétence ou à la constitutionnalité. Nous mentionnons la question touchant véritablement à la constitutionnalité afin de nous distancier des définitions larges retenues avant l'arrêt *SCFP*. Il importe en l'espèce de considérer la compétence avec rigueur. Loin de nous l'idée de revenir à la théorie de la compétence ou de la condition préalable qui, dans ce domaine, a pesé sur la jurisprudence pendant de nombreuses années. La « compétence » s'entend au sens strict de la faculté du tribunal administratif de connaître de la question. Autrement dit, une véritable question de compétence se pose lorsque le tribunal administratif doit déterminer expressément si les pouvoirs dont le législateur l'a investi l'autorisent à trancher une question. L'interprétation de ces pouvoirs doit être juste, sinon les actes seront tenus pour *ultra vires* ou assimilés à un refus injustifié d'exercer sa compétence : D. J. M. Brown et J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (feuilles mobiles), p. 14-3 et 14-6. L'affaire *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)*, [2004] 1 R.C.S. 485, 2004 CSC 19, constitue un bon exemple. Il s'agissait de savoir si les dispositions municipales en cause autorisaient la ville de Calgary à limiter par règlement le

and exemplifies a true question of jurisdiction or *vires*. These questions will be narrow. We reiterate the caution of Dickson J. in *CUPE* that reviewing judges must not brand as jurisdictional issues that are doubtfully so.

[60] As mentioned earlier, courts must also continue to substitute their own view of the correct answer where the question at issue is one of general law “that is both of central importance to the legal system as a whole and outside the adjudicator’s specialized area of expertise” (*Toronto (City) v. C.U.P.E.*, at para. 62, *per* LeBel J.). Because of their impact on the administration of justice as a whole, such questions require uniform and consistent answers. Such was the case in *Toronto (City) v. C.U.P.E.*, which dealt with complex common law rules and conflicting jurisprudence on the doctrines of *res judicata* and abuse of process — issues that are at the heart of the administration of justice (see para. 15, *per* Arbour J.).

[61] Questions regarding the jurisdictional lines between two or more competing specialized tribunals have also been subject to review on a correctness basis: *Regina Police Assn. Inc. v. Regina (City) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 S.C.R. 360, 2000 SCC 14; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Quebec (Attorney General)*, [2004] 2 S.C.R. 185, 2004 SCC 39.

[62] In summary, the process of judicial review involves two steps. First, courts ascertain whether the jurisprudence has already determined in a satisfactory manner the degree of deference to be accorded with regard to a particular category of question. Second, where the first inquiry proves unfruitful, courts must proceed to an analysis of the factors making it possible to identify the proper standard of review.

nombre de permis de taxi délivrés (par. 5, le juge Bastarache). Cette affaire relative aux pouvoirs décisionnels d’une municipalité offre un exemple de véritable question de compétence ou de constitutionnalité. L’examen relatif à l’une et l’autre questions a une portée restreinte. Il convient de rappeler la mise en garde du juge Dickson selon laquelle, en cas de doute, il faut se garder de qualifier un point de question de compétence (*SCFP*).

[60] Rappelons que dans le cas d’une question de droit générale « à la fois, d’une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et étrangère au domaine d’expertise de l’arbitre » (*Toronto (Ville) c. S.C.F.P.*, par. 62, le juge LeBel), la cour de révision doit également continuer de substituer à la décision rendue celle qu’elle estime constituer la bonne. Pareille question doit être tranchée de manière uniforme et cohérente étant donné ses répercussions sur l’administration de la justice dans son ensemble. C’est ce que la Cour a conclu dans l’affaire *Toronto (Ville) c. S.C.F.P.*, où étaient en cause des règles de common law complexes ainsi qu’une jurisprudence contradictoire concernant les doctrines de la chose jugée et de l’abus de procédure, des questions qui jouent un rôle central dans l’administration de la justice (par. 15, la juge Arbour).

[61] La norme de la décision correcte s’est également appliquée à la délimitation des compétences respectives de tribunaux spécialisés concurrents : *Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commissioners*, [2000] 1 R.C.S. 360, 2000 CSC 14; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Québec (Procureur général)*, [2004] 2 R.C.S. 185, 2004 CSC 39.

[62] Bref, le processus de contrôle judiciaire se déroule en deux étapes. Premièrement, la cour de révision vérifie si la jurisprudence établit déjà de manière satisfaisante le degré de déférence correspondant à une catégorie de questions en particulier. En second lieu, lorsque cette démarche se révèle infructueuse, elle entreprend l’analyse des éléments qui permettent d’arrêter la bonne norme de contrôle.

[63] The existing approach to determining the appropriate standard of review has commonly been referred to as “pragmatic and functional”. That name is unimportant. Reviewing courts must not get fixated on the label at the expense of a proper understanding of what the inquiry actually entails. Because the phrase “pragmatic and functional approach” may have misguided courts in the past, we prefer to refer simply to the “standard of review analysis” in the future.

[64] The analysis must be contextual. As mentioned above, it is dependent on the application of a number of relevant factors, including: (1) the presence or absence of a privative clause; (2) the purpose of the tribunal as determined by interpretation of enabling legislation; (3) the nature of the question at issue, and; (4) the expertise of the tribunal. In many cases, it will not be necessary to consider all of the factors, as some of them may be determinative in the application of the reasonableness standard in a specific case.

D. Application

[65] Returning to the instant appeal and bearing in mind the foregoing discussion, we must determine the standard of review applicable to the adjudicator’s interpretation of the *PSLRA*, in particular ss. 97(2.1) and 100.1, and s. 20 of the *Civil Service Act*. That standard of review must then be applied to the adjudicator’s decision. In order to determine the applicable standard, we will now examine the factors relevant to the standard of review analysis.

(1) Proper Standard of Review on the Statutory Interpretation Issue

[66] The specific question on this front is whether the combined effect of s. 97(2.1) and s. 100.1 of the *PSLRA* permits the adjudicator to inquire into the employer’s reason for dismissing an employee with notice or pay in lieu of notice. This is a question of law. The question to be answered is therefore whether in light of the privative clause, the regime under which the adjudicator acted, and the nature of the question of law involved, a standard of correctness should apply.

[63] L’analyse qui préside actuellement à la détermination de la norme de contrôle applicable est généralement qualifiée de « pragmatique et fonctionnelle ». Cette appellation importe peu, et la cour de révision ne doit pas s’y attacher au détriment de ce qu’exige réellement la démarche. Il se peut qu’elle ait induit les cours de justice en erreur dans le passé. C’est pourquoi, à l’avenir, nous parlerons simplement d’« analyse relative à la norme de contrôle ».

[64] L’analyse doit être contextuelle. Nous rappelons que son issue dépend de l’application d’un certain nombre de facteurs pertinents, dont (1) l’existence ou l’inexistence d’une clause privative, (2) la raison d’être du tribunal administratif suivant l’interprétation de sa loi habilitante, (3) la nature de la question en cause et (4) l’expertise du tribunal administratif. Dans bien des cas, il n’est pas nécessaire de tenir compte de tous les facteurs, car certains d’entre eux peuvent, dans une affaire donnée, déterminer l’application de la norme de la décision raisonnable.

D. Application

[65] Forts de ces principes, il nous faut maintenant déterminer la norme de contrôle applicable à l’interprétation de la *LRTSP* par l’arbitre, en particulier le par. 97(2.1) et l’art. 100.1, ainsi que de l’art. 20 de la *Loi sur la Fonction publique*, puis l’appliquer à la décision de l’arbitre. Pour arrêter cette norme, nous examinons ci-après les facteurs pertinents pour l’analyse relative à la norme de contrôle.

(1) La norme de contrôle applicable à l’interprétation législative

[66] La question précise soulevée sur ce point est celle de savoir si, ensemble, le par. 97(2.1) et l’art. 100.1 de la *LRTSP* autorisent l’arbitre à s’enquérir des motifs d’un congédiement avec préavis ou indemnité en tenant lieu. Il s’agit d’une question de droit. Il nous faut donc déterminer si, à la lumière de la clause privative, du régime habilitant l’arbitre et de la nature de la question de droit en cause, il convient d’appliquer la norme de la décision correcte.

[67] The adjudicator was appointed and empowered under the *PSLRA*; s. 101(1) of that statute contains a full privative clause, stating in no uncertain terms that “every order, award, direction, decision, declaration or ruling of . . . an adjudicator is final and shall not be questioned or reviewed in any court”. Section 101(2) adds that “[n]o order shall be made or process entered, and no proceedings shall be taken in any court, whether by way of injunction, judicial review, or otherwise, to question, review, prohibit or restrain . . . an adjudicator in any of its or his proceedings.” The inclusion of a full privative clause in the *PSLRA* gives rise to a strong indication that the reasonableness standard of review will apply.

[68] The nature of the regime also favours the standard of reasonableness. This Court has often recognized the relative expertise of labour arbitrators in the interpretation of collective agreements, and counselled that the review of their decisions should be approached with deference: *CUPE*, at pp. 235-36; *Canada Safeway Ltd. v. RWDSU, Local 454*, [1998] 1 S.C.R. 1079, at para. 58; *Voice Construction*, at para. 22. The adjudicator in this case was, in fact, interpreting his enabling statute. Although the adjudicator was appointed on an *ad hoc* basis, he was selected by the mutual agreement of the parties and, at an institutional level, adjudicators acting under the *PSLRA* can be presumed to hold relative expertise in the interpretation of the legislation that gives them their mandate, as well as related legislation that they might often encounter in the course of their functions. See *Alberta Union of Provincial Employees v. Lethbridge Community College*. This factor also suggests a reasonableness standard of review.

[69] The legislative purpose confirms this view of the regime. The *PSLRA* establishes a time- and cost-effective method of resolving employment disputes. It provides an alternative to judicial determination. Section 100.1 of the *PSLRA* defines the adjudicator’s powers in deciding a dispute, but it also provides remedial protection for employees who are not unionized. The remedial nature of s. 100.1 and its provision for timely and binding

[67] L’arbitre a été nommé et investi de pouvoirs en vertu de la *LRTSP*, et le par. 101(1) de celle-ci constitue une clause privative absolue au libellé non équivoque : « toute ordonnance, sentence, directive, décision ou déclaration [. . .] d’un arbitre, est définitive et ne peut être contestée devant aucun tribunal ni révisée par aucun tribunal ». Le paragraphe 101(2) ajoute : « [a]ucune ordonnance ne peut être rendue, aucune action intentée et aucune procédure entamée devant un tribunal, par voie d’injonction, de recours en révision, ou autrement, pour contester, réviser, supprimer ou restreindre les pouvoirs [. . .] d’un arbitre dans l’une quelconque de [ses] procédures ». L’existence d’une clause privative absolue milite clairement en faveur d’un contrôle selon la norme de la raisonabilité.

[68] La nature du régime est également compatible avec l’application de cette norme. La Cour a maintes fois reconnu l’expertise relative de l’arbitre dans l’interprétation d’une convention collective et préconisé le respect de sa décision à cet égard : *SCFP*, p. 235-236; *Canada Safeway Ltd. c. SDGMR, section locale 454*, [1998] 1 R.C.S. 1079, par. 58; *Voice Construction*, par. 22. En l’espèce, l’arbitre a en fait interprété sa loi habilitante. Il a certes été nommé pour régler le différend, mais les parties l’ont choisi de concert. En outre, sur le plan institutionnel, on peut présumer que les arbitres nommés en vertu de la *LRTSP* possèdent une expertise relative dans l’interprétation de la loi dont ils tiennent leur mandat ainsi que des dispositions législatives connexes qu’ils sont souvent appelés à appliquer dans l’exercice de leurs fonctions. Voir l’arrêt *Alberta Union of Provincial Employees c. Lethbridge Community College*. Ce facteur milite aussi en faveur de la norme de la raisonabilité.

[69] L’objectif législatif confirme cette interprétation du régime. La *LRTSP* prévoit à l’égard des différends entre employeurs et employés un mode de règlement rapide et peu coûteux permettant d’éviter la voie judiciaire. Son article 100.1 définit les pouvoirs de l’arbitre appelé à régler un différend, mais il offre également une voie de recours à l’employé non syndiqué. L’accent mis sur la réparation et le règlement rapide et exécutoire des différends donne

settlements of disputes also imply that a reasonableness review is appropriate.

[70] Finally, the nature of the legal question at issue is not one that is of central importance to the legal system and outside the specialized expertise of the adjudicator. This also suggests that the standard of reasonableness should apply.

[71] Considering the privative clause, the nature of the regime, and the nature of the question of law here at issue, we conclude that the appropriate standard is reasonableness. We must now apply that standard to the issue considered by the adjudicator in his preliminary ruling.

(2) Was the Adjudicator's Interpretation Unreasonable?

[72] While we are required to give deference to the determination of the adjudicator, considering the decision in the preliminary ruling as a whole, we are unable to accept that it reaches the standard of reasonableness. The reasoning process of the adjudicator was deeply flawed. It relied on and led to a construction of the statute that fell outside the range of admissible statutory interpretations.

[73] The adjudicator considered the New Brunswick Court of Appeal decision in *Chalmers (Dr. Everett) Hospital v. Mills* as well as amendments made to the *PSLRA* in 1990 (S.N.B. 1990, c. 30). Under the former version of the Act, an employee could grieve “with respect to . . . disciplinary action resulting in discharge, suspension or a financial penalty” (s. 92(1)). The amended legislation grants the right to grieve “with respect to discharge, suspension or a financial penalty” (*PSLRA*, s. 100.1(2)). The adjudicator reasoned that the referential incorporation of s. 97(2.1) in s. 100.1(5) “necessarily means that an adjudicator has jurisdiction to make the determination described in subsection 97(2.1), i.e. that an employee has been discharged or otherwise disciplined for cause” (p. 5). He further stated that an employer “cannot avoid an inquiry into its real reasons for a discharge, or exclude resort to subsection 97(2.1), by simply stating that cause is not alleged” (*ibid.* (emphasis added)). The

à penser qu'un contrôle au regard de la norme de la raisonabilité est indiqué.

[70] Enfin, de par sa nature, la question de droit en cause ne revêt pas une importance capitale pour le système juridique et n'est pas étrangère au domaine d'expertise de l'arbitre, ce qui favorise encore le critère de la raisonabilité.

[71] Compte tenu de la clause privative, de la nature du régime et de celle de la question de droit soulevée, nous arrivons à la conclusion que la norme qui convient est celle de la raisonabilité. Il nous faut donc l'appliquer à la question préalable sur laquelle a statué l'arbitre.

(2) L'interprétation de l'arbitre était-elle déraisonnable?

[72] Même si la retenue s'impose en l'espèce, nous ne pouvons conclure que, considérée dans son ensemble, la décision relative à la question préalable était raisonnable. En effet, le raisonnement de l'arbitre était foncièrement défectueux; il s'appuyait et débouchait sur une interprétation de la loi qui ne faisait pas partie des lectures acceptables.

[73] L'arbitre a tenu compte de l'arrêt *Chalmers (Dr. Everett) Hospital c. Mills*, de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, ainsi que des modifications apportées à la *LRTSP* en 1990 (L.N.-B. 1990, ch. 30). Dans sa version antérieure, celle-ci prévoyait qu'un employé pouvait contester par voie de grief « une mesure disciplinaire entraînant le congédiement, la suspension ou une peine pécuniaire » (par. 92(1)). Dans sa version modifiée, elle confère le droit de présenter un grief « à l'égard du congédiement, de la suspension ou d'une peine pécuniaire » (*LRTSP*, par. 100.1(2)). L'arbitre a jugé que l'incorporation par renvoi du par. 97(2.1) au par. 100.1(5) [TRADUCTION] « confère nécessairement à l'arbitre le pouvoir de prendre la décision visée au paragraphe 97(2.1), c'est-à-dire que l'employé a été congédié ou qu'une mesure disciplinaire a été autrement prise contre lui “pour motif” » (p. 5). Il a indiqué en outre que l'employeur [TRADUCTION] « ne peut se soustraire à l'examen des véritables motifs du

adjudicator concluded that he could determine whether a discharge purportedly with notice or pay in lieu of notice was in reality for cause.

[74] The interpretation of the law is always contextual. The law does not operate in a vacuum. The adjudicator was required to take into account the legal context in which he was to apply the law. The employment relationship between the parties in this case was governed by private law. The contractual terms of employment could not reasonably be ignored. That is made clear by s. 20 of the *Civil Service Act*. Under the ordinary rules of contract, the employer is entitled to discharge an employee for cause, with notice or with pay in lieu of notice. Where the employer chooses to exercise its right to discharge with reasonable notice or pay in lieu thereof, the employer is not required to assert cause for discharge. The grievance process cannot have the effect of changing the terms of the contract of employment. The respondent chose to exercise its right to terminate without alleging cause in this case. By giving the *PSLRA* an interpretation that allowed him to inquire into the reasons for discharge where the employer had the right not to provide — or even have — such reasons, the adjudicator adopted a reasoning process that was fundamentally inconsistent with the employment contract and, thus, fatally flawed. For this reason, the decision does not fall within the range of acceptable outcomes that are defensible in respect of the facts and the law.

[75] The decision of the adjudicator treated the appellant, a non-unionized employee, as a unionized employee. His interpretation of the *PSLRA*, which permits an adjudicator to inquire into the reasons for discharge where notice is given and, under s. 97(2.1), substitute a penalty that he or she determines just and reasonable in the circumstances, creates a requirement that the employer show cause before dismissal. There can be no justification for this; no reasonable interpretation can lead to that result. Section 100.1(5) incorporates s. 97(2.1) by reference into the determination of grievances brought by non-unionized employees.

congédiement ni écarter l'application du paragraphe 97(2.1) en s'abstenant simplement d'invoquer un motif » (*ibid.* (nous soulignons)). Il a conclu qu'il pouvait déterminer si un congédiement avec préavis ou indemnité en tenant lieu constituait en fait un congédiement pour motif.

[74] L'interprétation du droit est toujours contextuelle. Une disposition ne s'applique pas en vase clos. L'arbitre devait tenir compte du contexte juridique dans lequel il lui fallait appliquer les dispositions en cause. En l'espèce, le lien d'emploi entre les parties ressortissait au droit privé. Il ne pouvait raisonnablement être fait abstraction des clauses du contrat d'emploi. L'article 20 de la *Loi sur la Fonction publique* est clair à ce sujet. Suivant les règles contractuelles ordinaires, l'employeur peut congédier un employé pour motif, avec préavis ou indemnité en tenant lieu. S'il opte pour le congédiement avec préavis raisonnable ou indemnité en tenant lieu, il n'a pas à invoquer de motif. La procédure de grief ne saurait modifier le contenu du contrat d'emploi. En l'espèce, l'intimée a décidé d'exercer son droit de mettre fin à l'emploi sans invoquer de motif. En concluant que la *LRTSP* lui permettait de rechercher les motifs du congédiement, alors que l'employeur avait le droit de ne pas les préciser, et même, de ne pas en avoir, l'arbitre a tenu un raisonnement foncièrement incompatible avec le contrat d'emploi et, de ce fait, entaché d'un vice fatal. C'est pourquoi sa décision ne fait pas partie des issues acceptables au regard des faits et du droit.

[75] Dans sa décision, l'arbitre a considéré l'appelant comme un employé syndiqué alors qu'il n'en était pas un. L'interprétation de la *LRTSP* suivant laquelle l'arbitre peut s'enquérir des motifs d'un congédiement avec préavis et, en vertu du par. 97(2.1), substituer la peine qui lui paraît juste et raisonnable dans les circonstances, oblige l'employeur à justifier au préalable le congédiement. Or, rien ne justifie pareil résultat, et nulle interprétation raisonnable ne saurait y aboutir. Le paragraphe 100.1(5) incorpore le par. 97(2.1) à la procédure de grief dans le cas d'un employé non syndiqué. Les employés assujettis à la *LRTSP* sont généralement

The employees subject to the *PSLRA* are usually unionized and the terms of their employment are determined by collective agreement; s. 97(2.1) explicitly refers to the collective agreement context. Section 100.1(5) referentially incorporates s. 97(2.1) *mutatis mutandis* into the non-collective agreement context so that non-unionized employees who are discharged *for cause and without notice* have the right to grieve the discharge and have the adjudicator substitute another penalty as seems just and reasonable in the circumstances. Therefore, the combined effect of s. 97(2.1) and s. 100.1 cannot, on any reasonable interpretation, remove the employer's right under contract law to discharge an employee with reasonable notice or pay in lieu of notice.

[76] The interpretation of the adjudicator was simply unreasonable in the context of the legislative wording and the larger labour context in which it is embedded. It must be set aside. Nevertheless, it must be acknowledged that his interpretation of the *PSLRA* was ultimately inconsequential to the overall determination of the grievance, since the adjudicator made no finding as to whether the discharge was or was not, in fact, for cause. The decision on the merits, which resulted in an order that the appellant be reinstated, instead turned on the adjudicator's decision on a separate issue — whether the appellant was entitled to and, if so, received procedural fairness with regard to the employer's decision to terminate his employment. This issue is discrete and isolated from the statutory interpretation issue, and it raises very different considerations.

IV. Issue 2: Review of the Adjudicator's Procedural Fairness Determination

[77] Procedural fairness has many faces. It is at issue where an administrative body may have prescribed rules of procedure that have been breached. It is also concerned with general principles involving the right to answer and defence where one's rights are affected. In this case, the appellant raised in his grievance letter that the reasons for the employer's dissatisfaction were not specified and that he did not have a reasonable opportunity to respond to the employer's concerns. There was,

syndiqués et une convention collective établit leurs conditions d'emploi; le par. 97(2.1) renvoie expressément au contexte de l'application d'une convention collective. Le paragraphe 100.1(5) intègre le par. 97(2.1) par renvoi, avec les adaptations nécessaires, au contexte de la non-application d'une convention collective, de façon que l'employé non syndiqué qui est congédié *pour motif et sans préavis* puisse contester le congédiement par voie de grief et obtenir de l'arbitre qu'il substitue une autre peine, selon ce qui lui semble juste et raisonnable dans les circonstances. L'application concomitante du par. 97(2.1) et de l'art. 100.1 ne saurait donc raisonnablement supprimer le droit contractuel de l'employeur de congédier un employé avec préavis raisonnable ou indemnité en tenant lieu.

[76] L'interprétation de la *LRTSP* par l'arbitre était tout simplement déraisonnable eu égard au texte de la loi et au contexte plus large des relations de travail dans lequel elle s'insérait. Elle doit être écartée. Il faut toutefois reconnaître que cette interprétation n'a finalement pas influencé le règlement global du grief, car l'arbitre n'a pas conclu qu'il s'agissait ou non d'un congédiement pour motif. La décision sur le fond et, partant, l'ordonnance de réintégration découlent plutôt de la conclusion de l'arbitre sur un autre point : l'appellant avait-il droit à l'équité procédurale et si oui, l'employeur a-t-il respecté son obligation à cet égard en décidant de mettre fin à l'emploi? Il s'agit d'une question totalement distincte de celle de l'interprétation législative et qui fait intervenir des considérations très différentes.

IV. Second volet : Contrôle de la décision de l'arbitre concernant l'équité procédurale

[77] L'équité procédurale comporte de nombreuses facettes. Elle peut être mise en doute lorsque les règles de procédure établies par un organisme administratif n'ont pas été respectées. Elle sous-tend aussi les principes généraux permettant à une personne de répondre à une allégation et de se défendre lorsque ses droits sont atteints. Dans la présente affaire, l'appellant a fait valoir dans son grief que les motifs d'insatisfaction de l'employeur n'avaient pas été précisés et qu'il n'avait pas eu la

in his view, lack of due process and a breach of procedural fairness.

[78] The procedural fairness issue was dealt with only briefly by the Court of Appeal. Robertson J.A. mentioned at the end of his reasons that a duty of fairness did not arise in this case since the appellant had been terminated with notice and had exercised his right to grieve. Before this Court, however, the appellant argued that he was entitled to procedural fairness as a result of this Court's jurisprudence. Although ultimately we do not agree with the appellant, his contention raises important issues that need to be examined more fully.

A. *Duty of Fairness*

[79] Procedural fairness is a cornerstone of modern Canadian administrative law. Public decision makers are required to act fairly in coming to decisions that affect the rights, privileges or interests of an individual. Thus stated the principle is easy to grasp. It is not, however, always easy to apply. As has been noted many times, "the concept of procedural fairness is eminently variable and its content is to be decided in the specific context of each case" (*Knight*, at p. 682; *Baker*, at para. 21; *Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, [2002] 1 S.C.R. 249, 2002 SCC 11, at paras. 74-75).

[80] This case raises the issue of the extent to which a duty of fairness applies to the dismissal of a public employee pursuant to a contract of employment. The grievance adjudicator concluded that the appellant had been denied procedural fairness because he had not been granted a hearing by the employer before being dismissed with four months' pay in lieu of notice. This conclusion was said to flow from this Court's decision in *Knight*, where it was held that the holder of an office "at pleasure" was entitled to be given the reasons for his or her dismissal and an opportunity to be heard before being dismissed (p. 683).

[81] We are of the view that the principles established in *Knight* relating to the applicability of a duty of fairness in the context of public employment

possibilité raisonnable d'y répondre. À son avis, il n'y avait eu ni application régulière de la loi ni équité procédurale.

[78] La Cour d'appel n'a fait qu'effleurer la question de l'équité procédurale. Le juge Robertson a mentionné à la fin de ses motifs qu'il n'y avait pas d'obligation d'équité en l'espèce car l'appelant avait été congédié avec préavis et avait exercé son droit de présenter un grief. L'appelant soutient toutefois devant nous que suivant la jurisprudence de la Cour, il avait droit à l'équité procédurale. Même si, en fin de compte, sa prétention doit être rejetée, elle soulève d'importantes questions qu'il importe d'examiner plus avant.

A. *L'obligation d'équité*

[79] L'équité procédurale est un fondement du droit administratif canadien moderne. Les décideurs publics sont tenus de faire preuve d'équité lorsqu'ils prennent des décisions touchant les droits, les privilèges ou les biens d'une personne. Le principe paraît simple, mais son application n'est pas toujours facile. Comme on l'a signalé maintes fois, « la notion d'équité procédurale est éminemment variable et son contenu est tributaire du contexte particulier de chaque cas » (*Knight*, p. 682; *Baker*, par. 21; *Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249, 2002 CSC 11, par. 74-75).

[80] Le présent pourvoi soulève la question de savoir dans quelle mesure l'obligation d'équité s'applique à l'employeur qui congédie un fonctionnaire conformément à un contrat d'emploi. L'arbitre a conclu que l'appelant n'avait pas bénéficié de l'équité procédurale parce qu'il n'avait pas été entendu par l'employeur avant d'être congédié sur versement d'une indemnité de quatre mois de salaire tenant lieu de préavis. Il a dit se fonder sur l'arrêt *Knight* où la Cour a statué que le titulaire d'une charge à titre amovible a le droit de connaître les motifs de son renvoi et d'être entendu au préalable (p. 683).

[81] Nous sommes d'avis qu'il y a lieu de revenir sur les principes établis dans l'arrêt *Knight* à propos de l'obligation d'équité dans le contexte

merit reconsideration. While the majority opinion in *Knight* properly recognized the important place of a general duty of fairness in administrative law, in our opinion, it incorrectly analyzed the effects of a contract of employment on such a duty. The majority in *Knight* proceeded on the premise that a duty of fairness based on public law applied unless expressly excluded by the employment contract or the statute (p. 681), without consideration of the terms of the contract with regard to fairness issues. It also upheld the distinction between office holders and contractual employees for procedural fairness purposes (pp. 670-76). In our view, what matters is the nature of the employment relationship between the public employee and the public employer. Where a public employee is employed under a contract of employment, regardless of his or her status as a public office holder, the applicable law governing his or her dismissal is the law of contract, not general principles arising out of public law. What *Knight* truly stands for is the principle that there is always a recourse available where the employee is an office holder and the applicable law leaves him or her without any protection whatsoever when dismissed.

[82] This conclusion does not detract from the general duty of fairness owed by administrative decision makers. Rather it acknowledges that in the specific context of dismissal from public employment, disputes should be viewed through the lens of contract law rather than public law.

[83] In order to understand why a reconsideration of *Knight* is warranted, it is necessary to review the development of the duty of fairness in Canadian administrative law. As we shall see, its development in the public employment context was intimately related to the distinction between public office holders and contractual employees, a distinction which, in our view, has become increasingly difficult to maintain both in principle and in practice.

(1) The Preliminary Issue of Jurisdiction

[84] Before dealing with the scope of the duty of fairness in this case, a word should be said about the respondent's preliminary objection to the jurisdiction of the adjudicator under the *PSLRA*

de l'emploi dans la fonction publique. Bien que, dans cet arrêt, les juges majoritaires aient à juste titre reconnu l'importance d'une obligation générale d'équité en droit administratif, ils n'ont pas correctement analysé, selon nous, les effets d'un contrat d'emploi sur cette obligation. Ils sont partis du principe qu'il y a obligation d'équité fondée sur le droit public à moins que le contrat d'emploi ou la loi ne l'écarte expressément (p. 681), sans égard aux dispositions du contrat touchant à l'équité. Ils ont également confirmé la distinction entre le titulaire d'une charge et l'employé contractuel pour ce qui est du droit à l'équité procédurale (p. 670-676). Selon nous, la nature du lien d'emploi entre l'employé et l'employeur du secteur public est déterminante. En présence d'un contrat d'emploi, le renvoi de l'employé, que ce dernier soit ou non titulaire d'une charge publique, est régi par le droit contractuel, et non par les principes généraux du droit public. Le véritable principe qui se dégage de l'arrêt *Knight* est que le titulaire d'une charge auquel le droit applicable n'offre aucune protection en cas de renvoi dispose toujours d'un recours.

[82] Cette conclusion n'affaiblit pas l'obligation générale faite aux décideurs administratifs d'agir avec équité. Elle reconnaît plutôt que dans le contexte particulier du renvoi de la fonction publique, c'est le droit contractuel, et non le droit public, qui préside au règlement des différends.

[83] Pour comprendre la nécessité d'un réexamen de l'arrêt *Knight*, il faut retracer l'évolution de l'obligation d'équité en droit administratif canadien. Comme nous le verrons, dans le contexte de l'emploi dans la fonction publique, cette évolution est étroitement liée à la distinction entre titulaire de charge publique et employé contractuel, une distinction qui, à notre avis, soulève de plus en plus de difficultés en théorie et en pratique.

(1) La question préalable de la compétence

[84] Avant d'examiner l'étendue de l'obligation d'équité en l'espèce, nous nous penchons brièvement sur l'objection préliminaire de l'intimé selon laquelle l'arbitre n'a pas compétence, sous le

to consider procedural fairness. The respondent argues that allowing adjudicators to consider procedural fairness risks granting them the inherent powers of a court. We disagree. We can see nothing problematic with a grievance adjudicator considering a public law duty of fairness issue where such a duty exists. It falls squarely within the adjudicator's task to resolve a grievance. However, as will be explained below, the proper approach is to first identify the nature of the employment relationship and the applicable law. Where, as here, the relationship is contractual, a public law duty of fairness is not engaged and therefore should play no role in resolving the grievance.

(2) The Development of the Duty of Fairness in Canadian Public Law

[85] In Canada, the modern concept of procedural fairness in administrative law was inspired by the House of Lords' landmark decision in *Ridge v. Baldwin*, [1963] 2 All E.R. 66, a case which involved the summary dismissal of the chief constable of Brighton. The House of Lords declared the chief constable's dismissal a nullity on the grounds that the administrative body which had dismissed him had failed to provide the reasons for his dismissal or to accord him an opportunity to be heard in violation of the rules of natural justice. Central to the reasoning in the case was Lord Reid's distinction between (i) master-servant relationships (i.e. contractual employment), (ii) offices held "at pleasure", and (iii) offices where there must be cause for dismissal, which included the chief constable's position. According to Lord Reid, only the last category of persons was entitled to procedural fairness in relation to their dismissal since both contractual employees and office holders employed "at pleasure" could be dismissed without reason (p. 72). As the authors Wade and Forsyth note that, after a period of retreat from imposing procedural fairness requirements on administrative decision makers, *Ridge v. Baldwin* "marked an important change of judicial policy, indicating that natural justice was restored to favour and would be applied on a wide basis" (W. Wade and C. Forsyth, *Administrative Law* (8th ed. 2000), at p. 438).

régime de la *LRTSP*, pour connaître de questions liées à l'équité procédurale. L'intimée soutient qu'autoriser l'arbitre à se prononcer sur l'équité procédurale pourrait revenir à lui conférer les pouvoirs inhérents d'une cour de justice. Nous ne sommes pas de cet avis. Rien ne s'oppose à ce que l'arbitre saisi d'un grief examine une question touchant à l'obligation d'équité en droit public lorsqu'une telle obligation existe. Cela ressortit clairement à son mandat de régler le grief. Toutefois, comme nous le verrons plus loin, il convient d'abord de définir la nature du lien d'emploi et le droit applicable. Lorsque, comme en l'espèce, le lien est contractuel, l'obligation d'équité en droit public ne saurait jouer dans le règlement du grief.

(2) L'évolution de l'obligation d'équité en droit public canadien

[85] En droit administratif canadien, la notion moderne d'équité procédurale tire son origine de l'arrêt de principe *Ridge c. Baldwin*, [1963] 2 All E.R. 66, où la Chambre des lords a annulé le congédiement sommaire du chef de police de Brighton au motif que le décideur administratif n'avait pas motivé le renvoi ni donné à l'intéressé la possibilité de se faire entendre, contrevenant ainsi aux règles de justice naturelle. Lord Reid a axé son raisonnement sur la distinction entre (i) l'occupation d'un poste à titre d'employé (lien contractuel), (ii) l'occupation d'une charge à titre amovible et (iii) l'occupation d'un poste dont le titulaire ne peut être renvoyé que pour motif valable, tel celui du chef de police. Selon lui, seul ce dernier type de fonction conférait le droit à l'équité procédurale en cas de renvoi, car l'employé contractuel et le titulaire de charge à titre amovible pouvaient être renvoyés sans motif (p. 72). Comme le signalent Wade et Forsyth, après que l'assujettissement des décideurs administratifs à l'obligation d'équité procédurale eut connu un recul, l'arrêt *Ridge c. Baldwin* [TRADUCTION] « a substantiellement modifié la politique judiciaire en indiquant que la justice naturelle reprenait du service et s'appliquerait désormais largement » (W. Wade et C. Forsyth, *Administrative Law* (8^e éd. 2000), p. 438).

[86] The principles established by *Ridge v. Baldwin* were followed by this Court in *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311. *Nicholson*, like its U.K. predecessor, marked the return to a less rigid approach to natural justice in Canada (see Brown and Evans, at pp. 7-5 to 7-9). *Nicholson* concerned the summary dismissal of a probationary police officer by a regional board of police commissioners. Laskin C.J., for the majority, at p. 328, declared the dismissal void on the ground that the officer fell into Lord Reid's third category and was therefore entitled to the same procedural protections as in *Ridge v. Baldwin*.

[87] Although *Ridge v. Baldwin* and *Nicholson* were concerned with procedural fairness in the context of the dismissal of public office holders, the concept of fairness was quickly extended to other types of administrative decisions (see e.g. *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602; *Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia*, [1980] 1 S.C.R. 1105; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735). In *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, Le Dain J. stated that the duty of fairness was a general principle of law applicable to all public authorities:

This Court has affirmed that there is, as a general common law principle, a duty of procedural fairness lying on every public authority making an administrative decision which is not of a legislative nature and which affects the rights, privileges or interests of an individual [p. 653]

(See also *Baker*, at para. 20.)

[88] In *Knight*, the Court relied on the statement of Le Dain J. in *Cardinal v. Director of Kent Institution* that the existence of a general duty to act fairly will depend on "(i) the nature of the decision to be made by the administrative body; (ii) the relationship existing between that body and the

[86] Dans l'affaire *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311, notre Cour a suivi les principes établis par l'arrêt *Ridge c. Baldwin*. Comme son prédécesseur britannique, l'arrêt *Nicholson* a marqué le retour au Canada d'une conception moins rigide de la justice naturelle (voir Brown et Evans, p. 7-5 à 7-9). Le litige portait sur le congédiement sommaire d'un policier stagiaire par un comité régional des services de police. Au nom des juges majoritaires, le juge en chef Laskin (p. 328) a annulé le congédiement, estimant que le policier appartenait à la troisième catégorie établie par lord Reid, de sorte qu'il avait droit à la garantie procédurale reconnue dans l'arrêt *Ridge c. Baldwin*.

[87] Dans les affaires *Ridge c. Baldwin* et *Nicholson*, les cours de justice ont appliqué l'équité procédurale à la décision de congédier le titulaire d'une charge publique, mais elles ont tôt fait d'y assujettir par la suite d'autres types de décision administrative (voir notamment *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602; *Kane c. Conseil d'administration de l'Université de la Colombie-Britannique*, [1980] 1 R.C.S. 1105; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735). Dans l'arrêt *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, au nom de la Cour, le juge Le Dain a vu dans l'obligation d'équité un principe de droit général applicable à tout organisme public :

[La] Cour a confirmé que, à titre de principe général de *common law*, une obligation de respecter l'équité dans la procédure incombe à tout organisme public qui rend des décisions administratives qui ne sont pas de nature législative et qui touchent les droits, privilèges ou biens d'une personne . . . [p. 653]

(Voir aussi l'arrêt *Baker*, par. 20.)

[88] Dans l'arrêt *Knight*, la Cour s'est appuyée sur les propos du juge Le Dain dans l'arrêt *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent* selon lesquels l'existence d'une obligation générale d'agir équitablement dépend de ce qui suit : « (i) la nature de la décision qui doit être rendue par l'organisme

individual; and (iii) the effect of that decision on the individual's rights" (*Knight*, at p. 669).

[89] The dispute in *Knight* centred on whether a board of education had failed to accord procedural fairness when it dismissed a director of education with three months' notice pursuant to his contract of employment. The main issue was whether the director's employment relationship with the school board was one that attracted a public law duty of fairness. L'Heureux-Dubé J., for the majority, held that it did attract such a duty on the ground that the director's position had a "strong 'statutory flavour'" and could thus be qualified as a public office (p. 672). In doing so, she specifically recognized that, contrary to Lord Reid's holding in *Ridge v. Baldwin*, holders of an office "at pleasure", were also entitled to procedural fairness before being dismissed (pp. 673-74). The fact that the director's written contract of employment specifically provided that he could be dismissed with three months' notice was held not to be enough to displace a public law duty to act fairly (p. 681).

[90] From these foundational cases, procedural fairness has grown to become a central principle of Canadian administrative law. Its overarching purpose is not difficult to discern: administrative decision makers, in the exercise of public powers, should act fairly in coming to decisions that affect the interests of individuals. In other words, "[t]he observance of fair procedures is central to the notion of the 'just' exercise of power" (Brown and Evans, at p. 7-3). What is less clear, however, is whether this purpose is served by imposing public law procedural fairness requirements on public bodies in the exercise of their contractual rights as employers.

(3) Procedural Fairness in the Public Employment Context

[91] *Ridge v. Baldwin* and *Nicholson* established that a public employee's right to procedural fairness

administratif en question, (ii) la relation existant entre cet organisme et le particulier, et (iii) l'effet de cette décision sur les droits du particulier » (arrêt *Knight*, p. 669).

[89] L'affaire *Knight* soulevait la question de savoir si un conseil scolaire avait manqué à son obligation d'équité procédurale en congédiant un directeur de l'enseignement avec un préavis de trois mois conformément à son contrat d'emploi. La Cour devait principalement trancher si le lien d'emploi entre le directeur et le conseil scolaire faisait naître une obligation d'équité en droit public. Au nom des juges majoritaires, la juge L'Heureux-Dubé a conclu que tel était le cas, car le poste du directeur s'apparentait fortement à un poste d'origine législative et pouvait donc être assimilé à une charge publique (p. 672). Du coup, à l'opposé de lord Reid dans l'affaire *Ridge c. Baldwin*, elle a expressément reconnu que le titulaire d'une charge à titre amovible avait également droit au respect de l'équité procédurale en cas de congédiement (p. 673-674). La juge L'Heureux-Dubé a estimé que la clause du contrat d'emploi prévoyant que le directeur pouvait être congédié moyennant un préavis de trois mois n'était pas suffisante pour écarter l'obligation d'équité en droit public (p. 681).

[90] Ces arrêts fondateurs ont fait de l'équité procédurale un principe fondamental du droit administratif canadien dont l'objectif primordial se conçoit aisément : dans l'exercice de ses pouvoirs publics, le décideur administratif doit agir avec équité lorsqu'il rend une décision touchant les droits d'un administré. Autrement dit, [TRADUCTION] « [l]e respect de l'équité dans la procédure est essentiel à la notion d'exercice "équitable" du pouvoir » (Brown et Evans, p. 7-3). On peut toutefois se demander si l'obligation faite à un organisme public d'observer les exigences de l'équité procédurale dans l'exercice de ses droits contractuels en tant qu'employeur contribue à la réalisation de cet objectif.

(3) L'équité procédurale dans la fonction publique

[91] Les arrêts *Ridge c. Baldwin* et *Nicholson* ont établi qu'un employé du secteur public a droit

depended on his or her status as an office holder. While *Knight* extended a duty of fairness to office holders during pleasure, it nevertheless upheld the distinction between office holders and contractual employees as an important criterion in establishing whether a duty of fairness was owed. Courts have continued to rely on this distinction, either extending or denying procedural protections depending on the characterization of the public employee's legal status as an office holder or contractual employee (see e.g. *Reglin v. Creston (Town)* (2004), 34 C.C.E.L. (3d) 123, 2004 BCSC 790; *Gismondi v. Toronto (City)* (2003), 64 O.R. (3d) 688 (C.A.); *Seshia v. Health Sciences Centre* (2001), 160 Man. R. (2d) 41, 2001 MBCA 151; *Rosen v. Saskatoon District Health Board* (2001), 202 D.L.R. (4th) 35, 2001 SKCA 83; *Hanis v. Teevan* (1998), 111 O.A.C. 91; *Gerrard v. Sackville (Town)* (1992), 124 N.B.R. (2d) 70 (C.A.)).

[92] In practice, a clear distinction between office holders and contractual employees has been difficult to maintain:

Although the law makes such a sharp distinction between office and service in theory, in practice it may be difficult to tell which is which. For tax purposes “office” has long been defined as a “subsisting, permanent substantive position which has an existence independent of the person who fills it”, but for the purposes of natural justice the test may not be the same. Nor need an office necessarily be statutory, although nearly all public offices of importance in administrative law are statutory. A statutory public authority may have many employees who are in law merely its servants, and others of higher grades who are office-holders.

(Wade and Forsyth, at pp. 532-33)

[93] Lord Wilberforce noted that attempting to separate office holders from contractual employees

involves the risk of a compartmental approach which, although convenient as a solvent, may lead to narrower distinctions than are appropriate to the broader issues of administrative law. A comparative list of situations in which persons have been held entitled or not entitled to a hearing, or to observation of rules of natural

à l'équité procédurale s'il est titulaire d'une charge. Bien que l'arrêt *Knight* en ait fait également bénéficier le titulaire de charge à titre amovible, il a quand même retenu comme critère important à cet égard la distinction entre le titulaire de charge et l'employé contractuel. Les cours de justices ont continué d'appliquer cette distinction pour reconnaître ou non ce droit selon que le fonctionnaire est titulaire de charge ou employé contractuel (voir notamment *Reglin c. Creston (Town)* (2004), 34 C.C.E.L. (3d) 123, 2004 BCSC 790; *Gismondi c. Toronto (City)* (2003), 64 O.R. (3d) 688 (C.A.); *Seshia c. Health Sciences Centre* (2001), 160 Man. R. (2d) 41, 2001 MBCA 151; *Rosen c. Saskatoon District Health Board* (2001), 202 D.L.R. (4th) 35, 2001 SKCA 83; *Hanis c. Teevan* (1998), 111 O.A.C. 91; *Gerrard c. Sackville (Ville)* (1992), 124 R.N.-B. (2^e) 70 (C.A.)).

[92] En pratique, toutefois, la distinction entre le titulaire d'une charge et l'employé contractuel s'est révélée difficile à appliquer :

[TRADUCTION] Même si, en théorie, le droit fait une nette distinction entre charge et emploi, en pratique, il peut être difficile de les différencier. En matière fiscale, la « charge » est depuis longtemps définie comme « un poste durable, permanent et important qui existe indépendamment de la personne qui l'occupe ». Mais pour les besoins de la justice naturelle, le critère peut différer. Il n'est pas nécessaire non plus que la charge soit établie par une loi, bien que ce soit le cas de presque toutes les charges publiques d'importance en droit administratif. Un organisme public créé par une loi peut compter à son service de nombreuses personnes qui, légalement, sont de simples employés et d'autres, plus élevées dans la hiérarchie, qui sont titulaires d'une charge.

(Wade et Forsyth, p. 532-533)

[93] Lord Wilberforce a signalé que la démarche consistant à établir une distinction entre le titulaire de charge et l'employé contractuel

[TRADUCTION] peut mener à une analyse compartimentée qui, malgré la solution qu'elle offre, peut donner lieu à des distinctions trop ténues pour le règlement des questions plus générales qui se posent en droit administratif. L'énumération comparative des situations dans lesquelles on a reconnu ou non le droit d'être entendu ou

justice, according to the master and servant test, looks illogical and even bizarre.

(*Malloch v. Aberdeen Corp.*, [1971] 2 All E.R. 1278 (H.L.), at p. 1294)

[94] There is no reason to think that the distinction has been easier to apply in Canada. In *Knight*, as has been noted, the majority judgment relied on whether the public employee's position had a "strong 'statutory flavour'" (p. 672), but as Brown and Evans observe, "there is no simple test for determining whether there is a sufficiently strong 'statutory flavour' to a job for it to be classified as an 'office'" (p. 7-19). This has led to uncertainty as to whether procedural fairness attaches to particular positions. For instance, there are conflicting decisions on whether the position of a "middle manager" in a municipality is sufficiently important to attract a duty of fairness (compare *Gismondì*, at para. 53, and *Hughes v. Moncton (City)* (1990), 111 N.B.R. (2d) 184 (Q.B.), aff'd (1991), 118 N.B.R. (2d) 306 (C.A.)). Similarly, physicians working in the public health system may or may not be entitled to a duty of fairness (compare *Seshia* and *Rosen v. Saskatoon District Health Board*, [2000] 4 W.W.R. 606, 2000 SKQB 40).

[95] Further complicating the distinction is the fact that public employment is for the most part now viewed as a regular contractual employment relationship. The traditional position at common law was that public servants were literally "servants of the Crown" and could therefore be dismissed at will. However, it is now recognized that most public employees are employed on a contractual basis: *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199.

[96] *Wells* concerned the dismissal without compensation of a public office holder whose position had been abolished by statute. The Court held that, while *Wells*' position was created by statute, his employment relationship with the Crown was contractual and therefore he was entitled to be compensated for breach of contract according

le droit au respect de la justice naturelle, selon le lien de subordination, paraît illogique, voire bizarre.

(*Malloch c. Aberdeen Corp.*, [1971] 2 All E.R. 1278 (H.L.), p. 1294)

[94] Il n'y a pas lieu de penser que la distinction a été plus aisée au Canada. Dans l'affaire *Knight*, on l'a vu, les juges majoritaires se sont demandé si le poste de l'employé du secteur public s'apparentait fortement à un poste d'origine législative (p. 672). Brown et Evans signalent toutefois [TRADUCTION] « qu'aucun critère simple ne permet de déterminer qu'un poste s'apparente assez fortement à un poste d'origine législative pour qu'il soit qualifié de "charge" » (p. 7-19), d'où l'incertitude quant à savoir si l'équité procédurale s'applique à certains postes. Des décisions contradictoires ont d'ailleurs été rendues sur la question de savoir si le poste de « cadre intermédiaire » d'un fonctionnaire municipal était assez important pour faire naître l'obligation d'équité (comparer *Gismondì*, par. 53, et *Hughes c. Moncton (Ville)* (1990), 111 R.N.-B. (2^e) 184 (B.R.), conf. par (1991), 118 R.N.-B. (2^e) 306 (C.A.)). De même, l'obligation d'équité peut s'appliquer ou non au médecin travaillant pour le régime de santé public (comparer *Seshia*, et *Rosen c. Saskatoon District Health Board*, [2000] 4 W.W.R. 606, 2000 SKQB 40).

[95] La distinction est d'autant plus difficile à établir que, de nos jours, un emploi dans la fonction publique est généralement assimilé à un emploi contractuel ordinaire. Auparavant, en common law, les fonctionnaires étaient considérés comme de véritables « employés personnels de la Couronne » et pouvaient donc être congédiés à volonté. Toutefois, il est désormais établi que la plupart des fonctionnaires ont un lien d'emploi contractuel : *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199.

[96] L'arrêt *Wells* porte sur le renvoi sans indemnité d'un titulaire de charge publique dont le poste avait été aboli par la loi. La Cour a statué que malgré l'origine législative de son poste, M. Wells avait un lien d'emploi contractuel avec l'État, de sorte qu'il avait droit à une indemnité pour rupture de contrat suivant les règles habituelles du droit privé. Cet

to ordinary private law principles. Indeed, *Wells* recognized that most civil servants and public officers are employed under contracts of employment, either as members of unions bound by collective agreements or as non-unionized employees under individual contracts of employment (paras. 20-21 and 29-32). Only certain officers, like ministers of the Crown and “others who fulfill constitutionally defined state roles”, do not have a contractual relationship with the Crown, since the terms of their positions cannot be modified by agreement (*Wells*, at paras. 29-32).

[97] The effect of *Wells*, as Professors Hogg and Monahan note, is that

[t]he government’s common law relationship with its employees will now be governed, for the most part, by the general law of contract, in the same way as private employment relationships. This does not mean that governments cannot provide for a right to terminate employment contracts at pleasure. However, if the government wishes to have such a right, it must either contract for it or make provision (expressly or by necessary implication) by way of statute.

(P. W. Hogg and P. J. Monahan, *Liability of the Crown* (3rd ed. 2000), at p. 240)

The important point for our purposes is that *Wells* confirmed that most public office holders have a contractual employment relationship. Of course, office holders’ positions will also often be governed by statute and regulations, but the essence of the employment relationship is still contractual. In this context, attempting to make a clear distinction between office holders and contractual employees for the purposes of procedural fairness becomes even more difficult.

[98] If the distinction has become difficult to maintain in practice, it is also increasingly hard to justify in principle. There would appear to be three main reasons for distinguishing between office holders and contractual employees and for extending procedural fairness protections only to the former, all of which, in our view, are problematic.

[99] First, historically, offices were viewed as a form of property, and thus could be recovered by

arrêt a en effet reconnu que l’emploi de la plupart des fonctionnaires et hauts fonctionnaires est régi par un contrat — une convention collective lorsque l’intéressé est membre d’un syndicat ou un contrat individuel de travail lorsqu’il ne l’est pas (par. 20-21 et 29-32). Seuls les titulaires de certains postes, tels les ministres de la Couronne et « d’autres personnes qui remplissent au sein de l’État des rôles définis constitutionnellement » n’ont pas de relations contractuelles avec l’État puisque leurs conditions d’emploi ne peuvent être modifiées de gré à gré (*Wells*, par. 29-32).

[97] Voici comment les professeurs Hogg et Monahan décrivent les retombées de l’arrêt *Wells* :

[TRADUCTION] En droit commun, la relation entre l’État et ses employés sera désormais régie, pour l’essentiel, par le droit général des contrats, tout comme la relation d’emploi entre parties privées. Cela n’empêchera pas l’État de prévoir le droit de mettre fin à un contrat d’emploi à son gré. Cependant, pour qu’il puisse s’en prévaloir, ce droit devra figurer dans le contrat ou être prévu (expressément ou par déduction nécessaire) dans la loi.

(P. W. Hogg et P. J. Monahan, *Liability of the Crown* (3^e éd. 2000), p. 240)

Pour les besoins du présent pourvoi, l’arrêt *Wells* confirme surtout la nature contractuelle du lien d’emploi de la plupart des titulaires de charge publique. Évidemment, il arrive souvent qu’une charge soit par ailleurs assujettie à des dispositions législatives ou réglementaires, mais le lien d’emploi demeure essentiellement contractuel. Dans ce contexte, il est encore plus difficile d’établir une nette distinction entre le titulaire de charge et l’employé contractuel pour ce qui est du droit à l’équité procédurale.

[98] Si la distinction se révèle elle-même difficile en pratique, sa justification théorique l’est elle aussi de plus en plus. Trois raisons principales sont invoquées pour distinguer le titulaire de charge de l’employé contractuel et n’accorder le bénéfice de l’équité procédurale qu’au premier, mais à notre avis, elles posent toutes problème.

[99] La première raison réside dans le fait qu’autrefois, la charge était considérée comme un bien, de

the office holder who was removed contrary to the principles of natural justice. Employees who were dismissed in breach of their contract, however, could only sue for damages, since specific performance is not generally available for contracts for personal service (Wade and Forsyth, at pp. 531-32). This conception of public office has long since faded from our law: public offices are no longer treated as a form of private property.

[100] A second and more persuasive reason for the distinction is that dismissal from public office involves the exercise of delegated statutory power and should therefore be subject to public law controls like any other administrative decision (*Knight*, at p. 675; *Malloch*, at p. 1293, *per* Lord Wilberforce). In contrast, the dismissal of a contractual employee only implicates a public authority's private law rights as an employer.

[101] A third reason is that, unlike contractual employees, office holders did not typically benefit from contractual rights protecting them from summary discharge. This was true of the public office holders in *Ridge v. Baldwin* and *Nicholson*. Indeed, in both cases the statutory language purported to authorize dismissal without notice. The holders of an office "at pleasure" were in an even more tenuous position since by definition they could be dismissed without notice *and* without reason (*Nicholson*, at p. 323; *Black's Law Dictionary* (8th ed. 2004), at p. 1192 "pleasure appointment"). Because of this relative insecurity it was seen to be desirable to impose minimal procedural requirements in order to ensure that office holders were not deprived of their positions arbitrarily (*Nicholson*, at pp. 322-23; *Knight*, at pp. 674-75; Wade and Forsyth, at pp. 536-37).

[102] In our view, the existence of a contract of employment, not the public employee's status as an office holder, is the crucial consideration. Where a public office holder is employed under a contract of employment the justifications for imposing a public law duty of fairness with respect to his or her dismissal lose much of their force.

sorte qu'elle pouvait être recouvrée par le titulaire qui en avait été dépossédé au mépris des règles de justice naturelle. Or, l'employé démis de ses fonctions en violation de son contrat d'emploi ne pouvait qu'intenter une action en dommages-intérêts puisque le contrat relatif à des services personnels n'était généralement pas susceptible d'exécution en nature (Wade et Forsyth, p. 531-532). Cette conception est depuis longtemps révolue dans notre droit, car la charge publique n'est plus considérée comme un bien privé.

[100] Plus convaincante, la deuxième raison d'être de la distinction est que la décision de démettre un titulaire de charge publique suppose l'exercice d'un pouvoir légal délégué, de sorte que, à l'instar de toute décision administrative, elle doit être soumise aux mécanismes de contrôle du droit public (*Knight*, p. 675; *Malloch*, p. 1293, lord Wilberforce). À l'opposé, le renvoi d'un employé contractuel ne fait intervenir que les droits privés de l'organisme public en tant qu'employeur.

[101] Suivant la troisième raison avancée, contrairement à l'employé contractuel, le titulaire de charge ne bénéficiait généralement pas d'une clause contractuelle le protégeant contre le renvoi sommaire. Tel était le cas dans les affaires *Ridge c. Baldwin* et *Nicholson*, car le libellé de la loi autorisait la destitution sans préavis. La situation du titulaire de charge à titre amovible était encore plus précaire puisque, par définition, il pouvait être destitué sans préavis *et* sans motif : *Nicholson*, p. 323; *Black's Law Dictionary* (8^e éd. 2004), p. 1192, « *pleasure appointment* » ([TRADUCTION] « nomination à titre amovible »). À cause de cette relative insécurité, il a paru souhaitable d'établir un minimum d'exigences procédurales afin que le titulaire de charge ne soit pas destitué arbitrairement (*Nicholson*, p. 322-323; *Knight*, p. 674-675; Wade et Forsyth, p. 536-537).

[102] À notre sens, c'est l'existence d'un contrat d'emploi, et non la qualité de titulaire de charge publique de l'employé, qui est déterminante. Lorsque le titulaire d'une charge publique est partie à un contrat d'emploi, l'imposition à l'employeur d'une obligation d'équité en droit public se justifie beaucoup moins.

[103] Where the employment relationship is contractual, it becomes difficult to see how a public employer is acting any differently in dismissing a public office holder and a contractual employee. In both cases, it would seem that the public employer is merely exercising its private law rights as an employer. For instance, in *Knight*, the director's position was terminated by a resolution passed by the board of education pursuant to statute, but it was done in accordance with the contract of employment, which provided for dismissal on three months' notice. Similarly, the appellant in this case was dismissed pursuant to s. 20 of the New Brunswick *Civil Service Act*, but that section provides that the ordinary rules of contract govern dismissal. He could therefore only be dismissed for just cause or on reasonable notice, and any failure to do so would give rise to a right to damages. In seeking to end the employment relationship with four months' pay in lieu of notice, the respondent was acting no differently than any other employer at common law. In *Wells*, Major J. noted that public employment had all of the features of a contractual relationship:

A common-sense view of what it means to work for the government suggests that these relationships have all the hallmarks of contract. There are negotiations leading to agreement and employment. This gives rise to enforceable obligations on both sides. The Crown is acting much as an ordinary citizen would, engaging in mutually beneficial commercial relations with individual and corporate actors. Although the Crown may have statutory guidelines, the result is still a contract of employment. [Emphasis added; para. 22.]

If the Crown is acting as any other private actor would in hiring its employees, then it follows that the dismissal of its employees should be viewed in the same way.

[104] Furthermore, while public law is rightly concerned with preventing the arbitrary exercise of delegated powers, the good faith exercise of the contractual rights of an employer, such as the right

[103] Du moment que le lien d'emploi est contractuel, il est difficile de concevoir qu'un employeur du secteur public agisse différemment selon qu'il congédie un titulaire de charge publique ou un employé contractuel. Dans les deux cas, il appert que l'employeur ne fait qu'exercer ses droits privés à titre d'employeur. Par exemple, dans l'affaire *Knight*, le conseil scolaire avait adopté, conformément à la loi, une résolution mettant fin à l'emploi du directeur, mais il avait respecté le contrat d'emploi qui prévoyait un préavis de trois mois. De même, en l'espèce, l'appelant a été congédié en application de l'art. 20 de la *Loi sur la Fonction publique* du Nouveau-Brunswick. Or, cet article dispose que la cessation d'emploi est régie par les règles contractuelles ordinaires. En conséquence, l'appelant devait être congédié pour un motif valable ou avec un préavis raisonnable, sinon l'intimée pouvait être condamnée à lui verser des dommages-intérêts. En mettant fin à l'emploi par le versement d'une indemnité de quatre mois de salaire tenant lieu de préavis, l'intimée n'a pas agi différemment de n'importe quel autre employeur assujéti à la common law. Dans l'arrêt *Wells*, le juge Major a signalé que l'emploi dans la fonction publique possédait toutes les caractéristiques d'une relation contractuelle :

Un examen fondé sur le bon sens de ce que signifie le fait de travailler pour le gouvernement tend à indiquer que ces relations portent toutes les marques d'un contrat. Des négociations donnent lieu à une entente et à un emploi et engendrent des obligations exécutoires pour les deux parties. La Couronne agit en grande partie comme un citoyen ordinaire le ferait, s'engageant dans des relations commerciales avantageuses pour les deux parties, tant avec des particuliers qu'avec des sociétés. Bien que la Couronne puisse être tenue de suivre des lignes directrices prévues par la loi, le résultat demeure quand même un contrat de travail. [Nous soulignons; par. 22.]

Si la Couronne se confond avec tout employeur du secteur privé lorsqu'elle engage ses employés, il devrait donc en être de même lorsqu'elle les congédie.

[104] En outre, le droit public se soucie à juste titre d'empêcher l'exercice arbitraire du pouvoir délégué, mais on ne saurait qualifier d'arbitraire l'exercice de bonne foi d'un droit contractuel

to end the employment relationship on reasonable notice, cannot be qualified as arbitrary. Where the terms of the employment contract were explicitly agreed to, it will be assumed that procedural fairness was dealt with by the parties (see, for example, in the context of collective agreements: *School District No. 5 (Southeast Kootenay) and B.C.T.F. (Yellowaga) (Re)* (2000), 94 L.A.C. (4th) 56). If, however, the contract of employment is silent, the fundamental terms will be supplied by the common law or the civil law, in which case dismissal may only be for just cause or on reasonable notice.

[105] In the context of this appeal, it must be emphasized that dismissal with reasonable notice is not unfair *per se*. An employer's right to terminate the employment relationship with due notice is simply the counterpart to the employee's right to quit with due notice (G. England, *Employment Law in Canada* (4th ed. (loose-leaf)), at para. 13.3). It is a well-established principle of the common law that, unless otherwise provided, both parties to an employment contract may end the relationship without alleging cause so long as they provide adequate notice. An employer's right to terminate on reasonable notice must be exercised within the framework of an employer's general obligations of good faith and fair dealing: *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701, at para. 95. But the good faith exercise of a common law contractual right to dismiss with notice does not give rise to concerns about the illegitimate exercise of public power. Moreover, as will be discussed below, where public employers do act in bad faith or engage in unfair dealing, the private law provides a more appropriate form of relief and there is no reason that they should be treated differently than private sector employers who engage in similar conduct.

[106] Of course, a public authority must abide by any statutory restrictions on the exercise of its discretion as an employer, regardless of the terms of an employment contract, and failure to do so may give rise to a public law remedy. A public authority cannot contract out of its statutory duties. But where a dismissal decision is properly within the public authority's powers and is taken pursuant to

de l'employeur, tel celui de mettre fin à la relation d'emploi moyennant un préavis raisonnable. Lorsque les parties ont expressément convenu des clauses du contrat d'emploi, il sera présumé qu'elles se sont également entendues sur l'équité procédurale (voir, p. ex., dans le cas d'une convention collective, *School District No. 5 (Southeast Kootenay) and B.C.T.F. (Yellowaga) (Re)* (2000), 94 L.A.C. (4th) 56). Si rien n'est prévu au contrat, la common law ou le droit civil dicte les conditions fondamentales et il ne peut alors y avoir congédiement que pour motif valable ou avec préavis raisonnable.

[105] Dans le contexte du présent pourvoi, il importe de souligner que le congédiement avec préavis raisonnable n'est pas intrinsèquement injuste. Le droit de l'employeur de mettre fin à l'emploi moyennant le préavis requis est la simple contrepartie du droit de l'employé de donner sa démission moyennant le préavis requis (G. England, *Employment Law in Canada* (4^e éd. (feuilles mobiles)), par. 13.3). Un principe bien établi du droit commun veut que, sauf disposition contraire, les deux parties au contrat d'emploi peuvent mettre fin à la relation sans invoquer de motif à condition que le préavis soit suffisant. L'employeur est tenu d'exercer ce droit conformément à ses obligations générales de bonne foi et de traitement équitable : *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701, par. 95. Or, l'exercice de bonne foi du droit issu du droit commun des contrats de congédier l'employé avec préavis ne saurait mettre en doute la légitimité de l'exercice du pouvoir public. De plus — nous y reviendrons —, lorsque l'employeur du secteur public agit de mauvaise foi ou de manière inéquitable, le droit privé offre un type de recours plus approprié, et il n'y a pas lieu de le traiter différemment de l'employeur du secteur privé qui agit de même.

[106] Un organisme public doit évidemment respecter les limites légales fixées à l'exercice de son pouvoir discrétionnaire à titre d'employeur, quelles que soient les conditions du contrat d'emploi, faute de quoi il s'expose à un recours en droit public. Il ne peut se soustraire par contrat à ses obligations légales. Cependant, lorsqu'il prend la décision de congédier une personne conformément à ses

a contract of employment, there is no compelling public law purpose for imposing a duty of fairness.

[107] Nor is the protection of office holders a justification for imposing a duty of fairness when the employee is protected from wrongful dismissal by contract. The appellant's situation provides a good illustration of why this is so. As an office holder, the appellant was employed "at pleasure", and could therefore be terminated without notice or reason (*Interpretation Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-13, s. 20). However, he was also a civil servant and, pursuant to s. 20 of the *Civil Service Act*, his dismissal was governed by the ordinary rules of contract. If his employer had dismissed him without notice and without cause he would have been entitled to claim damages for breach of contract. Even if he was dismissed with notice, it was open to him to challenge the length of notice or amount of pay in lieu of notice given. On the facts, the respondent gave the appellant four months' worth of pay in lieu of notice, which he was successful in having increased to eight months before the grievance adjudicator.

[108] It is true that the remedy of reinstatement is not available for breach of contract at common law. In this regard, it might be argued that contractual remedies, on their own, offer insufficient protection to office holders (see *de Smith, Woolf & Jowell: Judicial Review of Administrative Action* (5th ed. 1995), at p. 187). However, it must be kept in mind that breach of a public law duty of fairness also does not lead to full reinstatement. The effect of a breach of procedural fairness is to render the dismissal decision void *ab initio* (*Ridge v. Baldwin*, at p. 81). Accordingly, the employment is deemed to have never ceased and the office holder is entitled to unpaid wages and benefits from the date of the dismissal to the date of judgment (see England, at para. 17.224). However, an employer is free to follow the correct procedure and dismiss the office holder again. A breach of the duty of fairness simply requires that the dismissal decision be retaken. It therefore is incorrect to equate it to reinstatement (see *Malloch*, at p. 1284).

pouvoirs et à un contrat d'emploi, nulle considération supérieure du droit public ne justifie l'imposition d'une obligation d'équité.

[107] La protection du titulaire de charge publique ne justifie pas non plus l'assujettissement à l'obligation d'équité lorsqu'un contrat protège l'intéressé contre le congédiement injuste. La situation de l'appelant le montre bien. En tant que titulaire d'une charge publique, l'appelant était employé à titre amovible, et l'employeur pouvait donc mettre fin à son emploi sans préavis et sans motif (*Loi d'interprétation*, L.R.N.-B. 1973, ch. I-13, art. 20). Or, il était également fonctionnaire et, suivant l'art. 20 de la *Loi sur la Fonction publique*, les règles contractuelles ordinaires régissaient son congédiement. Si son employeur l'avait congédié sans préavis et sans motif, il aurait pu réclamer des dommages-intérêts pour rupture de contrat. Même s'il a été congédié avec préavis, il pouvait contester la durée de celui-ci ou le montant de l'indemnité en tenant lieu. Il appert que l'intimée lui a versé une indemnité équivalant à quatre mois de salaire en lieu et place d'un préavis et que l'arbitre saisi de son grief a porté cette indemnité à huit mois de salaire.

[108] Il est vrai qu'en common law, la réintégration ne peut être ordonnée par suite d'une rupture de contrat. On peut à cet égard soutenir que le seul droit contractuel ne protège pas suffisamment le titulaire de charge (voir *de Smith, Woolf & Jowell: Judicial Review of Administrative Action* (5^e éd. 1995), p. 187). Toutefois, il ne faut pas oublier que le recours pour manquement à l'obligation d'équité en droit public ne permet pas non plus la réintégration, mais bien l'annulation *ab initio* de la décision de congédier (*Ridge c. Baldwin*, p. 81). L'emploi est donc réputé n'avoir jamais pris fin, et le titulaire de charge a droit au salaire et aux avantages impayés entre la date du congédiement et celle du jugement (voir England, par. 17.224). Cependant, l'employeur peut toujours congédier la personne de nouveau en suivant alors la bonne procédure. L'employeur qui manque à l'obligation d'équité doit simplement reprendre le processus décisionnel. Il est donc erroné de penser qu'un tel manquement donne droit à la réintégration (voir *Malloch*, p. 1284).

[109] In addition, a public law remedy can lead to unfairness. The amount of unpaid wages and benefits an office holder is entitled to will be a function of the length of time the judicial process has taken to wend its way to a final resolution rather than criteria related to the employee's situation. Furthermore, in principle, there is no duty to mitigate since unpaid wages are not technically damages. As a result, an employee may recoup much more than he or she actually lost (see England, at para. 17.224).

[110] In contrast, the private law offers a more principled and fair remedy. The length of notice or amount of pay in lieu of notice an employee is entitled to depends on a number of factors including length of service, age, experience and the availability of alternative employment (see *Wallace*, at paras. 81 ff.). The notice period may be increased if it is established that the employer acted in bad faith or engaged in unfair dealing when acting to dismiss the employee (*Wallace*, at para. 95). These considerations aim at ensuring that dismissed employees are afforded some measure of protection while looking for new employment.

[111] It is important to note as well that the appellant, as a public employee employed under a contract of employment, also had access to all of the same statutory and common law protections that surround private sector employment. He was protected from dismissal on the basis of a prohibited ground of discrimination under the *Human Rights Act*, R.S.N.B. 1973, c. H-11. His employer was bound to respect the norms laid down by the *Employment Standards Act*, S.N.B. 1982, c. E-7.2. As has already been mentioned, if his dismissal had been in bad faith or he had been subject to unfair dealing, it would have been open to him to argue for an extension of the notice period pursuant to the principles laid down in *Wallace*. In short, the appellant was not without legal protections or remedies in the face of his dismissal.

(4) The Proper Approach to the Dismissal of Public Employees

[112] In our view, the distinction between office holder and contractual employee for the purposes

[109] En outre, le recours fondé sur le droit public peut avoir des effets inéquitables. Le montant du salaire et des avantages impayés auquel le titulaire d'une charge a droit dépend du temps écoulé avant qu'une cour de justice ne rende une décision définitive, et non de critères liés à sa situation. De plus, l'employé n'a pas en principe l'obligation de limiter le préjudice, le salaire impayé ne constituant pas à strictement parler des dommages-intérêts. Il s'ensuit que l'employé peut obtenir beaucoup plus que ce qu'il a réellement perdu (voir England, par. 17.224).

[110] À l'opposé, le droit privé offre un recours mieux fondé et plus juste. La durée du préavis ou le montant de l'indemnité en tenant lieu dépend de différentes variables, dont les états de service, l'âge, l'expérience et l'existence d'autres possibilités d'emploi (voir *Wallace*, par. 81 et suiv.). Le préavis peut être prolongé lorsqu'il est établi que l'employeur a fait preuve de mauvaise foi ou agi de manière inéquitable en congédiant l'employé (*Wallace*, par. 95). L'objectif est d'assurer à l'employé congédié une certaine protection jusqu'à ce qu'il trouve un nouvel emploi.

[111] Il importe de signaler qu'à titre d'employé du secteur public régi par un contrat d'emploi, l'appelant avait également droit aux mesures de protection prévues par la loi et le droit commun au bénéfice des employés du secteur privé. La *Loi sur les droits de la personne*, L.R.N.-B. 1973, ch. H-11, le protégeait contre le congédiement pour un motif de discrimination interdit, et son employeur était tenu de se conformer à la *Loi sur les normes d'emploi*, L.N.-B. 1982, ch. E-7.2. Rappelons que s'il avait été congédié de mauvaise foi ou de façon inéquitable, il aurait pu demander un préavis plus long selon les principes énoncés dans l'arrêt *Wallace*. Bref, l'appelant n'était pas privé de protections ou de recours légaux advenant son congédiement.

(4) La démarche qui s'impose à l'égard du congédiement d'un fonctionnaire

[112] La distinction entre titulaire de charge et employé contractuel aux fins de déterminer un droit

of a public law duty of fairness is problematic and should be done away with. The distinction is difficult to apply in practice and does not correspond with the justifications for imposing public law procedural fairness requirements. What is important in assessing the actions of a public employer in relation to its employees is the nature of the employment relationship. Where the relationship is contractual, it should be viewed as any other private law employment relationship regardless of an employee's status as an office holder.

[113] The starting point, therefore, in any analysis, should be to determine the nature of the employment relationship with the public authority. Following *Wells*, it is assumed that most public employment relationships are contractual. Where this is the case, disputes relating to dismissal should be resolved according to the express or implied terms of the contract of employment and any applicable statutes and regulations, without regard for whether the employee is an office holder. A public authority which dismisses an employee pursuant to a contract of employment should not be subject to any additional public law duty of fairness. Where the dismissal results in a breach of contract, the public employee will have access to ordinary contractual remedies.

[114] The principles expressed in *Knight* in relation to the general duty of fairness owed by public authorities when making decisions that affect the rights, privileges or interests of individuals are valid and important. However, to the extent that the majority decision in *Knight* ignored the important effect of a contract of employment, it should not be followed. Where a public employee is protected from wrongful dismissal by contract, his or her remedy should be in private law, not in public law.

[115] The dismissal of a public employee should therefore generally be viewed as a typical employment law dispute. However, there may be occasions where a public law duty of fairness will still apply. We can envision two such situations at present. The first occurs where a public employee is not, in fact,

à l'équité reconnu en droit public soulève des difficultés et devrait selon nous être abandonnée. Elle s'est révélée difficile dans les faits et sans corrélation avec la raison d'être de l'imposition de l'obligation d'équité procédurale. Ce qui importe dans l'évaluation des actes de l'employeur public à l'endroit de son employé, c'est la nature de la relation d'emploi : lorsqu'elle est contractuelle, elle doit être considérée comme toute autre relation d'emploi assujettie au droit privé, même lorsque l'employé est titulaire d'une charge.

[113] L'analyse doit donc s'attacher d'abord à la nature du lien d'emploi avec l'organisme public. Depuis l'arrêt *Wells*, la plupart des relations d'emploi dans la fonction publique sont tenues pour contractuelles. Lorsque le lien est contractuel, tout différend relatif au congédiement doit être réglé comme le prévoit expressément ou implicitement le contrat d'emploi et conformément aux dispositions législatives ou réglementaires applicables, que l'employé soit ou non titulaire de charge. L'organisme public qui renvoie un employé en application d'un contrat d'emploi ne devrait pas être assujéti en outre à une obligation d'équité reconnue en droit public. Lorsque le congédiement contrevient au contrat, le fonctionnaire dispose des recours habituels suivant le droit des contrats.

[114] Les principes formulés dans l'arrêt *Knight* relativement à l'obligation générale d'équité à laquelle est tenu l'organisme public dont la décision touche les droits, les privilèges ou les biens d'une personne demeurent valables et importants. Toutefois, dans la mesure où les juges majoritaires n'ont pas tenu compte de l'effet déterminant d'un contrat d'emploi, l'arrêt ne devrait pas être suivi. L'employé qu'un contrat protège contre le congédiement injuste devait pouvoir exercer un recours en droit privé, et non en droit public.

[115] Il convient donc généralement de considérer le congédiement d'un employé du secteur public comme un différend ordinaire en droit du travail. Il peut quand même arriver que l'obligation d'équité procédurale s'applique. Deux situations peuvent actuellement être envisagées. La

protected by a contract of employment. This will be the case with judges, ministers of the Crown and others who “fulfill constitutionally defined state roles” (*Wells*, at para. 31). It may also be that the terms of appointment of some public office holders expressly provide for summary dismissal or, at the very least, are silent on the matter, in which case the office holders may be deemed to hold office “at pleasure” (see e.g. *New Brunswick Interpretation Act*, s. 20; *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 23(1)). Because an employee in this situation is truly subject to the will of the Crown, procedural fairness is required to ensure that public power is not exercised capriciously.

[116] A second situation occurs when a duty of fairness flows by necessary implication from a statutory power governing the employment relationship. In *Malloch*, the applicable statute provided that dismissal of a teacher could only take place if the teacher was given three weeks’ notice of the motion to dismiss. The House of Lords found that this necessarily implied a right for the teacher to make representations at the meeting where the dismissal motion was being considered. Otherwise, there would have been little reason for Parliament to have provided for the notice procedure in the first place (p. 1282). Whether and what type of procedural requirements result from a particular statutory power will of course depend on the specific wording at issue and will vary with the context (*Knight*, at p. 682).

B. Conclusion

[117] In this case, the appellant was a contractual employee of the respondent in addition to being a public office holder. Section 20 of the *Civil Service Act* provided that, as a civil servant, he could only be dismissed in accordance with the ordinary rules of contract. In these circumstances it was unnecessary to consider any public law duty of procedural fairness. The respondent was fully within its rights

première est celle où l’employé du secteur public n’est pas protégé dans les faits par un contrat d’emploi, comme c’est le cas des ministres de la Couronne et d’autres personnes qui « remplissent au sein de l’État des rôles définis constitutionnellement » (*Wells*, par. 31). Il peut aussi arriver que la nomination autorise expressément le congédiement sommaire du titulaire de la charge publique ou, à tout le moins, qu’elle ne prévoit rien à ce sujet, auquel cas l’intéressé peut être réputé occuper son poste à titre amovible (voir notamment la *Loi d’interprétation* du Nouveau-Brunswick, art. 20, et la *Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, par. 23(1)). Étant donné que l’employé est alors véritablement soumis à la volonté de l’État, l’obligation d’équité procédurale doit être imposée afin que le pouvoir public ne soit pas exercé de façon irrégulière.

[116] Dans la deuxième situation possible, l’obligation d’équité découle, par déduction nécessaire, d’un pouvoir légal régissant la relation d’emploi. Dans l’affaire *Malloch*, la loi applicable prévoyait qu’un enseignant ne pouvait être congédié qu’après avoir été informé trois semaines à l’avance de la tenue de la réunion où son congédiement serait proposé. La Chambre des lords a estimé que l’enseignant avait nécessairement le droit d’être entendu à cette réunion, sinon l’avis exigé par le législateur n’aurait eu aucune raison d’être (p. 1282). Naturellement, l’existence d’exigences procédurales et leur nature dépendront du libellé de la disposition en cause et varieront selon le contexte (*Knight*, p. 682).

B. Conclusion

[117] En l’espèce, l’appelant était à la fois titulaire d’une charge publique et employé contractuel de l’intimée. L’article 20 de la *Loi sur la Fonction publique* prévoyait qu’à titre de fonctionnaire, il ne pouvait être congédié que suivant les règles contractuelles ordinaires. Il n’était donc pas nécessaire de tenir compte de quelque obligation d’équité procédurale en droit public. L’intimée

to dismiss the appellant with pay in lieu of notice without affording him a hearing. The respondent dismissed the appellant with four months' pay in lieu of notice. The appellant was successful in increasing this amount to eight months. The appellant was protected by contract and was able to obtain contractual remedies in relation to his dismissal. By imposing procedural fairness requirements on the respondent over and above its contractual obligations and ordering the full "reinstatement" of the appellant, the adjudicator erred in his application of the duty of fairness and his decision was therefore correctly struck down by the Court of Queen's Bench.

V. Disposition

[118] We would dismiss the appeal. There will be no order for costs in this Court as the respondent is not requesting them.

The following are the reasons delivered by

[119] BINNIE J. — I agree with my colleagues that the appellant's former employment relationship with the respondent is governed by contract. The respondent chose to exercise its right to terminate the employment without alleging cause. The adjudicator adopted an unreasonable interpretation of s. 20 of the *Civil Service Act*, S.N.B. 1984, c. C-5.1, and of ss. 97(2.1) and 100.1 of the *Public Service Labour Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-25. The appellant was a non-unionized employee whose job was terminated in accordance with contract law. Public law principles of procedural fairness were not applicable in the circumstances. These conclusions are enough to dispose of the appeal.

[120] However, my colleagues Bastarache and LeBel JJ. are embarked on a more ambitious mission, stating that:

Although the instant appeal deals with the particular problem of judicial review of the decisions of an

pouvait parfaitement congédier l'appelant en lui versant une indemnité tenant lieu de préavis, sans lui offrir la possibilité d'être entendu. Elle a versé à l'appelant quatre mois de salaire tenant lieu de préavis, et ce dernier a obtenu que cette indemnité soit portée à huit mois de salaire. Bénéficiaire de la protection d'un contrat, l'appelant a pu obtenir des mesures de réparation de nature contractuelle en liaison avec son congédiement. En assujettissant l'intimée à l'obligation d'équité procédurale en sus de ses obligations contractuelles et en ordonnant la réintégration de l'appelant, l'arbitre a commis une erreur dans l'application de l'obligation d'équité, et la Cour du Banc de la Reine a annulé à bon droit sa décision.

V. Dispositif

[118] Nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi. Aucune demande n'ayant été présentée en ce sens par l'intimée, aucune ordonnance n'est rendue relativement aux dépens devant la Cour.

Version française des motifs rendus par

[119] LE JUGE BINNIE — Je conviens avec mes collègues que le lien d'emploi était régi par un contrat. L'intimée a exercé son droit de mettre fin à l'emploi de l'appelant sans invoquer de motif. L'arbitre a interprété l'art. 20 de la *Loi sur la Fonction publique*, L.N.-B. 1984, ch. C-5.1, ainsi que le par. 97(2.1) et l'art. 100.1 de la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics*, L.R.N.-B. 1973, ch. P-25, d'une manière déraisonnable. L'appelant était un employé non syndiqué, et l'intimée a mis fin à son emploi conformément au droit contractuel. Les principes du droit public relatifs à l'équité procédurale ne s'appliquaient pas dans les circonstances. Ces conclusions suffisent pour statuer sur le pourvoi.

[120] Cependant, mes collègues les juges Bastarache et LeBel s'attellent à une tâche plus ambitieuse et affirment ce qui suit :

Même si le présent pourvoi porte plus particulièrement sur le contrôle judiciaire d'une décision arbitrale,

adjudicative tribunal, these reasons will address first and foremost the structure and characteristics of the system of judicial review as a whole.

... The time has arrived to re-examine the Canadian approach to judicial review of administrative decisions and develop a principled framework that is more coherent and workable. [Emphasis added; paras. 33 and 32.]

[121] The need for such a re-examination is widely recognized, but in the end my colleagues' reasons for judgment do not deal with the "system as a whole". They focus on administrative tribunals. In that context, they reduce the applicable standards of review from three to two ("correctness" and "reasonableness"), but retain the pragmatic and functional analysis, although now it is to be called the "standard of review analysis" (para. 63). A broader reappraisal is called for. Changing the name of the old pragmatic and functional test represents a limited advance, but as the poet says:

What's in a name? that which we call a rose
By any other name would smell as sweet;

(*Romeo and Juliet*, Act II, Scene ii)

[122] I am emboldened by my colleagues' insistence that "a holistic approach is needed when considering fundamental principles" (para. 26) to express the following views. Judicial review is an idea that has lately become unduly burdened with law office metaphysics. We are concerned with substance not nomenclature. The words themselves are unobjectionable. The dreaded reference to "functional" can simply be taken to mean that generally speaking courts have the last word on what *they* consider the correct decision on legal matters (because deciding legal issues is their "function"), while administrators should generally have the last word within *their* function, which is to decide administrative matters. The word "pragmatic" not only signals a distaste for formalism but recognizes that a conceptually tidy division of functions has to be tempered by

dans les présents motifs, la Cour se penche avant tout sur l'architecture et les caractéristiques du mécanisme de contrôle judiciaire dans son ensemble.

... Le temps est venu de revoir le contrôle judiciaire des décisions administratives au Canada et d'établir un cadre d'analyse rationnel qui soit plus cohérent et fonctionnel. [Nous soulignons; par. 33 et 32.]

[121] La nécessité d'un tel réexamen est largement reconnue, mais en fin de compte, mes collègues ne s'attaquent pas au « mécanisme dans son ensemble ». Leurs motifs visent les tribunaux administratifs. Dans ce contexte, ils ramènent le nombre de normes de contrôle applicables de trois à deux (la « décision correcte » et la « décision raisonnable »), mais conservent l'analyse pragmatique et fonctionnelle, qu'ils rebaptisent « analyse relative à la norme de contrôle » (par. 63). Une réévaluation plus vaste s'impose. Modifier l'appellation de l'ancienne analyse pragmatique et fonctionnelle constitue une modeste avancée, mais comme dit le poète :

Qu'y a-t-il dans un nom?
Ce que nous appelons une rose embaumerait autant sous un autre nom.

(*Roméo et Juliette*, acte II, scène ii)

[122] Vu l'affirmation de mes collègues selon laquelle « l'examen de principes fondamentaux commande une démarche globale » (par. 26), j'ose exprimer mon point de vue sur le sujet. Ces dernières années, des débats métaphysico-juridiques ont indûment embrouillé la notion de contrôle judiciaire. Il s'agit de modifier le mécanisme lui-même, et non son appellation. En eux-mêmes, les termes employés n'ont rien de répréhensible. Le redoutable qualificatif « fonctionnel » peut simplement être interprété comme conférant généralement aux cours de justice le pouvoir de décider en fin de compte ce qui, à *leur* avis, constitue la bonne décision sur le plan juridique (leur « fonction » étant de statuer sur les questions de droit), alors que le décideur administratif devrait généralement avoir le dernier mot dans l'exercice de *sa* fonction, qui consiste à trancher en matière administrative. Non

practical considerations: for example, a labour board is better placed than the courts to interpret the intricacies of provisions in a labour statute governing replacement of union workers; see e.g. *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227.

[123] Parliament or a provincial legislature is often well advised to allocate an administrative decision to someone other than a judge. The judge is on the outside of the administration looking in. The legislators are entitled to put their trust in the viewpoint of the designated decision maker (particularly as to what constitutes a reasonable outcome), not only in the case of the administrative tribunals of principal concern to my colleagues but (taking a “holistic approach”) also in the case of a minister, a board, a public servant, a commission, an elected council or other administrative bodies and statutory decision makers. In the absence of a full statutory right of appeal, the court ought generally to respect the exercise of the administrative discretion, particularly in the face of a privative clause.

[124] On the other hand, a court is right to insist that *its* view of the correct opinion (i.e. the “correctness” standard of review) is accepted on questions concerning the Constitution, the common law, and the interpretation of a statute other than the administrator’s enabling statute (the “home statute”) or a rule or statute closely connected with it; see generally D. J. M. Brown and J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf), at para. 14:2210.

[125] Thus the law (or, more grandly, the “rule of law”) sets the boundaries of potential administrative action. It is sometimes said by judges that an administrator acting within his or her discretion

seulement l’adjectif « pragmatique » exprime une répugnance pour le formalisme, mais il reconnaît également la nécessité de tempérer la stricte division conceptuelle des fonctions par des considérations pratiques (p. ex., le fait qu’un conseil des relations de travail est plus à même qu’une cour de justice d’interpréter les subtilités de dispositions législatives sur le travail régissant le remplacement de travailleurs syndiqués : voir, entre autres, *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227).

[123] Souvent, le législateur fédéral ou provincial est bien inspiré de confier à un autre organisme qu’une cour de justice le soin de rendre une décision administrative. La cour de justice a sur l’Administration un point de vue extérieur à celle-ci. Il est loisible au législateur de s’en remettre au jugement d’un décideur qu’il désigne (en particulier quant à la raisonabilité du résultat) non seulement dans le cas des tribunaux administratifs auxquels s’intéressent principalement mes collègues, mais aussi (suivant une démarche globale) dans le cas d’un ministre, d’un organisme, d’un fonctionnaire, d’un corps élu ou d’un autre organisme administratif ou d’origine législative. En l’absence d’un droit d’appel inconditionnel prévu par la loi, la cour de révision doit généralement respecter l’exercice du pouvoir discrétionnaire, surtout en présence d’une clause privative.

[124] Par contre, elle peut légitimement soutenir que ce qu’elle estime constituer la bonne décision (la norme de la « décision correcte ») prévaut pour les questions relatives à la Constitution, au droit commun et à l’interprétation d’autres lois que la loi habilitante du décideur administratif (sa « loi constitutive ») ou une règle ou un texte législatif étroitement lié à celle-ci : voir généralement D. J. M. Brown et J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (feuilles mobiles), par. 14 : 2210.

[125] Le droit ou, plus solennellement, la « règle de droit », délimite donc la portée de l’action administrative possible. Les juges disent parfois que dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire, le

“has the right to be wrong”. This reflects an unduly court-centred view of the universe. A disagreement between the court and an administrator does not necessarily mean that the administrator is wrong.

A. *Limits on the Allocation of Decision Making*

[126] It should not be difficult in the course of judicial review to identify legal questions requiring disposition by a judge. There are three basic legal limits on the allocation of administrative discretion.

[127] Firstly, the Constitution restricts the legislator’s ability to allocate issues to administrative bodies which s. 96 of the *Constitution Act, 1867* has allocated to the courts. The logic of the constitutional limitation is obvious. If the limitation did not exist, the government could transfer the work of the courts to administrative bodies that are not independent of the executive and by statute immunize the decisions of these bodies from effective judicial review. The country would still possess an independent judiciary, but the courts would not be available to citizens whose rights or interests are trapped in the administration.

[128] Secondly, administrative action must be founded on statutory or prerogative (i.e. common law) powers. This too is a simple idea. No one can exercise a power they do not possess. Whether or not the power (or jurisdiction) exists is a question of law for the courts to determine, just as it is for the courts (not the administrators) to have the final word on questions of general law that may be relevant to the resolution of an administrative issue. The instances where this Court has deferred to an administrator’s conclusion of law *outside* his or her home statute, or a statute “intimately” connected thereto, are exceptional. We should say so. Instead, my colleagues say the court’s view of the law will prevail

décideur administratif « a le droit de se tromper », ce qui traduit, de la part des cours de justice, une conception de l’univers centrée sur elles-mêmes. Ce n’est pas parce que la cour est en désaccord avec le décideur administratif que ce dernier a nécessairement tort.

A. *Les limites imposées à l’attribution du pouvoir décisionnel*

[126] Lors du contrôle judiciaire, la détermination des questions de droit devant être tranchées par une cour de justice ne devrait pas être ardue. Trois éléments restreignent fondamentalement l’attribution du pouvoir discrétionnaire administratif.

[127] En premier lieu, la Constitution empêche le législateur de confier à un organisme administratif le règlement d’une question qui relève d’une cour de justice suivant l’art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et ce, pour une raison manifeste. Si ce n’était pas le cas, l’État pourrait confier la tâche des tribunaux judiciaires à des organismes administratifs qui ne sont pas indépendants de l’exécutif et, par voie législative, soustraire les décisions de ces organismes à un véritable contrôle judiciaire. Le pays conserverait un pouvoir judiciaire indépendant, mais les cours de justice seraient hors de portée des citoyens dont les droits sont piégés dans l’appareil administratif.

[128] En deuxième lieu, l’action administrative doit s’appuyer sur un pouvoir conféré par la loi ou découlant d’une prérogative (c.-à-d. de la common law). Là également, le principe est simple. Nul ne peut exercer un pouvoir dont il n’est pas investi. Il appartient à la cour de révision de statuer sur la question de droit que constitue l’existence ou l’inexistence d’un pouvoir (ou d’une compétence), tout comme il lui revient (et non au décideur administratif) de trancher en dernier ressort les questions de droit générales susceptibles de jouer dans le règlement d’une question administrative. Ce n’est qu’exceptionnellement que la Cour a déféré à une conclusion de droit tirée par un décideur administratif dans l’application d’autres dispositions que celles de sa loi constitutive ou d’une loi « intimement » liée à celle-ci. Disons-le. Au lieu de cela, mes collègues estiment que l’interprétation préconisée par la cour de révision l’emporte

where the question at issue is one of general law “that is both of central importance to the legal system as a whole and outside the adjudicator’s specialized area of expertise”. [para. 60]

It is, with respect, a distraction to unleash a debate in the reviewing judge’s courtroom about whether or not a particular question of law is “of central importance to the legal system as a whole”. It should be sufficient to frame a rule exempting from the correctness standard the provisions of the home statute and closely related statutes which require the expertise of the administrative decision maker (as in the labour board example). Apart from that exception, we should prefer clarity to needless complexity and hold that the last word on questions of general law should be left to judges.

[129] Thirdly, a fair procedure is said to be the handmaiden of justice. Accordingly, procedural limits are placed on administrative bodies by statute and the common law. These include the requirements of “procedural fairness”, which will vary with the type of decision maker and the type of decision under review. On such matters, as well, the courts have the final say. The need for such procedural safeguards is obvious. Nobody should have his or her rights, interests or privileges adversely dealt with by an unjust process. Nor is such an unjust intent to be attributed easily to legislators. Hansard is full of expressions of concern by Ministers and Members of Parliament regarding the fairness of proposed legislative provisions. There is a dated *hauteur* about judicial pronouncements such as that the “justice of the common law will supply the omission of the legislature” (*Cooper v. Wandsworth Board of Works* (1863), 14 C.B. (N.S.) 180, 143 E.R. 414 (C.P.), at p. 420). Generally speaking, legislators and judges in this country are working with a common set of basic legal and constitutional values. They share a belief in the rule of law. Constitutional considerations aside, however, statutory protections can nevertheless be repealed and common law protections can be modified by statute, as was demonstrated in *Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor*

dans le cas d’une question de droit générale « à la fois, d’une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et étrangère au domaine d’expertise de l’arbitre ». [par. 60]

Sauf le respect que je leur dois, tout débat quant à savoir si une question de droit donnée est « d’une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble » distrait la cour dans l’accomplissement de sa tâche. Il devrait suffire de soustraire à l’application de la norme de la décision correcte l’interprétation de la loi constitutive du décideur administratif ou de quelque loi très connexe faisant appel à l’expertise de ce dernier (en matière de relations de travail, par exemple). Cette exception mise à part, nous devrions préférer la clarté à la complexité superflue et statuer que la cour de révision a le dernier mot sur une question de droit générale.

[129] En troisième lieu, le caractère équitable de la procédure est censé être au service de la justice. C’est pourquoi le législateur et la common law imposent aux organismes administratifs des obligations en la matière — dont l’« équité procédurale » — qui varient selon la catégorie à laquelle appartient le décideur et la nature de la décision en cause. La cour de révision a le dernier mot à ce chapitre aussi. La nécessité de telles garanties procédurales est manifeste. Nul ne devrait voir ses droits, ses intérêts ou ses privilèges faire l’objet d’une décision défavorable à l’issue d’une procédure injuste. On ne saurait non plus prêter au législateur l’intention d’obtenir pareil résultat inique. Le Hansard regorge de préoccupations exprimées par des ministres et des députés concernant le caractère équitable des dispositions législatives proposées. Certaines affirmations, telle la [TRADUCTION] « justice de la common law suppléera aux lacunes du législateur » (*Cooper c. Wandsworth Board of Works* (1863), 14 C.B. (N.S.) 180, 143 E.R. 414 (C.P.), p. 420), traduisent une attitude hautaine dépassée à l’égard des décisions de justice. En règle générale, les législateurs et les juges de ce pays exercent leurs fonctions à partir d’un ensemble commun de valeurs juridiques et constitutionnelles. Ils partagent une même foi dans la primauté du droit. Toutefois, abstraction faite du respect de la Constitution, une

Control and Licensing Branch), [2001] 2 S.C.R. 781, 2001 SCC 52.

B. Reasonableness of Outcome

[130] At this point, judicial review shifts gears. When the applicant for judicial review challenges the substantive *outcome* of an administrative action, the judge is invited to cross the line into second-guessing matters that lie within the function of the administrator. This is controversial because it is not immediately obvious why a judge's view of the reasonableness of an administrative policy or the exercise of an administrative discretion should be preferred to that of the administrator to whom Parliament or a legislature has allocated the decision, unless there is a full statutory right of appeal to the courts, or it is otherwise indicated in the conferring legislation that a "correctness" standard is intended.

[131] In *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, Beetz J. adopted the view that "[t]o a large extent judicial review of administrative action is a specialized branch of statutory interpretation" (p. 1087 (emphasis deleted)). Judicial intervention in administrative decisions on grounds of substance (in the absence of a constitutional challenge) has been based on presumed legislative intent in a line of cases from *Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corp.*, [1947] 2 All E.R. 680 (C.A.) ("you may have something so absurd that no sensible person could ever dream that it lay within the powers of the authority" (p. 683)) to *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.* ("was the Board's interpretation so patently unreasonable that its construction cannot be rationally supported by the relevant legislation . . . ?" (p. 237)). More recent examples are *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817 (para. 53), and *Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*,

garantie légale peut tout de même être abrogée et celle offerte par la common law, modifiée par la loi, comme cela avait été le cas dans l'affaire *Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, [2001] 2 R.C.S. 781, 2001 CSC 52.

B. La raisonabilité du résultat

[130] À cette étape, l'objet du contrôle judiciaire devient différent. Lorsque le demandeur conteste une mesure administrative quant au fond, la cour de révision est invitée à faire un pas de plus et à remettre en question une décision relevant du décideur administratif, ce qui prête à controverse. En effet, en ce qui concerne la raisonabilité d'une politique administrative ou de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire administratif, il n'y a pas de raison évidente de préférer l'appréciation judiciaire à celle du décideur administratif auquel le législateur a attribué le pouvoir de trancher, sauf lorsque la loi prévoit un droit d'appel inconditionnel devant une cour de justice ou que l'intention du législateur d'assujettir le décideur à la norme de la décision correcte ressort par ailleurs de la loi habilitante.

[131] Dans l'arrêt *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, le juge Beetz a estimé que « [d]ans une large mesure, l'examen judiciaire d'un acte administratif est une division spécialisée de l'interprétation des lois » (p. 1087 (soulignement omis)). Dans une série d'affaires allant d'*Associated Provincial Picture Houses Ltd. c. Wednesbury Corp.*, [1947] 2 All E.R. 680 (C.A.) (où il est dit à la p. 683 : [TRADUCTION] « on peut se trouver en présence de quelque chose de si absurde qu'il ne viendrait jamais à l'idée d'une personne sensée que cela relève des pouvoirs de l'autorité ») à *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963* (où la Cour se demande à la p. 237 : « l'interprétation de la Commission est-elle déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente . . . ? »), le contrôle judiciaire de décisions administratives sur le fond (en l'absence d'une allégation d'inconstitutionnalité) s'est appuyé sur l'intention présumée du législateur. Au nombre des arrêts plus récents, mentionnons *Baker c. Canada (Ministre de la*

[2001] 2 S.C.R. 281, 2001 SCC 41 (paras. 60-61). Judicial review proceeds on the justified presumption that legislators do not intend results that depart from *reasonable* standards.

C. *The Need to Reappraise the Approach to Judicial Review*

[132] The present difficulty, it seems, does not lie in the component parts of judicial review, most of which are well entrenched in decades of case law, but in the current methodology for putting those component parts into action. There is afoot in the legal profession a desire for clearer guidance than is provided by lists of principles, factors and spectrums. It must be recognized, of course, that complexity is inherent in all legal principles that must address the vast range of administrative decision making. The objection is that our present “pragmatic and functional” approach is more complicated than is required by the subject matter.

[133] People who feel victimized or unjustly dealt with by the apparatus of government, and who have no recourse to an administrative appeal, should have access to an independent judge through a procedure that is quick and relatively inexpensive. Like much litigation these days, however, judicial review is burdened with undue cost and delay. Litigants understandably hesitate to go to court to seek redress for a perceived administrative injustice if their lawyers cannot predict with confidence even what standard of review will be applied. The disposition of the case may well *turn* on the choice of standard of review. If litigants do take the plunge, they may find the court’s attention focussed not on their complaints, or the government’s response, but on lengthy and arcane discussions of something they are told is the pragmatic and functional test. Every hour of a lawyer’s preparation and court time devoted to unproductive “lawyer’s talk” poses a significant cost to the applicant. If the challenge is unsuccessful, the unhappy applicant may also

Citoyenneté et de l’Immigration), [1999] 2 R.C.S. 817 (par. 53), et *Centre hospitalier Mont-Sinai c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [2001] 2 R.C.S. 281, 2001 CSC 41 (par. 60-61). Le contrôle judiciaire se fonde sur la présomption légitime que le législateur n’a pas voulu de résultats qui ne répondent pas à quelque norme de *raisonnabilité*.

C. *La réévaluation nécessaire du mécanisme de contrôle judiciaire*

[132] Il appert que la difficulté actuelle réside non pas dans les éléments constitutifs du contrôle judiciaire, dont la plupart sont bien ancrés dans des décennies de jurisprudence, mais bien dans la méthode couramment employée pour les mettre à l’œuvre. La profession juridique appelle de ses vœux l’établissement de repères plus clairs que ceux offerts par des énumérations de principes, de facteurs et d’échelles. Force est toutefois de reconnaître que la complexité est inhérente à tout principe juridique devant s’appliquer à une vaste gamme de décisions administratives. Ce que l’on reproche à l’actuelle analyse « pragmatique et fonctionnelle » c’est d’être plus compliquée qu’elle ne le devrait.

[133] La personne qui s’estime victime de l’appareil gouvernemental ou traitée injustement par celui-ci, et à qui l’Administration ne confère aucun droit d’appel, devrait avoir accès à un tribunal judiciaire indépendant au moyen d’une procédure rapide et relativement peu coûteuse. Or, comme bien des instances engagées de nos jours, le contrôle judiciaire est à la fois trop coûteux et trop long. On comprend le justiciable d’hésiter à s’adresser aux tribunaux pour obtenir réparation à l’égard de ce qu’il considère comme une injustice administrative lorsque son avocat ne peut même pas prévoir avec certitude quelle norme de contrôle s’appliquera. Pourtant, l’issue du recours peut bien *dependre* de la norme de contrôle retenue. Le justiciable qui va de l’avant constate que la cour ne met pas l’accent sur sa prétention ou sur la mesure prise par l’État, mais qu’elle arbitre plutôt un long et mystérieux débat sur une méthode dite « pragmatique et fonctionnelle ». Chaque heure de préparation et de vacation que consacre l’avocat à un débat

face a substantial bill of costs from the successful government agency. A victory before the reviewing court may be overturned on appeal because the wrong “standard of review” was selected. A small business denied a licence or a professional person who wants to challenge disciplinary action should be able to seek judicial review without betting the store or the house on the outcome. Thus, in my view, the law of judicial review should be pruned of some of its unduly subtle, unproductive, or esoteric features.

D. *Standards of Review*

[134] My colleagues conclude that three standards of review should be reduced to two standards of review. I agree that this simplification will avoid some of the arcane debates about the point at which “unreasonableness” becomes “patent unreasonableness”. However, in my view the repercussions of their position go well beyond administrative tribunals. My colleagues conclude, and I agree:

Looking to either the magnitude or the immediacy of the defect in the tribunal’s decision provides no meaningful way in practice of distinguishing between a patently unreasonable and an unreasonable decision. [para. 41]

More broadly, they declare that “the analytical problems that arise in trying to apply the different standards undercut any conceptual usefulness created by the inherently greater flexibility of having multiple standards of review” (para. 44), and “any actual difference between them in terms of their operation appears to be illusory” (para. 41). A test which is incoherent when applied to administrative tribunals does not gain in coherence or logic when applied to other administrative decision makers such as mid-level bureaucrats or, for that matter, Ministers. If logic and language cannot capture the distinction in one context, it must equally be deficient elsewhere in the field of judicial review. I therefore proceed on the basis that the distinction between “patent unreasonableness” and “reasonableness *simpliciter*” has been declared by the Court

juridique improductif coûte cher au client. De plus, le demandeur débouté peut bien devoir verser des dépens substantiels au gouvernement. La décision favorable rendue par la cour de révision peut être infirmée en appel au motif que la bonne « norme de contrôle » n’a pas été appliquée. La petite entreprise à qui on refuse un permis ou le professionnel qui fait l’objet d’une mesure disciplinaire devrait pouvoir demander le contrôle judiciaire de la décision sans miser son commerce ou sa maison sur l’issue de l’instance. C’est pourquoi le droit applicable en la matière devrait à mon sens être débarrassé de certaines caractéristiques indûment subtiles, improductives ou ésotériques.

D. *Les normes de contrôle*

[134] Mes collègues concluent que les trois normes de contrôle devraient être ramenées à deux. Cette simplification permettra certes d’éviter certains échanges obscurs sur le moment auquel une décision « déraisonnable » devient « manifestement déraisonnable », mais selon moi, elle aura des repercussions sur bien d’autres décideurs. Je souscris à l’avis de mes collègues lorsqu’ils affirment :

Dans les faits, ni l’importance du défaut entachant la décision ni son caractère flagrant ne permettent vraiment de distinguer une décision manifestement déraisonnable d’une décision déraisonnable. [par. 41]

D’un point de vue général, ils ajoutent que « les difficultés analytiques soulevées par l’application des différentes normes réduisent à néant toute utilité conceptuelle découlant de la plus grande souplesse propre à l’existence de normes de contrôle multiples » (par. 44), puis « toute différence réelle sur le plan de l’application se révèle illusoire » (par. 41). Un test incohérent appliqué à un tribunal administratif ne gagne pas en cohérence ou en logique lorsqu’il s’applique à un autre décideur administratif, qu’il s’agisse d’un fonctionnaire de rang moyen, voire d’un ministre. Lorsque ni la logique ni la langue ne peuvent saisir la distinction dans un contexte, elles ne peuvent non plus le faire par ailleurs dans le domaine du contrôle judiciaire. Je suppose donc que la Cour abandonne la distinction entre le « manifestement déraisonnable » et le

to be abandoned. I propose at this point to examine what I see as some of the implications of this abandonment.

E. *Degrees of Deference*

[135] The distinction between reasonableness *simpliciter* and patent unreasonableness was not directed merely to “the magnitude or the immediacy of the defect” in the administrative decision (para. 41). The distinction also recognized that different administrative decisions command different degrees of deference, depending on who is deciding what.

[136] A minister making decisions under the *Extradition Act*, R.S.C. 1985, c. E-23, to surrender a fugitive, for example, is said to be “at the extreme legislative end of the *continuum* of administrative decision-making” (*Idziak v. Canada (Minister of Justice)*, [1992] 3 S.C.R. 631, at p. 659). On the other hand, a ministerial delegate making a deportation decision according to ministerial guidelines was accorded considerably less deference in *Baker* (where the “reasonableness *simpliciter*” standard was applied). The difference does not lie only in the judge’s view of the perceived immediacy of the defect in the administrative decision. In *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1, a unanimous Court adopted the caution in the context of counter-terrorism measures that “[i]f the people are to accept the consequences of such decisions, they must be made by persons whom the people have elected and whom they can remove” (para. 33). Administrative decision makers generally command respect more for their expertise than for their prominence in the administrative food chain. Far more numerous are the lesser officials who reside in the bowels and recesses of government departments adjudicating pension benefits or the granting or withholding of licences, or municipal boards poring over budgets or allocating costs of local improvements. Then there are the Cabinet and Ministers of the Crown who make broad decisions of public policy such as testing cruise missiles, *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, or policy decisions

« raisonnable *simpliciter* ». Je me penche maintenant sur certaines des conséquences que me paraît avoir cet abandon.

E. *Les degrés de déférence*

[135] La distinction entre la norme de la décision raisonnable *simpliciter* et celle de la décision manifestement déraisonnable ne tenait pas seulement à « l’importance du défaut entachant la décision [administrative] ni [à] son caractère flagrant » (par. 41). Elle reconnaissait aussi le fait que différentes décisions administratives appellent différents degrés de déférence, selon l’identité du décideur et la nature de la décision.

[136] On dit par exemple de la décision du ministre d’extrader un fugitif en application de la *Loi sur l’extradition*, L.R.C. 1985, ch. E-23, qu’elle « se situe à l’extrême limite législative du processus décisionnel administratif » (*Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631, p. 659). Par contre, la décision d’un représentant du ministre d’expulser une personne sur le fondement de lignes directrices ministérielles a fait l’objet d’une déférence bien moins grande dans l’affaire *Baker*, où la norme de la « décision raisonnable *simpliciter* » a été appliquée. La distinction ne tient pas seulement à l’opinion du juge quant au caractère flagrant du défaut entachant la décision administrative. Dans l’affaire *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1, la Cour a fait sienne à l’unanimité la mise en garde suivante applicable dans le contexte de mesures contre le terrorisme : [TRADUCTION] « Pour que la population accepte les conséquences de ces décisions, elles doivent être prises par des personnes que la population a choisies et qu’elle peut écarter » (par. 33). En règle générale, le décideur administratif commande le respect davantage pour son expertise que pour son importance dans la hiérarchie de l’État. Les fonctionnaires de rang inférieur qui, dans le dédale des différents ministères, accordent prestations de retraite et autres ou délivrent (ou refusent) permis et licences, ou encore, les organismes municipaux qui planchent sur des budgets ou répartissent les coûts d’améliorations locales, sont de loin les décideurs les plus nombreux. Puis il y a le Cabinet et

arising out of decisions of major administrative tribunals, as in *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735, at p. 753, where the Court said: “The very nature of the body must be taken into account in assessing the technique of review which has been adopted by the Governor in Council.”

[137] Of course, the degree of deference also depends on the nature and content of the question. An adjudicative tribunal called on to approve pipelines based on “public convenience and necessity” (*Westcoast Energy Inc. v. Canada (National Energy Board)*, [1998] 1 S.C.R. 322) or simply to take a decision in the “public interest” is necessarily accorded more room to manoeuvre than is a professional body, given the task of determining an appropriate sanction for a member’s misconduct (*Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, 2003 SCC 20).

[138] In our recent jurisprudence, the “nature of the question” before the decision maker has been considered as one of a number of elements to be considered in choosing amongst the various standards of review. At this point, however, I believe it plays a more important role in terms of substantive review. It helps to define the range of reasonable outcomes within which the administrator is authorized to choose.

[139] The judicial sensitivity to different levels of respect (or deference) required in different situations is quite legitimate. “Contextualizing” a single standard of review will shift the debate (slightly) from choosing *between* two standards of reasonableness that each represent a different level of deference to a debate *within* a single standard of reasonableness to determine the appropriate level of deference. In practice, the result of today’s decision may be like the bold innovations of a traffic engineer that in the end do no more than shift rush hour congestion from one road intersection to another

les ministres qui prennent des décisions politiques de large portée comme celle de permettre l’essai de missiles de croisière (*Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441) ou des décisions politiques dans la foulée de tribunaux administratifs de premier plan, comme dans l’affaire *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735, où la Cour a dit qu’« [i]l faut, dans l’évaluation de la technique de révision adoptée par le gouverneur en conseil, tenir compte de la nature même de ce corps constitué » (p. 753).

[137] Bien sûr, le degré de déférence tient aussi à la nature et à la teneur de la question à trancher. Le tribunal administratif appelé à approuver un pipeline sur le fondement de l’« utilité publique » (*Westcoast Energy Inc. c. Canada (Office national de l’énergie)*, [1998] 1 R.C.S. 322) ou simplement à rendre une décision « dans l’intérêt public » jouit nécessairement d’une plus grande marge de manoeuvre que l’organisme professionnel auquel il incombe de déterminer la sanction qu’il convient d’imposer à un membre pris en faute (*Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, 2003 CSC 20).

[138] Dans la jurisprudence récente de la Cour, la « nature de la question » soumise au décideur est considérée comme l’un des éléments à prendre en compte pour arrêter la bonne norme de contrôle. Maintenant, je crois cependant qu’elle joue un rôle plus déterminant sur le fond. Elle contribue en effet à circonscrire les issues raisonnables qui s’offrent au décideur administratif.

[139] Il est parfaitement légitime que les cours se soucient des différents degrés de respect (ou de déférence) que commandent différentes situations. Appliquer en fonction du contexte une norme de contrôle unique transforme (quelque peu) le débat : il ne s’agit plus de choisir *entre* deux normes de raisonabilité correspondant chacune à un degré de déférence distinct, mais bien de déterminer le bon degré de déférence *à l’intérieur* d’une seule norme de raisonabilité. Le résultat du présent arrêt pourrait bien s’apparenter dans les faits à celui obtenu par un ingénieur de la circulation routière dont les

without any overall saving to motorists in time or expense.

[140] That said, I agree that the repeated attempts to define and explain the difference between reasonableness *simpliciter* and “patent” unreasonableness can be seen with the benefit of hindsight to be unproductive and distracting. Nevertheless, the underlying issue of degrees of deference (which the two standards were designed to address) remains.

[141] Historically, our law recognized “patent” unreasonableness before it recognized what became known as reasonableness *simpliciter*. The adjective “patent” initially underscored the level of respect that was due to the designated decision maker, and signalled the narrow authority of the courts to interfere with a particular administrative *outcome* on substantive grounds. The reasonableness *simpliciter* standard was added at a later date to recognize a reduced level of deference. Reducing three standards of review to two standards of review does not alter the reality that at the high end “patent” unreasonableness (in the sense of manifestly indefensible) was not a bad description of the hurdle an applicant had to get over to have an administrative decision quashed on a ground of substance. The danger of labelling the most “deferential” standard as “reasonableness” is that it may be taken (wrongly) as an invitation to reviewing judges not simply to identify the usual issues, such as whether irrelevant matters were taken into consideration, or relevant matters were not taken into consideration, but to reweigh the input that resulted in the administrator’s decision as if it were the judge’s view of “reasonableness” that counts. At this point, the judge’s role is to identify the outer boundaries of reasonable outcomes within which the administrative decision maker is free to choose.

F. *Multiple Aspects of Administrative Decisions*

[142] Mention should be made of a further feature that also reflects the complexity of the subject

mesures audacieuses visant à réduire la congestion à l’heure de pointe ne font en fin de compte que déplacer le problème d’une intersection à une autre sans économie globale de temps ou d’argent pour les automobilistes.

[140] Cela dit, je conviens qu’avec le recul, les tentatives répétées de définir et d’expliquer la différence entre la décision raisonnable *simpliciter* et la décision « manifestement » déraisonnable peuvent être tenues pour vaines et importunes. Néanmoins, la question sous-jacente du degré de déférence (que devait régler l’application des deux normes) demeure.

[141] Notre droit a reconnu la norme du « manifestement » déraisonnable avant celle de la décision raisonnable *simpliciter*. Au départ, l’adverbe « manifestement » soulignait l’importance du respect auquel avait droit le décideur administratif et la minceur du pouvoir de la cour de réviser sa décision sur le fond. La norme du raisonnable *simpliciter* s’est ajoutée subséquemment pour reconnaître un degré de déférence moindre. Malgré l’abaissement du nombre de normes de contrôle de trois à deux, il demeure qu’à la limite supérieure de l’échelle, l’expression « manifestement » déraisonnable (au sens de manifestement indéfendable) rendait assez bien la difficulté que devait surmonter le demandeur pour obtenir l’annulation d’une décision administrative sur le fond. Qualifier de « raisonnable » la décision qui justifie la plus grande déférence risque d’inciter (à tort) les cours de révision à ne pas seulement se poser les questions habituelles (p. ex., des éléments non pertinents ont-ils été pris en compte ou a-t-on fait abstraction d’éléments pertinents?), mais à soupeser à leur tour les données à partir desquelles le décideur administratif a tranché, comme si leur perception de ce qui est « raisonnable » l’emportait. Le rôle de la cour de révision est de délimiter les résultats raisonnables parmi lesquels le décideur administratif est libre de choisir.

F. *Les multiples facettes de la décision administrative*

[142] Il convient de faire état d’une autre caractéristique qui témoigne également de la complexité

matter of judicial review. An applicant may advance several grounds for quashing an administrative decision. He or she may contend that the decision maker has misinterpreted the general law. He or she may argue, in the alternative, that even if the decision maker got the general law straight (an issue on which the court's view of what is correct will prevail), the decision maker did not properly apply it to the facts (an issue on which the decision maker is entitled to deference). In a challenge under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to a surrender for extradition, for example, the minister will have to comply with the Court's view of *Charter* principles (the "correctness" standard), but if he or she correctly appreciates the applicable law, the court will properly recognize a wide discretion in the application of those principles to the particular facts. The same approach is taken to less exalted decision makers (*Moreau-Bérubé v. New Brunswick (Judicial Council)*, [2002] 1 S.C.R. 249, 2002 SCC 11). In the jargon of the judicial review bar, this is known as "segmentation".

G. *The Existence of a Privative Clause*

[143] The existence of a privative clause is currently subsumed within the "pragmatic and functional" test as one factor amongst others to be considered in determining the appropriate standard of review, where it supports the choice of the patent unreasonableness standard. A single standard of "reasonableness" cannot mean that the degree of deference is unaffected by the existence of a suitably worded privative clause. It is certainly a relevant contextual circumstance that helps to calibrate the intrusiveness of a court's review. It signals the level of respect that must be shown. Chief Justice Laskin during argument once memorably condemned the quashing of a labour board decision protected by a strong privative clause, by saying "what's wrong with these people [the judges], can't they read?" A system of judicial review based on the rule of law ought not to treat a privative clause as conclusive, but it is more than just another "factor" in the hopper of pragmatism and functionality. Its existence should presumptively foreclose judicial review on the basis of *outcome* on substantive grounds unless the applicant can show that the

du contrôle judiciaire. Plusieurs motifs d'annulation peuvent être invoqués à l'encontre d'une décision administrative, dont celui que son auteur a mal interprété le droit général. Subsidiairement, même si le décideur a bien interprété celui-ci (la norme de la décision correcte s'appliquant à cet égard), on peut lui reprocher de ne l'avoir pas correctement appliqué aux faits (le décideur ayant droit à la déférence sur ce point). Lorsque, par exemple, la décision d'extrader une personne est contestée sur le fondement de la *Charte canadienne des droits et libertés*, le ministre doit se conformer à l'interprétation judiciaire des principes constitutionnels (la norme de la « décision correcte »), mais lorsqu'il saisit bien le droit applicable, la cour lui reconnaît à juste titre un large pouvoir discrétionnaire dans l'application de ces principes aux faits de l'espèce. La même approche vaut pour les décideurs de rang inférieur (*Moreau-Bérubé c. Nouveau-Brunswick (Conseil de la magistrature)*, [2002] 1 R.C.S. 249, 2002 CSC 11). Dans le jargon du contrôle judiciaire, on parle de « fractionnement ».

G. *L'existence d'une clause privative*

[143] L'existence d'une clause privative est actuellement prise en compte lors l'analyse « pragmatique et fonctionnelle » comme l'un des facteurs jouant dans la détermination de la bonne norme de contrôle et elle milite alors en faveur de la norme du manifestement déraisonnable. Même si une seule norme de « raisonabilité » s'applique, l'existence d'une clause privative convenablement libellée influence nécessairement le degré de déférence. Il s'agit sans aucun doute d'un élément contextuel pertinent qui permet à la cour de moduler son immixtion, et c'est un indice du respect qui s'impose. Lors de plaidoiries, le juge en chef Laskin a un jour vertement condamné l'annulation d'une décision administrative en droit du travail malgré l'application d'une clause privative non équivoque : [TRADUCTION] « Qu'est-ce qui ne va pas chez ces gens [les juges], ils ne savent pas lire? » Un mécanisme de contrôle judiciaire axé sur la primauté du droit ne doit pas tenir une clause privative pour décisive, mais celle-ci constitue davantage qu'un « facteur » parmi d'autres dans l'analyse pragmatique et fonctionnelle. Sa présence devrait *a priori*

clause, properly interpreted, permits it or there is some legal reason why it cannot be given effect.

H. *A Broader Reappraisal*

[144] “Reasonableness” is a big tent that will have to accommodate a lot of variables that inform and limit a court’s review of the outcome of administrative decision making.

[145] The theory of our recent case law has been that once the appropriate standard of review is selected, it is a fairly straightforward matter to apply it. In practice, the criteria for selection among “reasonableness” standards of review proved to be undefinable and their application unpredictable. The present incarnation of the “standard of review” analysis requires a threshold debate about the four factors (non-exhaustive) which critics say too often leads to unnecessary delay, uncertainty and costs as arguments rage before the court about balancing expertise against the “real” nature of the question before the administrator, or whether the existence of a privative clause trumps the larger statutory purpose, and so on. And this is all mere *preparation* for the argument about the actual substance of the case. While a measure of uncertainty is inherent in the subject matter and unavoidable in litigation (otherwise there wouldn’t be any), we should at least (i) establish some presumptive rules and (ii) get the parties away from arguing about the tests and back to arguing about the substantive merits of their case.

[146] The going-in presumption should be that the standard of review of any administrative outcome on grounds of substance is not correctness but reasonableness (“contextually” applied). The fact that the legislature designated someone other than the court as the decision maker calls for deference to (or judicial respect for) the outcome, absent a broad statutory right of appeal. Administrative decisions generally call for the exercise of discretion. Everybody recognizes in such cases that there is *no* single “correct” outcome. It should also be

faire obstacle au contrôle judiciaire de la *décision* sur le fond, sauf lorsque le demandeur peut établir que la clause, interprétée correctement, l’autorise ou que pour quelque motif juridique, il ne peut être donné effet à celle-ci.

H. *Une réévaluation plus large*

[144] La notion de « raisonabilité » est vaste et son application devra prendre en compte un grand nombre de variables qui délimitent le contrôle judiciaire d’une décision administrative.

[145] Suivant la jurisprudence récente de notre Cour, une fois arrêtée, la norme de contrôle est en principe relativement simple à appliquer. Or, dans les faits, les critères présidant au choix entre les normes fondées sur la « raisonabilité » se révèlent indéfinissables et leur application, imprévisible. La démarche actuelle commande l’examen préalable de quatre facteurs (non exhaustifs) qui, selon les détracteurs du mécanisme, prolongent indûment l’instance, accroissent l’incertitude et majoreront les coûts, des arguments étant alors présentés à la cour quant à l’adéquation de l’expertise du décideur administratif avec la nature « véritable » de la question à trancher ou quant à la préséance de la clause privative sur l’objet général de la loi, etc. Et tout cela n’est que le *prélude* à la plaidoirie sur la véritable question de fond. Le doute va jusqu’à un certain point de soi en la matière, comme dans tout litige (sinon il n’y en aurait pas), mais nous devrions à tout le moins (i) établir quelques présomptions et (ii) faire en sorte que les parties cessent de débattre des critères applicables et fassent plutôt valoir leurs prétentions sur le fond.

[146] Il devrait être présumé au départ que la norme de contrôle de toute décision administrative sur le fond est celle non pas de la décision correcte, mais bien de la raisonabilité (appliquée selon le contexte). Le fait que le législateur a conféré le pouvoir décisionnel à un autre organisme qu’une cour de justice appelle la déférence (ou le respect judiciaire), sauf droit d’appel général prévu par la loi. La décision administrative suppose normalement l’exercice du pouvoir discrétionnaire. Nul ne conteste qu’il *ne saurait* alors y avoir qu’une seule

presumed, in accordance with the ordinary rules of litigation, that the decision under review *is* reasonable until the applicant shows otherwise.

[147] An applicant urging the non-deferential “correctness” standard should be required to demonstrate that the decision under review rests on an error in the determination of a *legal* issue not confided (or which constitutionally *could* not be confided) to the administrative decision maker to decide, whether in relation to jurisdiction or the general law. Labour arbitrators, as in this case, command deference on legal matters within their enabling statute or on legal matters intimately connected thereto.

[148] When, then, should a decision be deemed “unreasonable”? My colleagues suggest a test of *irrationality* (para. 46), but the editors of *de Smith* point out that “many decisions which fall foul of [unreasonableness] have been coldly rational” (*de Smith, Woolf & Jowell: Judicial Review of Administrative Action* (5th ed. 1995), at para. 13-003). A decision meeting this description by this Court is *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 S.C.R. 539, 2003 SCC 29, where the Minister’s appointment of retired judges with little experience in labour matters to chair “interest” arbitrations (as opposed to “grievance” arbitrations) between hospitals and hospital workers was “coldly rational” in terms of the Minister’s own agenda, but was held by a majority of this Court to be patently unreasonable in terms of the history, object and purpose of the authorizing legislation. He had not used the appointment power for the purposes for which the legislature had conferred it.

[149] Reasonableness rather than rationality has been the traditional standard and, properly interpreted, it works. That said, a single “reasonableness” standard will now necessarily incorporate *both* the degree of deference formerly reflected in the distinction between patent unreasonableness and reasonableness *simpliciter*, and an assessment

décision correcte. Conformément aux règles qui régissent habituellement les litiges, on devrait aussi présumer que la décision visée par le contrôle *est* raisonnable, sauf preuve contraire du demandeur.

[147] Celui qui préconise l’application de la norme de la décision correcte — soit l’absence de déférence — devrait être tenu de prouver que la décision contestée résulte du règlement erroné d’une question *juridique* ne relevant pas (ou ne *pouvant* pas constitutionnellement relever) du décideur administratif, qu’elle ait trait à la compétence ou au droit en général. Un arbitre en droit du travail, comme celui visé en l’espèce, a droit à la déférence lorsque sa décision porte sur une question de droit relevant de sa loi habilitante ou sur une question de droit très connexe.

[148] Dans quels cas une décision devrait-elle alors être tenue pour « déraisonnable »? Mes collègues proposent le critère de l’*irrationalité* (par. 46). Or, l’introduction de *de Smith, Woolf & Jowell: Judicial Review of Administrative Action* (5^e éd. 1995) signale que [TRADUCTION] « nombre de décisions qui heurtent [la raison] se révèlent froidement rationnelles » (par. 13-003). Dans l’affaire *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539, 2003 CSC 29, où le ministre responsable avait choisi des juges retraités peu familiarisés avec le domaine des relations de travail pour présider des conseils d’arbitrage appelés à statuer sur des différends (et non des griefs) opposant des hôpitaux à leurs employés, la décision du ministre était « froidement rationnelle » au regard des objectifs du ministre, mais les juges majoritaires de la Cour ont estimé qu’elle était manifestement déraisonnable eu égard à l’historique, à l’objet et à la raison d’être de la loi habilitante. Le ministre n’avait pas exercé son pouvoir de désignation aux fins prévues par le législateur.

[149] La norme traditionnelle est celle de la raisonabilité, et non de la rationalité. Interprétée correctement, elle s’applique fort bien. Dorénavant, toutefois, une norme de « raisonabilité » unique englobera nécessairement le degré de déférence que traduisait auparavant la distinction entre le manifestement déraisonnable et le raisonnable *simpliciter*,

of the range of options reasonably open to the decision maker in the circumstances, in light of the reasons given for the decision. Any reappraisal of our approach to judicial review should, I think, explicitly recognize these different dimensions to the “reasonableness” standard.

I. *Judging “Reasonableness”*

[150] I agree with my colleagues that “reasonableness” depends on the context. It must be calibrated to fit the circumstances. A driving speed that is “reasonable” when motoring along a four-lane interprovincial highway is not “reasonable” when driving along an inner city street. The standard (“reasonableness”) stays the same, but the reasonableness assessment will vary with the relevant circumstances.

[151] This, of course, is the nub of the difficulty. My colleagues write:

In judicial review, reasonableness is concerned mostly with the existence of justification, transparency and intelligibility within the decision-making process. But it is also concerned with whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law. [para. 47]

I agree with this summary but what is required, with respect, is a more easily applied framework into which the judicial review court and litigants can plug in the relevant context. No one doubts that in order to overturn an administrative outcome on grounds of substance (i.e. leaving aside errors of fairness or law which lie within the supervising “function” of the courts), the reviewing court must be satisfied that the outcome was outside the scope of reasonable responses open to the decision maker under its grant of authority, usually a statute. “[T]here is always a perspective”, observed Rand J., “within which a statute is intended [by the legislature] to operate”: *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, at p. 140. How is that “perspective” to be ascertained? The reviewing judge will obviously want to consider the precise nature and function of the decision maker including its expertise, the terms and objectives of the governing statute (or common law) conferring the power of decision, including

et la prise en compte des décisions qui auraient pu raisonnablement être rendues dans les circonstances, compte tenu des motifs invoqués. Je suis d’avis que toute réforme du mécanisme de contrôle judiciaire doit reconnaître expressément ces différents aspects de la norme de la « raisonabilité ».

I. *Statuer sur la « raisonabilité »*

[150] À l’instar de mes collègues, je crois que la « raisonabilité » d’une décision tient au contexte. La raisonabilité doit être adaptée aux circonstances. La limite de vitesse jugée « raisonnable » sur une autoroute interprovinciale à quatre voies ne l’est plus dans une rue du centre-ville. La norme (celle de la « raisonabilité ») demeure la même, mais l’appréciation du caractère raisonnable varie selon les faits en cause.

[151] Tel est évidemment le nœud du problème. Mes collègues affirment :

Le caractère raisonnable tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l’intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu’à l’appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit. [par. 47]

Je suis d’accord, mais sauf le respect que je leur dois, il faut une grille d’analyse que la cour de révision et les parties puissent plus aisément appliquer aux faits en cause. Nul doute que pour infirmer une décision administrative sur le fond (abstraction faite des erreurs relatives à l’équité ou au droit, qui ressortissent à sa fonction de surveillance), la cour de révision doit être convaincue que la décision ne fait pas partie de celles que pouvait raisonnablement rendre le décideur dans l’exercice du pouvoir que lui confère généralement une disposition législative. Comme l’a fait observer le juge Rand, [TRADUCTION] « une loi est toujours censée [suivant l’intention du législateur] s’appliquer dans une certaine optique » : *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, p. 140. Comment doit-on déterminer cette « optique »? La cour de révision tiendra assurément compte de la nature et de la fonction précises du décideur, y compris son expertise, du libellé et des objectifs de la loi (ou de la common

the existence of a privative clause and the nature of the issue being decided. Careful consideration of these matters will reveal the extent of the discretion conferred, for example, the extent to which the decision formulates or implements broad public policy. In such cases, the range of permissible considerations will obviously be much broader than where the decision to be made is more narrowly circumscribed, e.g., whether a particular claimant is entitled to a disability benefit under governmental social programs. In some cases, the court will have to recognize that the decision maker was required to strike a proper balance (or achieve proportionality) between the adverse impact of a decision on the rights and interests of the applicant or others directly affected weighed against the public purpose which is sought to be advanced. In each case, careful consideration will have to be given to the reasons given for the decision. To this list, of course, may be added as many “contextual” considerations as the court considers relevant and material.

[152] Some of these indicia were included from the outset in the pragmatic and functional test itself (see *Bibeault*, at p. 1088). The problem, however, is that under *Bibeault*, and the cases that followed it, these indicia were used to choose among the different standards of review, which were themselves considered more or less fixed. In *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, for example, the Court *rejected* the argument that “it is sometimes appropriate to apply the reasonableness standard more deferentially and sometimes less deferentially depending on the circumstances” (para. 43). It seems to me that collapsing everything beyond “correctness” into a single “reasonableness” standard will require a reviewing court to do exactly that.

[153] The Court’s adoption in this case of a single “reasonableness” standard that covers both the degree of deference assessment and the reviewing court’s evaluation, in light of the appropriate degree of deference, of whether the decision falls within a range of reasonable administrative choices will require a reviewing court to juggle a number of variables that are necessarily to be considered

law) conférant le pouvoir, y compris la présence d’une clause privative, et de la nature de la question à trancher. L’examen attentif de ces éléments révélera l’étendue du pouvoir discrétionnaire, comme la mesure dans laquelle la décision traduit ou met en œuvre une politique publique générale. Bien sûr, la gamme des éléments pouvant être considérés sera alors plus grande que lorsque la question à trancher est plus étroitement circonscrite (le demandeur a-t-il droit, p. ex., à une prestation d’invalidité en application d’un programme social public?). La cour devra parfois reconnaître que le décideur devait établir un juste équilibre (ou une proportionnalité) entre, d’une part, les répercussions défavorables de la décision sur les droits et les intérêts du demandeur ou d’autres personnes directement touchées et, d’autre part, l’objectif public poursuivi. Elle devra toujours considérer attentivement les motifs de la décision. Elle pourra évidemment prendre en compte tous les autres éléments « contextuels » qu’elle jugera pertinents et importants.

[152] Certains de ces éléments ont été intégrés dès le départ à l’analyse pragmatique et fonctionnelle elle-même (voir l’arrêt *Bibeault*, p. 1088). Or, dans cet arrêt comme dans ceux qui l’ont suivi, ces éléments ont présidé au choix entre les différentes normes de contrôle, lesquelles étaient considérées comme plus ou moins immuables. Dans l’arrêt *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, la Cour a *rejeté* l’argument qu’« il est parfois approprié d’appliquer la norme de la décision raisonnable avec plus de déférence et parfois avec moins de déférence, selon les circonstances » (par. 43). Assujettir tout ce qui n’est pas soumis à la norme de la « décision correcte » à une norme de « raisonnabilité » unique revient à exiger de la cour de révision qu’elle fasse exactement cela.

[153] Le fait que la Cour adopte en l’espèce une norme de « raisonnabilité » unique qui suppose à la fois que l’on arrête le degré de déférence approprié et, compte tenu de celui-ci, que l’on détermine si la décision administrative figure au nombre des choix qui s’offraient raisonnablement au décideur, oblige la cour de révision à soupeser un certain nombre de variables qui doivent nécessairement être

together. Asking courts to have regard to more than one variable is not asking too much, in my opinion. In other disciplines, data are routinely plotted simultaneously along both an *X* axis and a *Y* axis, without traumatizing the participants.

[154] It is not as though we lack guidance in the decided cases. Much has been written by various courts about deference and reasonableness in the particular contexts of different administrative situations. Leaving aside the “pragmatic and functional” test, we have ample precedents to show when it is (or is not) appropriate for a court to intervene in the outcome of an administrative decision. The problem is that courts have lately felt obliged to devote too much time to multi-part threshold tests instead of focussing on the who, what, why and wherefor of the litigant’s complaint on its merits.

[155] That having been said, a reviewing court ought to recognize throughout the exercise that fundamentally the “reasonableness” of the outcome is an issue given to others to decide. The exercise of discretion is an important part of administrative decision making. Adoption of a single “reasonableness” standard should not be seen by potential litigants as a lowering of the bar to judicial intervention.

J. Application to This Case

[156] Labour arbitrators often have to juggle different statutory provisions in disposing of a grievance. The courts have generally attached great importance to their expertise in keeping labour peace. In this case, the adjudicator was dealing with his “home statute” plus other statutes intimately linked to public sector relations in New Brunswick. He was working on his “home turf”, and the legislature has made clear in the privative clause that it intended the adjudicator to determine the outcome of the appellant’s grievance. In this field, quick and cheap justice (capped by finality) advances the achievement of the legislative scheme. Recourse to judicial review is discouraged. I would therefore apply a reasonableness standard to the adjudicator’s

considérées de pair. Selon moi, exiger des cours de justice qu’elles prennent en compte plus d’une variable à la fois n’est pas excessif. Dans d’autres domaines, il est courant que des données figurent sur l’axe des *X* et l’axe des *Y* sans que cela n’effare les participants.

[154] Ce n’est pas comme si la jurisprudence n’établissait aucun paramètre. Différentes cours de justice se sont prononcées abondamment sur la déférence et la raisonabilité eu égard à différentes situations administratives. Au-delà de l’analyse « pragmatique et fonctionnelle », un grand nombre de décisions judiciaires permettent de déterminer dans quels cas il convient ou non de réformer une décision administrative. Or, ces dernières années, les cours se sont senties obligées de consacrer un temps considérable à l’application de critères préalables comportant de multiples volets, et ce, au détriment des tenants et des aboutissants du litige.

[155] Cela dit, tout au long de la démarche, la cour de révision doit se rappeler que, fondamentalement, ce n’est pas à elle de juger de la « raisonabilité » d’une décision. Le pouvoir discrétionnaire joue un rôle important dans le processus décisionnel administratif. Il ne faudrait pas voir dans l’établissement d’une seule norme de « raisonabilité » un assouplissement des conditions auxquelles une cour de justice peut s’immiscer dans ce processus.

J. L’application à la présente espèce

[156] L’arbitre doit souvent appliquer différentes dispositions législatives pour statuer sur un grief. Les tribunaux ont généralement accordé une grande importance à son expertise pour le maintien de la paix sociale. Dans la présente affaire, l’arbitre a appliqué sa « loi constitutive » et d’autres dispositions législatives intimement liées aux relations de travail dans les services publics au Nouveau-Brunswick. Il évoluait sur son propre terrain, et la clause privative indiquait clairement la volonté du législateur de lui laisser le soin de statuer sur le grief de l’appelant. Dans ce domaine, le caractère rapide et peu coûteux de la procédure (le caractère définitif de la décision jouant à cet égard) favorise la mise en œuvre du régime législatif. Le contrôle

interpretation of his “home turf” statutory framework.

[157] Once under the flag of reasonableness, however, the salient question before the adjudicator in this case was essentially legal in nature, as reflected in the reasons he gave for his decision. He was not called on to implement public policy; nor was there a lot of discretion in dealing with a non-unionized employee. The basic facts were not in dispute. He was disposing of a *lis* which he believed to be governed by the legislation. He was right to be conscious of the impact of his decision on the appellant, but he stretched the law too far in coming to his rescue. I therefore join with my colleagues in dismissing the appeal.

The reasons of Deschamps, Charron and Rothstein JJ. were delivered by

[158] DESCHAMPS J. — The law of judicial review of administrative action not only requires repairs, it needs to be cleared of superfluous discussions and processes. This area of the law can be simplified by examining the *substance* of the work courts are called upon to do when reviewing any case, whether it be in the context of administrative or of appellate review. Any review starts with the identification of the questions at issue as questions of law, questions of fact or questions of mixed fact and law. Very little else needs to be done in order to determine whether deference needs to be shown to an administrative body.

[159] By virtue of the Constitution, superior courts are the only courts that possess inherent jurisdiction. They are responsible both for applying the laws enacted by Parliament and the legislatures and for insuring that statutory bodies respect their legal boundaries. Parliament and the legislatures cannot totally exclude judicial oversight without overstepping the division between legislative or executive powers and judicial powers. Superior courts are, in the end, the protectors of the integrity of the rule of law and the justice system.

judiciaire est déconseillé aux parties. C’est pourquoi j’appliquerais la norme de la raisonabilité à l’interprétation de sa loi habilitante par l’arbitre.

[157] Dès lors, toutefois, la principale question que devait trancher l’arbitre revêtait essentiellement un caractère juridique, comme l’attestent ses motifs. Il n’avait pas à appliquer une politique publique et il ne jouissait pas d’un large pouvoir discrétionnaire pour trancher à l’égard d’un employé non syndiqué. Les faits fondamentaux n’étaient pas contestés. Il devait statuer sur un différend qui, selon lui, ressortissait à la loi. Il a eu raison de se soucier de l’incidence de sa décision sur l’appelant, mais il a exagéré la portée de la loi au bénéfice de ce dernier. Je me joins donc à mes collègues pour rejeter le pourvoi.

Version française des motifs des juges Deschamps, Charron et Rothstein rendus par

[158] LA JUGE DESCHAMPS — Les règles régissant le contrôle judiciaire de l’action gouvernementale ont besoin de plus que d’une simple réforme. Le droit, en ce domaine, doit être débarrassé des grilles d’analyse et des débats inutiles. On peut simplifier ce domaine du droit en s’en remettant à la *substance* du travail qu’accomplit une cour de justice lorsqu’elle est appelée à réviser une décision, que ce soit lors d’un contrôle administratif ou d’un simple appel. Dans chaque cas, il faut d’abord déterminer si la question en litige est une question de droit, de fait ou mixte de fait et de droit. Cela fait, bien peu d’autres éléments doivent s’ajouter à l’analyse pour déterminer si la cour doit faire preuve de déférence à l’endroit de l’organisme administratif.

[159] En vertu de la Constitution, seules les cours supérieures sont dotées d’une compétence inhérente. Il leur revient d’appliquer les lois adoptées par le Parlement et les assemblées législatives et de veiller à ce que les organismes créés par les lois n’outrepassent pas leurs pouvoirs légaux. Un législateur ne peut écarter complètement leur rôle de surveillance sans enfreindre la règle de la séparation des pouvoirs législatif ou exécutif et du pouvoir judiciaire. Les cours supérieures assurent en définitive l’intégrité de la règle de droit et du système de

Judicial review of administrative action is rooted in these fundamental principles and its boundaries are largely informed by the roles of the respective branches of government.

[160] The judicial review of administrative action has, over the past 20 years, been viewed as involving a preliminary analysis of whether deference is owed to an administrative body based on four factors: (1) the nature of the question, (2) the presence or absence of a privative clause, (3) the expertise of the administrative decision maker and (4) the object of the statute. The process of answering this preliminary question has become more complex than the determination of the substantive questions the court is called upon to resolve. In my view, the analysis can be made plainer if the focus is placed on the issues the parties need to have adjudicated rather than on the nature of the judicial review process itself. By focusing first on “the nature of the question”, to use what has become familiar parlance, it will become apparent that all four factors need not be considered in every case and that the judicial review of administrative action is often not distinguishable from the appellate review of court decisions.

[161] Questions before the courts have consistently been identified as either questions of fact, questions of law or questions of mixed fact and law. Whether undergoing appellate review or administrative law review, decisions on questions of fact always attract deference. The use of different terminology — “palpable and overriding error” versus “unreasonable decision” — does not change the substance of the review. Indeed, in the context of appellate review of court decisions, this Court has recognized that these expressions as well as others all encapsulate the same principle of deference with respect to a trial judge’s findings of fact: *H.L. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 401, 2005 SCC 25, at paras. 55-56. Therefore, when the issue is limited to questions of fact, there is no need to enquire into any other factor in order to determine that deference is owed to an administrative decision maker.

[162] Questions of law, by contrast, require more thorough scrutiny when deference is evaluated,

justice. Le contrôle judiciaire de l’action administrative s’appuie sur ces principes fondamentaux et il est en grande partie délimité par le rôle de chacun de ces organes du gouvernement.

[160] Depuis une vingtaine d’années, on considère que le contrôle judiciaire de l’action administrative exige que l’on détermine au préalable le degré de déférence applicable, et ce, en fonction de quatre facteurs : (1) la nature de la question en cause, (2) l’existence ou l’inexistence d’une clause privative, (3) l’expertise du décideur administratif et (4) l’objet de la loi. La démarche préalable se révèle plus complexe que le règlement des questions de fond en litige. À mon sens, l’analyse peut être simplifiée si une plus grande importance est accordée aux questions que les parties demandent à la cour de trancher qu’à la nature du processus de révision lui-même. En s’attachant d’abord à « la nature de la question », pour reprendre l’expression désormais consacrée, on constatera que les quatre facteurs ne doivent pas être pris en compte dans tous les cas et que, souvent, le contrôle judiciaire de l’action administrative fait appel aux mêmes notions que le contrôle en appel d’une décision judiciaire.

[161] De tout temps, une question en litige a été qualifiée de question de fait, de droit ou mixte de fait et de droit. Dans le cadre d’un appel ou d’un contrôle judiciaire, la décision relative à une question de fait commande toujours la déférence. Les nuances terminologiques — « erreur manifeste et dominante » ou « décision déraisonnable » — ne changent pas la teneur de l’examen. En effet, dans le contexte d’un appel visant une décision judiciaire, la Cour a reconnu que ces expressions ainsi que d’autres renvoient au même principe du respect des conclusions de fait tirées en première instance : *H.L. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 401, 2005 CSC 25, par. 55-56. Partant, lorsque le litige ne porte que sur les faits, il n’est nécessaire de tenir compte d’aucun autre facteur pour déterminer si la déférence s’impose à l’endroit du décideur administratif.

[162] Par contre, dans le cas d’une question de droit, un examen plus approfondi est requis pour

and the particular context of administrative decision making can make judicial review different than appellate review. Although superior courts have a core expertise to interpret questions of law, Parliament or a legislature may have provided that the decision of an administrative body is protected from judicial review by a privative clause. When an administrative body is created to interpret and apply certain legal rules, it develops specific expertise in exercising its jurisdiction and has a more comprehensive view of those rules. Where there is a privative clause, Parliament or a legislature's intent to leave the final decision to that body cannot be doubted and deference is usually owed to the body.

[163] However, privative clauses cannot totally shield an administrative body from review. Parliament, or a legislature, cannot have intended that the body would be protected were it to overstep its delegated powers. Moreover, if such a body is asked to interpret laws in respect of which it does not have expertise, the constitutional responsibility of the superior courts as guardians of the rule of law compels them to insure that laws falling outside an administrative body's core expertise are interpreted correctly. This reduced deference insures that laws of general application, such as the Constitution, the common law and the *Civil Code*, are interpreted correctly and consistently. Consistency of the law is of prime societal importance. Finally, deference is not owed on questions of law where Parliament or a legislature has provided for a statutory right of review on such questions.

[164] The category of questions of mixed fact and law should be limited to cases in which the determination of a legal issue is inextricably intertwined with the determination of facts. Often, an administrative body will first identify the rule and then apply it. Identifying the contours and the content of a legal rule are questions of law. Applying the rule, however, is a question of mixed fact and law. When considering a question of mixed fact and law, a reviewing court should show an adjudicator the same deference as an appeal court would show a lower court.

évaluer le niveau de déférence, et dans le contexte particulier de l'action administrative, le contrôle judiciaire peut différer de l'appel. Les cours supérieures sont certes mieux placées pour interpréter le droit, mais le législateur peut, au moyen d'une clause privative, limiter le contrôle judiciaire d'une décision administrative. Lorsqu'un organisme administratif est constitué pour interpréter et appliquer certaines règles juridiques, il acquiert une expertise particulière dans l'exercice de sa compétence et a une compréhension plus complète de ces règles. En présence d'une clause privative, l'on ne saurait mettre en doute la volonté du législateur de laisser à l'organisme le soin de trancher en dernier ressort, de sorte que la déférence s'impose habituellement.

[163] Une clause privative ne peut toutefois faire totalement obstacle au contrôle judiciaire. Le législateur ne peut avoir voulu y soustraire l'organisme administratif qui outrepassé les pouvoirs qui lui sont délégués. De plus, en tant que gardiennes de la primauté du droit, les cours supérieures ont l'obligation constitutionnelle de veiller à ce qu'un organisme administratif interprète correctement les lois qui ne ressortissent pas à son domaine d'expertise propre. Cette atténuation de la déférence garantit une interprétation juste et cohérente des dispositions de portée générale comme celles de la Constitution, de la common law et du *Code civil*. La cohérence du droit revêt une importance primordiale dans notre société. Enfin, une cour n'a pas à montrer de déférence lorsqu'il s'agit d'une question de droit et que la loi prévoit expressément un droit de révision pour ce type de question.

[164] Il n'y a de question mixte de fait et de droit que lorsque la question de droit est inextricablement liée aux conclusions de fait. Dans bien des cas, l'organisme administratif détermine d'abord la règle applicable, puis l'applique. Circonscrire une règle de droit et en déterminer la teneur sont des questions de droit. Toutefois, l'application de la règle de droit aux faits est une question mixte de fait et de droit. La cour de révision qui se penche sur une question mixte de fait et de droit devrait manifester autant de déférence envers le décideur que le ferait une cour d'appel vis-à-vis d'une cour inférieure.

[165] In addition, Parliament or a legislature may confer a discretionary power on an administrative body. Since the case at bar does not concern a discretionary power, it will suffice for the purposes of these reasons to note that, in any analysis, deference is owed to an exercise of discretion unless the body has exceeded its mandate.

[166] In summary, in the adjudicative context, the same deference is owed in respect of questions of fact and questions of mixed fact and law on administrative review as on an appeal from a court decision. A decision on a question of law will also attract deference, provided it concerns the interpretation of the enabling statute and provided there is no right of review.

[167] I would be remiss were I to disregard the difficulty inherent in any exercise of deference. In *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, [2003] 3 S.C.R. 77, 2003 SCC 63, LeBel J. explained why a distinction between the standards of patent unreasonableness and unreasonableness *simpliciter* is untenable. I agree. The problem with the definitions resides in attempts by the courts to enclose the concept of reasonableness in a formula fitting all cases. No matter how this Court defines this concept, any context considered by a reviewing court will, more often than not, look more like a rainbow than a black and white situation. One cannot change this reality. I use the word “deference” to define the contours of reasonableness because it describes the attitude adopted towards the decision maker. The word “reasonableness” concerns the decision. However, neither the concept of reasonableness nor that of deference is particular to the field of administrative law. These concepts are also found in the context of criminal and civil appellate review of court decisions. Yet, the exercise of the judicial supervisory role in those fields has not given rise to the complexities encountered in administrative law. The process of stepping back and taking an *ex post facto* look at the decision to determine whether there is an error justifying intervention should not be more

[165] De plus, le législateur peut investir un organisme administratif d'un pouvoir discrétionnaire. Comme un tel pouvoir n'est pas en cause dans la présente affaire, je me contente de faire observer que peu importe le cadre d'analyse, il y a lieu de faire preuve de déférence à l'égard de l'exercice du pouvoir discrétionnaire, sauf lorsque le décideur outrepassa son mandat.

[166] En résumé, dans le contexte juridictionnel, la décision sur une question de fait ou une question mixte de fait et de droit commande le même respect qu'il s'agisse du contrôle d'une décision administrative ou de l'appel d'une décision judiciaire. La décision sur une question de droit justifie aussi la déférence, à condition qu'elle porte sur l'interprétation de la loi habilitante et qu'il n'y ait pas de droit de révision.

[167] Je ne saurais passer sous silence la difficulté inhérente à tout exercice de déférence. Dans l'arrêt *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, [2003] 3 R.C.S. 77, 2003 CSC 63, le juge LeBel explique en quoi la distinction établie entre la norme de la décision manifestement déraisonnable et celle de la décision déraisonnable *simpliciter* n'est pas défendable. Je suis du même avis. Il est difficile de définir ces normes parce que les tribunaux tentent de ramener la notion de raisonnabilité à une formule unique d'application universelle. Quelle que soit la manière dont la Cour définit le concept, le contexte soumis à l'examen de la cour de révision sera plus souvent nuancé que tranché. On ne peut changer cette réalité. J'emploie le terme « déférence » pour définir les contours de la raisonnabilité parce qu'il renvoie à l'attitude adoptée vis-à-vis du décideur. Le terme « raisonnabilité » se rattache, lui, à la décision. Cependant, ni la notion de raisonnabilité ni celle de déférence ne sont spécifiques au droit administratif. On les retrouve également dans le contexte du contrôle en appel d'une décision judiciaire rendue au pénal ou au civil. Pourtant, dans ces domaines, le contrôle judiciaire ne soulève pas les difficultés rencontrées en droit administratif. La démarche qui consiste à prendre du recul et à faire un examen *ex post facto* pour déterminer si la décision est entachée d'une erreur justifiant sa révision ne devrait

complex in the administrative law context than in the criminal and civil law contexts.

[168] In the case at bar, the adjudicator was asked to adjudicate the grievance of a non-unionized employee. This meant that he had to identify the rules governing the contract. Identifying those rules is a question of law. Section 20 of the *Civil Service Act*, S.N.B. 1984, c. C-5.1, incorporates the rules of the common law, which accordingly become the starting point of the analysis. The adjudicator had to decide whether those rules had been ousted by the *Public Service Labour Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-25 (“*PSLRA*”), as applied, *mutatis mutandis*, to the case of a non-unionized employee (ss. 97(2.1), 100.1(2) and 100.1(5)). The common law rules relating to the dismissal of an employee differ completely from the ones provided for in the *PSLRA* that the adjudicator is regularly required to interpret. Since the common law, not the adjudicator’s enabling statute, is the starting point of the analysis, and since the adjudicator does not have specific expertise in interpreting the common law, the reviewing court does not have to defer to his decision on the basis of expertise. This leads me to conclude that the reviewing court can proceed to its own interpretation of the rules applicable to the non-unionized employee’s contract of employment and determine whether the adjudicator could enquire into the cause of the dismissal. The applicable standard of review is correctness.

[169] It is clear from the adjudicator’s reasoning that he did not even consider the common law rules. He said:

An employee to whom section 20 of the *Civil Service Act* and section 100.1 of the *PSLR Act* apply may be discharged for cause, with reasonable notice or with severance pay in lieu of reasonable notice. A discharge for cause may be for disciplinary or non-disciplinary reasons. [p. 5]

[170] The employer’s common law right to dismiss without cause is not alluded to in this key passage of the decision. Unlike a unionized employee, a non-unionized employee does not have employment security. His or her employment may be terminated without cause. The corollary of the

pas être plus complexe en matière administrative qu’en matière pénale ou civile.

[168] En l’espèce, l’arbitre était saisi du grief d’un employé non syndiqué. Il devait donc déterminer les règles applicables au contrat. La détermination de ces règles constitue une décision sur une question de droit. L’article 20 de la *Loi sur la Fonction publique*, L.N.-B. 1984, ch. C-5.1, incorpore les règles de la common law, lesquelles constituent dès lors le point de départ de l’analyse. L’arbitre devait déterminer si ces règles étaient écartées par la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics*, L.R.N.-B. 1973, ch. P-25 (« *LRTSP* »), appliquée avec les adaptations nécessaires à l’employé non syndiqué (par. 97(2.1), 100.1(2) et 100.1(5)). Les règles de la common law relatives au congédiement d’un employé diffèrent totalement de celles prévues dans la *LRTSP* que l’arbitre est régulièrement appelé à interpréter. La décision ne commande pas la retenue, car c’est la common law, et non la loi habilitante, qui est le point de départ de l’analyse; l’arbitre ne possède en ce domaine aucune expertise particulière. J’en conclus que la cour de révision peut s’en remettre à sa propre interprétation des règles applicables au contrat d’emploi de l’employé non syndiqué et déterminer si l’arbitre pouvait ou non s’enquérir des motifs du congédiement. La norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte.

[169] Il ressort du raisonnement de l’arbitre que l’application des règles de la common law n’a même pas été envisagée :

[TRADUCTION] L’employé visé à l’art. 20 de la *Loi sur la Fonction publique* et à l’art. 100.1 de la *LRTSP* peut être congédié pour motif avec préavis raisonnable ou indemnité en tenant lieu. Un tel congédiement peut, selon le cas, se fonder sur des motifs disciplinaires ou autres. [p. 5]

[170] Dans ce passage clé, l’arbitre ne mentionne pas que la common law permet à l’employeur de congédier l’employé sans motif. Contrairement à l’employé syndiqué, l’employé non syndiqué ne bénéficie pas de la sécurité d’emploi. Il peut être mis fin à son emploi sans motif. Ce droit de l’employeur

employer's right to dismiss without cause is the employee's right to reasonable notice or to compensation in lieu of notice. The distinction between the common law rules of employment and the statutory rules applicable to a unionized employee is therefore essential if s. 97(2.1) is to be applied *mutatis mutandis* to the case of a non-unionized employee as required by s. 100.1(5). The adjudicator's failure to inform himself of this crucial difference led him to look for a cause, which was not relevant in the context of a dismissal without cause. In a case involving dismissal without cause, only the amount of the compensation or the length of the notice is relevant. In a case involving dismissal for cause, the employer takes the position that no compensation or notice is owed to the employee. This was not such a case. In the case at bar, the adjudicator's role was limited to evaluating the length of the notice. He erred in interpreting s. 97(2.1) in a vacuum. He overlooked the common law rules, misinterpreted s. 100.1(5) and applied s. 97(2.1) literally to the case of a non-unionized employee.

[171] This case is one where, even if deference had been owed to the adjudicator, his interpretation could not have stood. The legislature could not have intended to grant employment security to non-unionized employees while providing only that the *PSLRA* was to apply *mutatis mutandis*. This right is so fundamental to an employment relationship that it could not have been granted in so indirect and obscure a manner.

[172] In this case, the Court has been given both an opportunity and the responsibility to simplify and clarify the law of judicial review of administrative action. The judicial review of administrative action need not be a complex area of law in itself. Every day, reviewing courts decide cases raising multiple questions, some of fact, some of mixed fact and law and some purely of law; in various contexts, the first two of these types of questions tend to require deference, while the third often does not. Reviewing courts are already amply equipped to resolve such questions and do not need a specialized analytical toolbox in order to review administrative decisions.

a pour corollaire le droit de l'employé à un préavis raisonnable ou à une indemnité en tenant lieu. La distinction entre les règles de la common law régissant l'emploi et celles d'origine législative applicables à l'employé syndiqué est donc essentielle à l'application du par. 97(2.1) à un employé non syndiqué, avec les adaptations nécessaires, conformément au par. 100.1(5). L'omission de tenir compte de cette différence cruciale a amené l'arbitre à rechercher un motif de congédiement, ce qui était hors de propos dans le contexte d'un congédiement sans motif. En effet, dans le cas d'un tel congédiement, seul est en cause le montant de l'indemnité ou la durée du préavis. Lorsqu'il congédie un employé pour motif, l'employeur tient pour acquis qu'il n'a pas à lui verser d'indemnité ou à lui donner de préavis. Or, en l'espèce, il ne s'agit pas d'un congédiement pour motif. Le rôle de l'arbitre se limitait à l'examen de la durée du préavis. Il a eu tort d'interpréter le par. 97(2.1) en vase clos. Il a ignoré les règles de la common law, il a mal interprété le par. 100.1(5) et il a appliqué le par. 97(2.1) à la lettre à un employé non syndiqué.

[171] Dans la présente affaire, même si l'arbitre avait eu droit à déférence, son interprétation n'aurait pu être retenue. Le législateur n'a pu manifester son intention d'accorder la sécurité d'emploi aux employés non syndiqués en prévoyant seulement l'application de la *LRTSP* avec les adaptations nécessaires. En matière de relations de travail, ce droit revêt une importance telle qu'il ne saurait être reconnu de manière aussi indirecte et vague.

[172] Dans le présent pourvoi, la Cour a à la fois la possibilité et l'obligation de simplifier et de clarifier le droit relatif au contrôle judiciaire de l'action administrative, un domaine qui ne saurait être condamné à la complexité. Tous les jours, les cours de révision sont appelées à statuer sur des affaires soulevant de multiples questions, certaines de fait, d'autres de fait et de droit et d'autres encore, de droit seulement. Dans les divers contextes considérés, les deux premières catégories de questions commandent la déférence, mais pas toujours la troisième. Les cours de révision sont déjà tout à fait en mesure de trancher ces questions et elles n'ont pas besoin de nouveaux outils d'analyse spécialisés pour contrôler les décisions administratives.

[173] On the issue of natural justice, I agree with my colleagues. On the result, I agree that the appeal should be dismissed.

APPENDIX

Relevant Statutory Provisions

Civil Service Act, S.N.B. 1984, c. C-5.1

20 Subject to the provisions of this Act or any other Act, termination of the employment of a deputy head or an employee shall be governed by the ordinary rules of contract.

Public Service Labour Relations Act, R.S.N.B. 1973, c. P-25

92(1) Where an employee has presented a grievance up to and including the final level in the grievance process with respect to

- (a) the interpretation or application in respect of him of a provision of a collective agreement or an arbitral award, or
- (b) disciplinary action resulting in discharge, suspension or a financial penalty,

and his grievance has not been dealt with to his satisfaction, he may, subject to subsection (2), refer the grievance to adjudication.

Public Service Labour Relations Act, R.S.N.B. 1973, c. P-25, as amended

97(2.1) Where an adjudicator determines that an employee has been discharged or otherwise disciplined by the employer for cause and the collective agreement or arbitral award does not contain a specific penalty for the infraction that resulted in the employee being discharged or otherwise disciplined, the adjudicator may substitute such other penalty for the discharge or discipline as to the adjudicator seems just and reasonable in all the circumstances.

100.1(2) An employee who is not included in a bargaining unit may, in the manner, form and within such time as may be prescribed, present to the employer a

[173] Je souscris aux motifs de mes collègues concernant le respect de la justice naturelle. Je suis également d'avis de rejeter le pourvoi.

ANNEXE

Dispositions législatives

Loi sur la Fonction publique, L.N.-B. 1984, ch. C-5.1

20 Sous réserve de la présente loi ou de toute autre loi, la cessation d'emploi d'un administrateur général ou d'un employé est régie par les règles contractuelles ordinaires.

Loi relative aux relations de travail dans les services publics, L.R.N.-B. 1973, ch. P-25

92(1) Lorsqu'un employé a porté son grief au plus haut palier de la procédure applicable aux griefs, en ce qui concerne

- a) l'interprétation ou l'application à son égard d'une disposition d'une convention collective ou d'une sentence arbitrale, ou
- b) une mesure disciplinaire entraînant le congédiement, la suspension ou une peine pécuniaire,

et que son grief n'a pas été réglé de façon satisfaisante pour lui, il peut, sous réserve du paragraphe (2), renvoyer ce grief à l'arbitrage.

Loi relative aux relations de travail dans les services publics, L.R.N.-B. 1973, ch. P-25, et modifications

97(2.1) Lorsqu'un arbitre décide qu'un employé a été congédié ou qu'une mesure disciplinaire a été autrement prise contre lui par l'employeur pour motif et que la convention collective ou la sentence arbitrale ne contient pas une peine spécifique pour l'infraction en raison de laquelle l'employé a été congédié ou s'est vu imposer autrement une mesure disciplinaire, l'arbitre peut substituer une autre peine pour le congédiement ou la mesure disciplinaire qui semble juste et raisonnable à l'arbitre dans toutes les circonstances.

100.1(2) Un employé qui ne fait pas partie d'une unité de négociation peut, de la manière, au moyen de la formule et dans le délai qui peuvent être prescrits, présenter

grievance with respect to discharge, suspension or a financial penalty.

100.1(3) Where an employee has presented a grievance in accordance with subsection (2) and the grievance has not been dealt with to the employee's satisfaction, the employee may refer the grievance to the Board who shall, in the manner and within such time as may be prescribed, refer the grievance to an adjudicator appointed by the Board.

. . .

100.1(5) Sections 19, 97, 98.1, 101, 108 and 111 apply *mutatis mutandis* to an adjudicator to whom a grievance has been referred in accordance with subsection (3) and in relation to any decision rendered by such adjudicator.

. . .

101(1) Except as provided in this Act, every order, award, direction, decision, declaration or ruling of the Board, an arbitration tribunal or an adjudicator is final and shall not be questioned or reviewed in any court.

101(2) No order shall be made or process entered, and no proceedings shall be taken in any court, whether by way of injunction, judicial review, or otherwise, to question, review, prohibit or restrain the Board, an arbitration tribunal or an adjudicator in any of its or his proceedings.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Stewart McKelvey, Fredericton.

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

un grief à l'employeur à l'égard du congédiement, de la suspension ou d'une peine pécuniaire.

100.1(3) Lorsqu'un employé a présenté un grief conformément au paragraphe (2) et que le grief n'a pas été traité à la satisfaction de l'employé, l'employé peut renvoyer le grief à la Commission qui doit, de la manière et dans le délai qui peuvent être prescrits, renvoyer le grief à un arbitre nommé par la Commission.

. . .

100.1(5) Les articles 19, 97, 98.1, 101, 108 et 111 s'appliquent *mutatis mutandis* à un arbitre à qui un grief a été renvoyé conformément au paragraphe (3) et relativement à toute décision rendue par cet arbitre.

. . .

101(1) Sous réserve des dispositions contraires de la présente loi, toute ordonnance, sentence, directive, décision ou déclaration de la Commission, d'un tribunal d'arbitrage ou d'un arbitre, est définitive et ne peut être contestée devant aucun tribunal ni révisée par aucun tribunal.

101(2) Aucune ordonnance ne peut être rendue, aucune action intentée et aucune procédure entamée devant un tribunal, par voie d'injonction, de recours en révision, ou autrement, pour contester, réviser, supprimer ou restreindre les pouvoirs de la Commission, d'un tribunal d'arbitrage ou d'un arbitre dans l'une quelconque de leurs procédures.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant : Stewart McKelvey, Fredericton.

Procureur de l'intimée : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

TAB B

*Canada (Canadian Human Rights Commission) v.
Canada (Attorney General) 2011 SCC 53*

**Canadian Human Rights Commission and
Donna Mowat** *Appellants*

v.

Attorney General of Canada *Respondent*

and

**Canadian Bar Association and Council of
Canadians with Disabilities** *Interveners*

**INDEXED AS: CANADA (CANADIAN
HUMAN RIGHTS COMMISSION) v.
CANADA (ATTORNEY GENERAL)**

2011 SCC 53

File No.: 33507.

2010: December 13; 2011: October 28.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps,
Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF
APPEAL

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Canadian Human Rights Tribunal awarding legal costs to complainant — Whether standard of reasonableness applicable to Tribunal’s decision to award costs — Whether Tribunal made a reviewable error in awarding costs to complainant — Canadian Human Rights Act, R.S.C. 1985, c. H-6, s. 53(2)(c), (d).

Administrative law — Boards and tribunals — Jurisdiction — Costs — Canadian Human Rights Tribunal awarding legal costs to complainant — Whether Tribunal having jurisdiction to award costs — Canadian Human Rights Act, R.S.C. 1985, c. H-6, s. 53(2)(c), (d).

M filed a human rights complaint with the Canadian Human Rights Commission alleging that the Canadian Forces had discriminated against her on the ground of sex contrary to the provisions of the *Canadian Human Rights Act* (“CHRA”). The Canadian Human Rights Tribunal (“Tribunal”) concluded that M’s complaint of sexual harassment was substantiated in part and she was awarded \$4,000 to compensate for “suffering in respect

**Commission canadienne des droits de la
personne et Donna Mowat** *Appelantes*

c.

Procureur général du Canada *Intimé*

et

**Association du Barreau canadien et Conseil
des Canadiens avec déficiences** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : CANADA (COMMISSION
CANADIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE) c.
CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)**

2011 CSC 53

N° du greffe : 33507.

2010 : 13 décembre; 2011 : 28 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D’APPEL FÉDÉRALE

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Adjudication des dépens à la plaignante par le Tribunal canadien des droits de la personne — La norme du caractère raisonnable s’applique-t-elle à la décision du Tribunal d’adjuger des dépens? — Le Tribunal a-t-il commis une erreur susceptible de contrôle judiciaire en adjugeant les dépens à la plaignante? — Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. 1985, ch. H-6, art. 53(2)c, d.

Droit administratif — Organismes et tribunaux administratifs — Compétence — Dépens — Adjudication des dépens à la plaignante par le Tribunal canadien des droits de la personne — Le Tribunal a-t-il le pouvoir d’adjuger des dépens? — Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. 1985, ch. H-6, art. 53(2)c, d.

M a saisi la Commission canadienne des droits de la personne d’une plainte selon laquelle les Forces canadiennes avaient fait preuve à son endroit de discrimination fondée sur le sexe et ainsi contrevenu aux dispositions de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* («LCDP»). Le Tribunal canadien des droits de la personne («Tribunal») a conclu que M avait établi en partie le bien-fondé de sa plainte de harcèlement

of feelings or self-respect”. M applied for legal costs. The Tribunal determined that it had the authority to order costs pursuant to s. 53(2)(c) and (d) of the *CHRA* and awarded M \$47,000 in this regard. The Federal Court upheld the Tribunal’s decision on its authority to award costs. The Federal Court of Appeal allowed an appeal of this decision and held that the Tribunal had no authority to make a costs award.

Held: The appeal should be dismissed.

Administrative tribunals are generally entitled to deference in respect of the legal interpretation of their home statutes and laws or legal rules closely connected to them. However, general questions of law that are both of central importance to the legal system as a whole and outside the adjudicator’s specialized area of expertise must be reviewed on a standard of correctness. The proper standard of review of the Tribunal’s decision to award legal costs to the successful complainant is reasonableness. Whether the Tribunal has the authority to award costs is a question of law which is located within the core function and expertise of the Tribunal and which relates to the interpretation and the application of its enabling statute. This issue is neither a question of jurisdiction, nor a question of law of central importance to the legal system as a whole falling outside the Tribunal’s area of expertise within the meaning of *Dunsmuir*.

The precise interpretive question before the Tribunal was whether the words of s. 53(2)(c) and (d), which authorize the Tribunal to “compensate the victim . . . for any expenses incurred by the victim as a result of the discriminatory practice” permit an award of legal costs. An examination of the text, context and purpose of these provisions reveals that the Tribunal’s interpretation was not reasonable. Human rights legislation expresses fundamental values and pursues fundamental goals. It must be interpreted liberally and purposively so that the rights enunciated are given their full recognition and effect. However, the intent of Parliament must be respected by reading the words of their provision in their entire context and according to their grammatical and ordinary sense, harmoniously with the scheme and object of the Act. The words “any expenses incurred by the victim” taken on their own and divorced from their context are wide enough to include legal costs. However, when these words are read in their statutory context, they cannot reasonably be interpreted as creating a stand-alone category of compensation capable of supporting any type of disbursement causally connected

sexuel et il lui a accordé la somme de 4 000 \$ pour préjudice moral. M a demandé le remboursement de ses frais de justice. Estimant que les al. 53(2)(c) et (d) de la *LCDP* lui conféraient le pouvoir d’adjudger des dépens, le Tribunal a fait droit à la demande de M en lui accordant 47 000 \$ à ce titre. La Cour fédérale a confirmé que le Tribunal avait le pouvoir d’adjudger des dépens, mais la Cour d’appel fédérale a accueilli le pourvoi formé contre cette décision, statuant que le Tribunal n’avait pas ce pouvoir.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Un tribunal administratif a droit en principe à la déférence en ce qui concerne l’interprétation de sa loi constitutive et des règles de droit qui s’y rattachent de près. Toutefois, les questions de droit générales qui revêtent une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et qui sont étrangères au domaine d’expertise de l’organisme juridictionnel sont assujetties à la norme de la décision correcte. La norme applicable à la décision du Tribunal d’adjudger des dépens à la plaignante après que celle-ci eut obtenu gain de cause est celle de la décision raisonnable. La question de savoir si le Tribunal peut adjudger des dépens constitue une question de droit qui relève essentiellement du mandat et de l’expertise du Tribunal liés à l’interprétation et à l’application de sa loi constitutive. Elle ne représente ni une question de compétence ni une question de droit d’une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble, étrangère au domaine d’expertise du Tribunal au sens de l’arrêt *Dunsmuir*.

La question d’interprétation précise dont était saisi le Tribunal était celle de savoir si les mots employés aux al. 53(2)(c) et (d) pour l’autoriser à « indemniser la victime [...] des dépenses entraînées par l’acte [discriminatoire] » confèrent le pouvoir d’adjudger des dépens. L’examen du texte des dispositions, de leur contexte et de leur objet révèle que l’interprétation du Tribunal n’était pas raisonnable. Une loi relative aux droits de la personne exprime des valeurs essentielles et vise la réalisation d’objectifs fondamentaux. Il convient de l’interpréter libéralement et téléologiquement de manière à reconnaître sans réserve les droits qui y sont énoncés et à leur donner pleinement effet. Il faut néanmoins respecter l’intention du législateur qui se dégage des termes employés, compte tenu du contexte global et du sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la Loi et son objet. Considérés isolément et indépendamment de leur contexte, les mots « des dépenses entraînées par l’acte » sont suffisamment larges pour englober les dépens. Or, lorsque ces mots sont considérés dans le contexte de la loi, on ne peut pas raisonnablement les

to the discrimination. The Tribunal's interpretation violates the legislative presumption against tautology, makes the repetition of the term "expenses" redundant and fails to explain why the term is linked to the particular types of compensation described in those paragraphs. Moreover, the term "costs" has a well-understood meaning that is distinct from compensation or expenses. If Parliament intended to confer authority to confer costs, it is difficult to understand why it did not use this very familiar and widely used legal term of art to implement that purpose. The legislative history of the *CHRA*, the Commission's understanding of costs authority as well as a review of parallel provincial legislation all support the conclusion that the Tribunal has no authority to award costs. Finally, the Tribunal's interpretation would permit it to make a free-standing award for pain and suffering coupled with an award of legal costs in a potentially unlimited amount. This view is difficult to reconcile with either the monetary limit of an award for pain and suffering or the omission of any express authority to award expenses in s. 53(3).

No reasonable interpretation of the relevant statutory provisions can support the view that the Tribunal may award legal costs to successful complainants. Faced with a difficult point of statutory interpretation and conflicting judicial authority, the Tribunal adopted a dictionary meaning of "expenses" and articulated what it considered to be a beneficial policy outcome rather than engaging in an interpretative process taking account of the text, context and purpose of the provisions in issue. A liberal and purposive interpretation cannot supplant a textual and contextual analysis simply in order to give effect to a policy decision different from the one made by Parliament.

Cases Cited

Applied: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; **disapproved:** *Canada (Attorney General) v. Thwaites*, [1994] 3 F.C. 38; *Canada (Attorney General) v. Stevenson*, 2003 FCT 341, 229 F.T.R. 297; *Canada (Attorney General) v. Brooks*, 2006 FC 500, 291 F.T.R. 32; **referred to:** *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114; *Canada (Citizenship and Immigration)*

interpréter de manière à créer une catégorie distincte d'indemnité susceptible de viser tout type de débours ayant un lien de causalité avec l'acte discriminatoire. L'interprétation retenue par le Tribunal va à l'encontre de la présomption d'absence de tautologie qu'établissent les règles d'interprétation législative, rend superflue la répétition du mot « dépenses » et n'explique pas le rattachement de ce terme à l'indemnité visée à ces alinéas. Qui plus est, le terme « dépens » possède un sens bien défini qui diffère de celui d'indemnité ou de dépenses. Si le législateur a entendu conférer le pouvoir d'adjudger des dépens, on comprend mal pourquoi il n'a pas employé ce terme juridique consacré et largement répandu pour le faire. L'historique de la *LCDP*, l'opinion de la Commission concernant son pouvoir d'adjudger des dépens et l'examen des lois comparables adoptées par les provinces donnent aussi sérieusement à penser que le Tribunal n'est pas habilité à adjudger des dépens. Enfin, l'interprétation que retient le Tribunal l'autorise à indemniser le préjudice moral de manière distincte, d'une part, et à adjudger des dépens dont le montant peut être illimité, d'autre part. Il est difficile de concilier cette interprétation avec la limitation de l'indemnité pour préjudice moral ou le fait que le par. 53(3) ne prévoit pas expressément le pouvoir d'accorder le remboursement des frais.

Nulle interprétation raisonnable des dispositions pertinentes n'appuie la conclusion selon laquelle le Tribunal peut adjudger des dépens au plaignant qui a gain de cause. Aux prises avec une question difficile d'interprétation législative et une jurisprudence contradictoire, le Tribunal a retenu la définition de « dépense » figurant au dictionnaire et il a formulé ce qu'il tenait pour une solution bénéfique sur le plan des principes au lieu d'entreprendre une démarche d'interprétation fondée sur le texte, le contexte et l'objet des dispositions en cause. On ne saurait substituer à l'analyse textuelle et contextuelle une interprétation libérale et téléologique dans le seul but de donner effet à une autre décision de principe que celle prise par le législateur.

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; **arrêts critiqués :** *Canada (Procureur général) c. Thwaites*, [1994] 3 C.F. 38; *Canada (Procureur général) c. Stevenson*, 2003 CFPI 341 (CanLII); *Canada (Procureur général) c. Brooks*, 2006 CF 500 (CanLII); **arrêts mentionnés :** *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*,

v. *Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160; *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City)*, 2004 SCC 19, [2004] 1 S.C.R. 485; *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; *Dickason v. University of Alberta*, [1992] 2 S.C.R. 1103; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; *University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353; *Gould v. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 S.C.R. 571; *Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3; *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678; *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650; *Lévis (City) v. Fraternité des policiers de Lévis Inc.*, 2007 SCC 14, [2007] 1 S.C.R. 591; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61; *Attorney General of Quebec v. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 S.C.R. 831; *Merk v. International Association of Bridge, Structural, Ornamental and Reinforcing Iron Workers, Local 771*, 2005 SCC 70, [2005] 3 S.C.R. 425; *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513; *Hilewitz v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 57, [2005] 2 S.C.R. 706; *Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *Will-Kare Paving & Contracting Ltd. v. Canada*, 2000 SCC 36, [2000] 1 S.C.R. 915; *Harel v. Deputy Minister of Revenue of Quebec*, [1978] 1 S.C.R. 851; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1991] 1 S.C.R. 614; *Morguard Properties Ltd. v. City of Winnipeg*, [1983] 2 S.C.R. 493; *Bell Canada v. Bell Aliant Regional Communications*, 2009 SCC 40, [2009] 2 S.C.R. 764.

Statutes and Regulations Cited

Alberta Human Rights Act, R.S.A. 2000, c. A-25.5, s. 32(2).
An Act to amend the Canadian Human Rights Act and other Acts in consequence thereof, Bill C-108, 3rd Sess., 34th Parl., 1991-92, ss. 21, 24(3).
An Act to extend the present laws in Canada that proscribe discrimination and that protect the privacy of individuals, Bill C-72, 1st Sess., 30th Parl., 1975, s. 37(4).

[1987] 1 R.C.S. 1114; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160; *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)*, 2004 CSC 19, [2004] 1 R.C.S. 485; *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Dickason c. Université de l'Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353; *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571; *Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3; *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678; *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650; *Lévis (Ville) c. Fraternité des policiers de Lévis Inc.*, 2007 CSC 14, [2007] 1 R.C.S. 591; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61; *Procureur général du Québec c. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 R.C.S. 831; *Merk c. Association internationale des travailleurs en ponts, en fer structural, ornemental et d'armature, section locale 771*, 2005 CSC 70, [2005] 3 R.C.S. 425; *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513; *Hilewitz c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 57, [2005] 2 R.C.S. 706; *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *Will-Kare Paving & Contracting Ltd. c. Canada*, 2000 CSC 36, [2000] 1 R.C.S. 915; *Harel c. Sous-ministre du Revenu du Québec*, [1978] 1 R.C.S. 851; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1991] 1 R.C.S. 614; *Morguard Properties Ltd. c. Ville de Winnipeg*, [1983] 2 R.C.S. 493; *Bell Canada c. Bell Aliant Communications régionales*, 2009 CSC 40, [2009] 2 R.C.S. 764.

Lois et règlements cités

Alberta Human Rights Act, R.S.A. 2000, ch. A-25.5, art. 32(2).
Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 126.
Code des droits de la personne, L.M. 1987-88, ch. 45, art. 45(2).
Human Rights Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. H-12, art. 28.4(6).
Human Rights Act, 2010, S.N.L. 2010, ch. H-13.1, art. 39(2).
Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, ch. 210, art. 37(4).

Canadian Human Rights Act, R.S.C. 1985, c. H-6, ss. 7, 14, 51 [repl. 1998, c. 9, s. 27], 53 [*idem*].
Charter of human rights and freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 126.
Human Rights Act, R.S.P.E.I. 1988, c. H-12, s. 28.4(6).
Human Rights Act, S.N.W.T. 2002, c. 18, s. 63.
Human Rights Act, 2010, S.N.L. 2010, c. H-13.1, s. 39(2).
Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, c. 210, s. 37(4).
Human Rights Code, S.M. 1987-88, c. 45, s. 45(2).
Saskatchewan Human Rights Code Regulations, R.R.S., c. S-24.1, Reg. 1, s. 21(1).
Statutory Powers Procedure Act, R.S.O. 1990, c. S.22, s. 17.1(2).

Authors Cited

Canada. Canadian Human Rights Act Review Panel. *Promoting Equality: A New Vision*. Ottawa: Department of Justice, 2000.
 Canada. Human Rights Commission. *Annual Report 1985*. Ottawa: The Commission, 1986.
 Canada. Human Rights Commission. *Special Report to Parliament: Freedom of Expression and Freedom from Hate in the Internet Age*. Ottawa: The Commission, 2009.
 Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4^e éd. Montréal: Thémis, 2009.
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
 Garant, Patrice, avec la collaboration de Philippe Garant et Jérôme Garant. *Droit administratif*, 6^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2010.
 Hawkins, Robert E. "Whither Judicial Review?" (2010), 88 *Can. Bar Rev.* 603.
 Macklin, Audrey. "Standard of Review: The Pragmatic and Functional Test", in *Administrative Law in Context*, Colleen M. Flood and Lorne Sossin, eds. Toronto: Emond Montgomery, 2008, 197.
 Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Létourneau, Sexton and Layden-Stevenson J.J.A.), 2009 FCA 309, [2010] 4 F.C.R. 579, 312 D.L.R. (4th) 294, 4 Admin. L.R. (5th) 192, 395 N.R. 52, [2009] F.C.J. No. 1359 (QL), 2009 CarswellNat 3405, setting aside a decision of Mandamin J., 2008 FC 118, 322 F.T.R. 222, 78

Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. 1985, ch. H-6, art. 7, 14, 51 [repl. 1998, ch. 9, art. 27], 53 [*idem*].
Loi modifiant la Loi canadienne sur les droits de la personne et d'autres lois en conséquence, projet de loi C-108, 3^e sess., 34^e lég., 1991-92, art. 21, 24(3).
Loi sur l'exercice des compétences légales, L.R.O. 1990, ch. S.22, art. 17.1(2).
Loi sur les droits de la personne, L.T.N.-O. 2002, ch. 18, art. 63.
Loi visant à compléter la législation canadienne actuelle en matière de discrimination et de protection de la vie privée, projet de loi C-72, 1^{re} sess., 30^e lég., 1975, art. 37(4).
Saskatchewan Human Rights Code Regulations, R.R.S., ch. S-24.1, règl. 1, art. 21(1).

Doctrine citée

Canada. Comité de révision de la Loi canadienne sur les droits de la personne. *La promotion de l'égalité : Une nouvelle vision*. Ottawa : Ministère de la Justice, 2000.
 Canada. Commission des droits de la personne. *Rapport annuel 1985*. Ottawa : La Commission, 1986.
 Canada. Commission des droits de la personne. *Rapport spécial au Parlement : Liberté d'expression et droit à la protection contre la haine à l'ère d'Internet*. Ottawa : La Commission, 2009.
 Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4^e éd. Montréal : Thémis, 2009.
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.
 Garant, Patrice, avec la collaboration de Philippe Garant et Jérôme Garant. *Droit administratif*, 6^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2010.
 Hawkins, Robert E. « Whither Judicial Review? » (2010), 88 *R. du B. can.* 603.
 Macklin, Audrey. « Standard of Review : The Pragmatic and Functional Test », in *Administrative Law in Context*, Colleen M. Flood and Lorne Sossin, eds. Toronto : Emond Montgomery, 2008, 197.
 Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Létourneau, Sexton et Layden-Stevenson), 2009 CAF 309, [2010] 4 R.C.F. 579, 312 D.L.R. (4th) 294, 4 Admin. L.R. (5th) 192, 395 N.R. 52, [2009] A.C.F. n^o 1359 (QL), 2009 CarswellNat 5063, qui a infirmé une décision du juge Mandamin, 2008 CF 118, 322 F.T.R. 222, 78

Admin. L.R. (4th) 127, [2008] F.C.J. No. 143 (QL), 2008 CarswellNat 200. Appeal dismissed.

Philippe Dufresne and Daniel Poulin, for the appellant the Canadian Human Rights Commission.

Andrew Raven, Andrew Astritis and Bijon Roy, for the appellant Donna Mowat.

Peter Southey and Sean Gaudet, for the respondent.

Reidar M. Mogerman, for the intervener the Canadian Bar Association.

David Baker and Paul Champ, for the intervener the Council of Canadians with Disabilities.

The judgment of the Court was delivered by

LEBEL AND CROMWELL JJ. —

I. Overview

[1] The Canadian Human Rights Tribunal may order a person who has engaged in a discriminatory practice contrary to the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6 (“CHRA” or “Act”), to compensate the victim for any lost wages, for all additional costs of obtaining alternative goods, services, facilities or accommodation, and “for any expenses incurred by the victim as a result of the discriminatory practice” (s. 53(2)). The main question before us is whether the Tribunal made a reviewable error in deciding that this power to order compensation for “any expenses incurred by the victim as a result of the discriminatory practice” permits it to order payment of all or a portion of the victim’s legal costs.

[2] The Tribunal’s decision affirming this authority was reviewed by the Federal Court on the standard of reasonableness and upheld (2008 FC 118, 322 F.T.R. 222). However, the Federal Court of Appeal set aside the decision, holding that the proper standard of review was correctness and that the Tribunal’s decision was incorrect (2009 FCA

Admin. L.R. (4th) 127, [2008] A.C.F. n° 143 (QL), 2008 CarswellNat 200. Pourvoi rejeté.

Philippe Dufresne et Daniel Poulin, pour l’appelante la Commission canadienne des droits de la personne.

Andrew Raven, Andrew Astritis et Bijon Roy, pour l’appelante Donna Mowat.

Peter Southey et Sean Gaudet, pour l’intimé.

Reidar M. Mogerman, pour l’intervenante l’Association du Barreau canadien.

David Baker et Paul Champ, pour l’intervenant le Conseil des Canadiens avec déficiences.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LES JUGES LEBEL ET CROMWELL —

I. Vue d’ensemble

[1] Le Tribunal canadien des droits de la personne peut ordonner à l’auteur d’un acte discriminatoire contraire à la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, ch. H-6 (« LDCP » ou « Loi ») d’indemniser la victime des pertes de salaire et des frais supplémentaires occasionnés par le recours à d’autres biens, services, installations ou moyens d’hébergement, ainsi que « des dépenses entraînées par l’acte » (par. 53(2)). La principale question à trancher en l’espèce est celle de savoir si, en décidant que ce pouvoir d’ordonner l’indemnisation de la victime « des dépenses entraînées par l’acte [discriminatoire] » lui permettait également d’ordonner le paiement total ou partiel des dépens de la victime, le Tribunal a commis une erreur susceptible de contrôle judiciaire.

[2] Saisie d’une demande de contrôle judiciaire, la Cour fédérale a appliqué la norme de la décision raisonnable et a confirmé la décision du Tribunal selon laquelle il possédait ce pouvoir (2008 CF 118, 322 F.T.R. 222). La Cour d’appel fédérale a toutefois annulé la décision au motif que la norme de contrôle applicable était celle de la décision

309, [2010] 4 F.C.R. 579). The Court of Appeal also was of the view that even if the Tribunal's decision should be reviewed on the reasonableness standard, its decision was unreasonable.

[3] Ms. Mowat did not participate at the Federal Court of Appeal but now appeals to this Court for reinstatement of the Tribunal's award. The Canadian Human Rights Commission, which was not a party before the Tribunal or Federal Court, and intervened before the Federal Court of Appeal, now joins Ms. Mowat as an appellant. (We will refer to Ms. Mowat as the appellant and to the Canadian Human Rights Commission as the Commission.)

[4] The further appeal to this Court raises a threshold question of the appropriate standard of judicial review of the Tribunal's decision and the main question of whether the Tribunal made a reviewable error in finding that it had the authority to award legal costs. We would hold that the Tribunal's decision should be reviewed on the reasonableness standard but that its interpretation of this aspect of its remedial authority was unreasonable. We would therefore dismiss the appeal.

II. Background

[5] The Canadian Forces compulsorily released the appellant, Ms. Mowat, in 1995, following a 14-year career as a traffic technician. Over the course of her time in the military, the appellant had made many formal complaints and grievances against members of her chain of command and others. Many of these were taken to the Chief of the Defence Staff, the highest level in Canadian Forces grievance resolution, and none was substantiated (2005 CHRT 31, 54 C.H.R.R. D/21 (the "merits decision"), at paras. 20, 81-82, 94, 143, 193, 207-8, 216, 218, 231, 236, 286, 294, 297 and 299). The Canadian Forces conducted an internal investigation into comments made by one of the appellant's co-workers which she alleged were sexually

correcte et que la décision du Tribunal était incorrecte (2009 CAF 309, [2010] 4 R.C.F. 579). Elle a également estimé que même au regard de la norme de la décision raisonnable, la décision du Tribunal était déraisonnable.

[3] M^{me} Mowat n'a pas pris part à l'instance en Cour d'appel fédérale, mais elle demande aujourd'hui à notre Cour de rétablir la décision du Tribunal. La Commission canadienne des droits de la personne, qui n'a pas été partie aux instances devant le Tribunal et la Cour fédérale, mais qui est intervenue en Cour d'appel fédérale, se constitue aujourd'hui partie appelante aux côtés de M^{me} Mowat. (Dans les présents motifs, « appelante » s'entend de M^{me} Mowat, et « Commission », de la Commission canadienne des droits de la personne.)

[4] Le pourvoi formé devant notre Cour soulève la question préliminaire de la norme de contrôle judiciaire qu'il convient d'appliquer à la décision du Tribunal, ainsi que la question principale de savoir si le Tribunal a commis une erreur susceptible de contrôle judiciaire lorsqu'il a conclu qu'il avait le pouvoir d'adjuger des dépens. Nous sommes d'avis que la norme applicable est celle de la décision raisonnable et que le Tribunal a interprété de manière déraisonnable cette facette de son pouvoir d'accorder réparation. Nous sommes par conséquent d'avis de rejeter le pourvoi.

II. Faits à l'origine de l'instance

[5] En 1995, après avoir exercé pendant 14 ans la fonction de technicienne des mouvements, M^{me} Mowat a fait l'objet d'une libération obligatoire des Forces canadiennes. Au cours de sa carrière militaire, l'appelante a présenté un grand nombre de plaintes et de griefs en bonne et due forme, notamment contre des membres de sa chaîne de commandement. Bon nombre de ces plaintes et de ces griefs ont été soumis à l'état-major de la Défense — le palier le plus élevé de règlement des griefs au sein des Forces canadiennes —, mais aucun n'a été jugé fondé (2005 TCDP 31, 54 C.H.R.R. D/21 (la « décision sur le fond »), par. 20, 81-82, 94, 143, 193, 207-208, 216, 218, 231, 236, 286, 294, 297 et 299). Les Forces canadiennes ont ouvert une

harassing. The investigation found that they were (para. 303). The recommendations from several reports on the incidents were implemented by the appellant's Commanding Officer and the employee responsible was disciplined (paras. 83-87).

[6] However, in 1998, three years after leaving the Forces, the appellant filed a complaint with the Canadian Human Rights Commission alleging sexual harassment, adverse differential treatment, and failure to continue to employ her on account of her sex, pursuant to ss. 7 and 14 of the *CHRA*. The matter was ultimately heard before the Canadian Human Rights Tribunal.

III. Proceedings

A. *Canadian Human Rights Tribunal, 2005 CHRT 31, 54 C.H.R.R. D/21*

[7] The hearing before the Tribunal occupied six weeks and the case record comprised more than 4,000 pages of transcript evidence and over 200 exhibits. The presiding Tribunal member, J. Grant Sinclair, was highly critical of the way in which the appellant Mowat conducted the proceedings. He observed that the complaint was "marked by a fundamental lack of precision in identifying the theory of the . . . case" and referred to the allegations as a "conspiracy theory" and a "scatter-shot complaint with the allegations all over the place" (merits decision, at paras. 4, 357 and 408).

[8] However, the presiding Tribunal member concluded that the appellant's complaint was substantiated in part. He found that her claim of sexual harassment, based on three comments made by a male co-worker, was substantiated and that the military's response had not been adequate or in accordance with its own policies (paras. 42, 47, 49 and 312-22). The rest of her complaint was dismissed.

enquête interne au sujet des propos d'un collègue de travail qui, de l'avis de l'appelante, constituaient du harcèlement sexuel à son endroit. Il a été conclu qu'il s'agissait effectivement de harcèlement sexuel (par. 303). Les recommandations formulées dans les quelques rapports établis à la suite des incidents ont été suivies par le commandant de l'appelante, et des mesures disciplinaires ont été prises contre le collègue visé par la plainte (par. 83-87).

[6] Cependant, en 1998, trois ans après son départ des Forces armées, l'appelante a saisi la Commission, sur le fondement des art. 7 et 14 de la *LCDP*, d'une plainte alléguant le harcèlement sexuel, la distinction défavorable en cours d'emploi et le refus de continuer de l'employer en raison de son sexe. L'affaire a finalement été portée devant le Tribunal canadien des droits de la personne.

III. Historique judiciaire

A. *Tribunal canadien des droits de la personne, 2005 TCDP 31, 54 C.H.R.R. D/21*

[7] Le Tribunal a consacré six semaines à l'audition de l'affaire, et son dossier comptait au moins 4 000 pages de transcription de témoignages et plus de 200 pièces. Son président et membre instructeur, J. Grant Sinclair, critique sévèrement la conduite de l'appelante pendant le déroulement de l'instance. Il fait observer que la plainte est « marquée par un manque fondamental de précision de la part de la plaignante quant à sa thèse », ses allégations relevant de la « théorie de la conspiration », et il déplore qu'il s'agisse d'une « plainte diffuse qui comporte des allégations décousues » (décision sur le fond, par. 4, 357 et 408).

[8] Il conclut toutefois que l'appelante a établi en partie le bien-fondé de sa plainte. À son avis, l'allégation de harcèlement sexuel, consécutive aux propos tenus par son collègue de travail à trois reprises, est prouvée, et il ajoute que les Forces armées n'ont pas pris de mesures adéquates ou conformes à leurs politiques (par. 42, 47, 49 et 312-322). Les autres allégations sont rejetées.

[9] The Tribunal awarded \$4,000 (plus interest, taking the award to the maximum of \$5,000, the statutory limit at the time), to compensate the appellant for “suffering in respect of feelings or self-respect” (para. 7). It found that the version of the Act which was in force when Ms. Mowat filed her claim applied to the case, and substantial amendments made in 1998 should not apply retroactively (paras. 399-401). It then asked for further submissions regarding her claim for legal costs, which she indicated totalled more than \$196,000. At issue was whether the Tribunal’s authority to award a complainant “any expenses incurred by the victim as a result of the discriminatory practice” under s. 53(2)(c) and (d) of the *CHRA* includes the authority to award legal costs.

[10] In a separate decision, Member Sinclair reviewed the conflicting Federal Court jurisprudence and policy considerations favouring reimbursement and found that he was empowered to award legal costs (2006 CHRT 49 (CanLII) (the “costs decision”). Without recovery of legal costs, he found, any victory would be “pyrrhic” (para. 29). He then awarded \$47,000 in partial satisfaction of Ms. Mowat’s legal bills, an amount which he based on the volume of evidence for the substantiated sexual harassment allegation in comparison with the rest of the unsubstantiated complaints.

B. *Judicial Review — Federal Court of Canada, 2008 FC 118, 322 F.T.R. 222*

[11] The Attorney General of Canada applied for judicial review of the costs decision; the appellant did not participate. Turning first to the standard of review, Mandamin J. applied the four factors from *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, and conducted a pragmatic and functional analysis to arrive at a reasonableness *simpliciter* standard. He classified the question as one of law, but noted that the Tribunal was engaged in interpretation of its home statute on a matter at the “core” of its expertise

[9] Le Tribunal accorde à l’appelante la somme de 4 000 \$ qui, majorée de l’intérêt, atteint 5 000 \$, soit le maximum alors prévu par la loi pour le préjudice moral (par. 7). Il conclut à l’application des dispositions de la Loi qui étaient en vigueur au moment où M^{me} Mowat a déposé sa plainte et à la non-rétroactivité des modifications substantielles apportées en 1998 (par. 399-401). Il demande ensuite à l’appelante de lui présenter des observations complémentaires au sujet des dépens réclamés s’élevant au total à plus de 196 000 \$. Il lui fallait décider si le pouvoir du Tribunal d’indemniser la victime « des dépenses entraînées par l’acte [discriminatoire] » conféré aux al. 53(2)c) et d) de la *LCDP* comprenait celui d’adjuger des dépens.

[10] Dans une décision distincte, après examen de la jurisprudence contradictoire de la Cour fédérale et des considérations de principe favorables au paiement des frais de justice, le membre instructeur Sinclair s’estime investi du pouvoir d’adjuger des dépens (2006 TCDP 49 (CanLII) (la « décision relative aux dépens »)). Il conclut que le plaignant qui aurait gain de cause sans pouvoir recouvrer ses dépens remporterait une victoire fort « coûteuse » (par. 29). Il accorde alors à M^{me} Mowat 47 000 \$ pour ses frais juridiques, un montant qu’il établit en fonction du nombre d’éléments de preuve présentés à l’appui de l’allégation de harcèlement sexuel — dont le bien-fondé est reconnu — par rapport au reste de la preuve offerte à l’appui des allégations rejetées.

B. *Contrôle judiciaire — Cour fédérale du Canada, 2008 CF 118 (CanLII)*

[11] Le procureur général du Canada a demandé le contrôle judiciaire de la décision relative aux dépens, mais l’appelante n’a pas pris part à l’instance. Examinant en premier lieu la question de la norme de contrôle, le juge Mandamin applique les quatre facteurs formulés dans l’arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, puis il se livre à une analyse pragmatique et fonctionnelle pour retenir la norme de la décision raisonnable *simpliciter*. Il considère qu’une

(para. 24). He also relied upon the “human rights policy approach to statutory interpretation” (para. 41), purportedly arising from this Court’s decision in *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114, to ground his analysis and explain why a one-sided costs regime is permissible. This approach calls for a broad, purposive interpretation of the *CHRA*, commensurate with its remedial goals and special status. He then concluded that the Tribunal’s decision about its authority to award costs was reasonable (para. 40). However, Mandamin J. found that the presiding Member had not adequately explained the quantification of the \$47,000 award and that this constituted a breach of the principles of procedural fairness. The judicial review judge therefore quashed the decision and sent it back to the Tribunal on this ground. That aspect of the matter has not been appealed and it is not at issue before this Court.

C. *Federal Court of Appeal, 2009 FCA 309, [2010] 4 F.C.R. 579*

[12] The Attorney General of Canada appealed the decision to the Federal Court of Appeal, which unanimously allowed the appeal and held that the Tribunal had no authority to make a costs award. Layden-Stevenson J.A. applied the standard of review principles enunciated by this Court in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, which had been released after the Federal Court hearing. She applied the correctness standard of review, based primarily on her conclusion that the issue was a question of law both outside the Tribunal’s expertise and of central importance to the legal system (para. 42). The Tribunal’s human rights expertise was not engaged by the issue, which instead required one clear and consistent answer (para. 47).

[13] The Federal Court of Appeal went on to conclude that the Tribunal’s decision to award legal

question de droit est en litige, mais il fait observer que le Tribunal s’est livré à une interprétation de sa loi constitutive sur un sujet qui « touche au cœur même » de son expertise (par. 24). Il invoque également « [l]’approche stratégique en matière de droits de la personne à l’interprétation [des lois] » (par. 41) censée découler de l’arrêt *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114, pour étayer son analyse et justifier l’existence d’un régime partial d’adjudication des dépens. Dès lors s’impose une interprétation à la fois large et téléologique de la *LCDP*, adaptée à ses objectifs réparateurs et à sa nature particulière. Le juge Mandamin conclut ensuite que la décision du Tribunal sur son pouvoir d’adjuger des dépens est raisonnable (par. 40). Il estime toutefois que le membre instructeur n’a pas bien expliqué sa démarche pour arriver au montant de 47 000 \$, ce qui constitue un manquement à l’obligation d’équité procédurale. Il annule donc la décision et renvoie le dossier au Tribunal pour ce motif. Ce volet de l’affaire n’a pas été porté en appel, de sorte qu’il ne fait pas l’objet du présent pourvoi.

C. *Cour d’appel fédérale, 2009 CAF 309, [2010] 4 R.C.F. 579*

[12] Le procureur général du Canada s’est tourné vers la Cour d’appel fédérale, qui a accueilli son appel à l’unanimité, statuant que le Tribunal n’avait pas le pouvoir d’adjuger des dépens. La juge Layden-Stevenson applique les principes relatifs à la norme de contrôle énoncés par notre Cour dans *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, un arrêt rendu après l’audience en Cour fédérale. Elle arrête son choix sur la norme de la décision correcte pour la raison principale que le litige porte sur une question de droit à la fois étrangère au domaine d’expertise du Tribunal et d’une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble (par. 42). La question, qui commande une réponse certaine et cohérente, ne fait pas intervenir l’expertise du Tribunal en matière de droits de la personne (par. 47).

[13] La Cour d’appel fédérale conclut ensuite que la décision du Tribunal d’adjuger des dépens est

costs was incorrect. After a comprehensive review of the conflicting Tribunal and Federal Court jurisprudence, Layden-Stevenson J.A. turned to the legislative history of the provision in question. In her view, it evinced a clear Parliamentary intent to eschew a costs regime in favour of an active role for the Commission (paras. 65-67 and 88). She noted that the Commission itself, in a Special Report to Parliament, acknowledged that the *CHRA* did not allow for costs recovery (paras. 68 and 90). Further, “costs” is a legal term of art (para. 76), the power to award which must be derived from statute (para. 78). She also relied on a comparative analysis of comparable human rights statutes across Canada, many of which explicitly mention costs jurisdiction in addition to reimbursement of expenses (paras. 70-74 and 84-87). In conclusion, Layden-Stevenson J.A. found that policy considerations and a liberal and purposive approach to interpretation could not be used to override clear Parliamentary intent (paras. 99-100). She reasoned that the decision to provide the Tribunal with the power to award costs is a policy decision best left to Parliament (para. 101). She noted that even on a reasonableness standard, the Tribunal’s award of legal costs should be set aside (para. 96).

IV. Analysis

A. *The Issues*

[14] As noted, this appeal raises two issues:

1. What is the appropriate standard of review of the decision of the Tribunal as to the interpretation of its power to award legal costs under s. 53(2)(c) and (d) of the Act?
2. Did the Tribunal make a reviewable error in deciding that it could award compensation for legal costs?

incorrecte. Après un examen approfondi de la jurisprudence contradictoire du Tribunal et de la Cour fédérale sur ce point, la juge Layden-Stevenson se penche sur l’historique de la disposition en cause et conclut qu’il témoigne de l’intention manifeste du législateur d’écarter l’adjudication des dépens et de conférer un rôle plus actif à la Commission (par. 65-67 et 88). La juge fait observer que dans un rapport spécial au Parlement, la Commission reconnaît elle-même que la *LCDP* ne permet pas à une partie de recouvrer ses dépens (par. 68 et 90). Elle ajoute que le mot « dépens » est un terme technique propre au domaine juridique (par. 76) et que le pouvoir d’accorder des dépens doit être conféré par la loi (par. 78). Elle se fonde également sur l’analyse comparative de lois équivalentes sur les droits de la personne applicables dans d’autres ressorts canadiens. Bon nombre de ces lois mentionnent expressément le pouvoir d’adjudger des dépens en plus de celui d’ordonner le remboursement des dépenses (par. 70-74 et 84-87). En conclusion, la juge Layden-Stevenson estime qu’aucune considération de politique générale, non plus que l’usage d’une méthode d’interprétation libérale et téléologique, ne justifierait la neutralisation de l’intention manifeste du législateur (par. 99-100). Elle explique qu’il vaut mieux laisser au législateur le soin de décider de conférer ou non au Tribunal le pouvoir d’adjudger des dépens (par. 101). Elle fait observer que même au regard de la norme de la décision raisonnable, il y a lieu d’annuler la décision du Tribunal relative à l’adjudication des dépens (par. 96).

IV. Analyse

A. *Questions en litige*

[14] Comme nous le signalons précédemment, le présent pourvoi soulève deux questions :

1. Quelle norme de contrôle judiciaire s’applique à la décision du Tribunal concernant son pouvoir d’adjudger des dépens sur le fondement des al. 53(2)c) et d) de la Loi?
2. Le Tribunal a-t-il commis une erreur susceptible de contrôle judiciaire lorsqu’il a conclu qu’il pouvait accorder une indemnité pour les dépens?

B. *The Dunsmuir Analysis*

[15] In *Dunsmuir and Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, the Court simplified an analytical approach that the judiciary found difficult to implement. Being of the view that the distinction between the standards of patent unreasonableness and reasonableness *simpliciter* was illusory, the majority in *Dunsmuir* eliminated the standard of patent unreasonableness. The majority thus concluded that there should be two standards of review: correctness and reasonableness.

[16] *Dunsmuir* kept in place an analytical approach to determine the appropriate standard of review, the standard of review analysis. The two-step process in the standard of review analysis is first to “ascertain whether the jurisprudence has already determined in a satisfactory manner the degree of deference to be accorded with regard to a particular category of question. Second, where the first inquiry proves unfruitful, courts must proceed to an analysis of the factors making it possible to identify the proper standard of review” (para. 62). The focus of the analysis remains on the nature of the issue that was before the tribunal under review (*Khosa*, at para. 4, *per* Binnie J.). The factors that a reviewing court has to consider in order to determine whether an administrative decision maker is entitled to deference are: the existence of a privative clause; a discrete and special administrative regime in which the decision maker has special expertise; and the nature of the question of law (*Dunsmuir*, at para. 55). *Dunsmuir* recognized that deference is generally appropriate where a tribunal is interpreting its own home statute or statutes that are closely connected to its function and with which the tribunal has particular familiarity. Deference may also be warranted where a tribunal has developed particular expertise in the application of a general common law or civil law rule in relation to a specific statutory context (*Dunsmuir*, at para. 54; *Khosa*, at para. 25).

B. *Analyse au regard de l'arrêt Dunsmuir*

[15] Dans les arrêts *Dunsmuir* et *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, la Cour simplifie une démarche analytique jugée ardue par les tribunaux. Estimant que la distinction entre la norme de la décision manifestement déraisonnable et celle de la décision raisonnable *simpliciter* est illusoire, les juges majoritaires suppriment la norme de la décision manifestement déraisonnable et concluent qu'il ne doit y avoir désormais que deux normes de contrôle : celles de la décision correcte et de la décision raisonnable.

[16] Dans *Dunsmuir*, la Cour consacre la démarche en deux étapes qui permet d'arrêter la norme de contrôle applicable : l'analyse relative à la norme de contrôle. Premièrement, la cour saisie « vérifie si la jurisprudence établit déjà de manière satisfaisante le degré de déférence correspondant à une catégorie de questions en particulier. En second lieu, lorsque cette démarche se révèle infructueuse, elle entreprend l'analyse des éléments qui permettent d'arrêter la bonne norme de contrôle » (par. 62). L'analyse doit demeurer axée sur la nature de la question soumise au tribunal administratif en cause (*Khosa*, par. 4, le juge Binnie). Les facteurs dont il doit être tenu compte pour déterminer si, dans un cas donné, la déférence s'impose à l'endroit du tribunal administratif sont les suivants : l'existence d'une disposition d'inattaquabilité (ou « *clause privative* » dans le vocabulaire juridique traditionnel), l'existence d'un régime administratif distinct et particulier dans le cadre duquel le décideur possède une expertise spéciale et la nature de la question de droit (*Dunsmuir*, par. 55). La Cour reconnaît que la déférence est généralement de mise lorsque le tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie. La déférence peut également s'imposer lorsque le tribunal administratif a acquis une expertise dans l'application d'une règle générale de common law ou de droit civil dans son domaine spécialisé (*Dunsmuir*, par. 54; *Khosa*, par. 25).

[17] *Dunsmuir* nuanced the earlier jurisprudence in respect of privative clauses by recognizing that privative clauses, which had for a long time served to immunize administrative decisions from judicial review, may point to a standard of deference. But, their presence or absence is no longer determinative about whether deference is owed to the tribunal or not (*Dunsmuir*, at para. 52). In *Khosa*, the majority of this Court confirmed that with or without a privative clause, administrative decision makers are entitled to a measure of deference in matters that relate to their special role, function and expertise (paras. 25-26).

[18] *Dunsmuir* recognized that the standard of correctness will continue to apply to constitutional questions, questions of law that are of central importance to the legal system as a whole and that are outside the adjudicator's expertise, as well as to "[q]uestions regarding the jurisdictional lines between two or more competing specialized tribunals" (paras. 58, 60-61; see also *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160, at para. 26, *per* Fish J.). The standard of correctness will also apply to true questions of jurisdiction or *vires*. In this respect, *Dunsmuir* expressly distanced itself from the extended definition of jurisdiction and restricted jurisdictional questions to those that require a tribunal to "explicitly determine whether its statutory grant of power gives it the authority to decide a particular matter" (para. 59; see also *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City)*, 2004 SCC 19, [2004] 1 S.C.R. 485, at para. 5).

[19] Having outlined the principles governing the judicial review analysis, we must now focus on how it should be applied to the decision of the Tribunal. As recommended by *Dunsmuir*, we must first consider how the existing jurisprudence has dealt with the decisions of the Tribunal and

[17] Dans l'arrêt *Dunsmuir*, notre Cour nuance la jurisprudence antérieure sur les dispositions d'inattaquabilité en reconnaissant que celles-ci, qui ont longtemps permis de soustraire les décisions administratives au contrôle judiciaire, peuvent donner lieu à l'application d'une norme déférente. Mais leur présence ou leur absence ne sont plus déterminantes quant à savoir si la déférence s'impose ou non à l'endroit du tribunal administratif (*Dunsmuir*, par. 52). Dans l'arrêt *Khosa*, les juges majoritaires de notre Cour confirment qu'indépendamment de l'existence d'une disposition d'inattaquabilité, une certaine déférence s'impose à l'égard du tribunal administratif dans une affaire ayant trait au rôle, à la fonction et à l'expertise propres à ce décideur (par. 25-26).

[18] L'arrêt *Dunsmuir* reconnaît que la norme de la décision correcte continue de s'appliquer aux questions constitutionnelles, aux questions de droit qui revêtent une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et qui sont étrangères au domaine d'expertise du décideur, ainsi qu'aux questions portant sur la « délimitation des compétences respectives de tribunaux spécialisés concurrents » (par. 58, 60-61; voir également l'arrêt *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160, par. 26, le juge Fish). La norme de la décision correcte vaut aussi pour les questions touchant véritablement à la compétence. À cet égard, la Cour se distancie expressément des définitions larges de la compétence de façon qu'une question se rapportant à celle-ci se pose uniquement lorsque le tribunal administratif « doit déterminer expressément si les pouvoirs dont le législateur l'a investi l'autorisent à trancher une question » (par. 59; voir également l'arrêt *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)*, 2004 CSC 19, [2004] 1 R.C.S. 485, par. 5).

[19] Après l'énoncé des principes applicables à l'analyse que commande le contrôle judiciaire, notre examen doit maintenant porter sur la façon dont ces principes doivent être appliqués à la décision du Tribunal. Ainsi que le recommande la Cour dans l'arrêt *Dunsmuir*, il faut d'abord s'intéresser à

of similar bodies tasked with addressing human rights complaints. Over the years, a substantial body of case law about the standards of review of these decisions has developed. Generally speaking, the reviewing courts have shown deference to the findings of fact of human rights tribunals (P. Garant, *Droit administratif* (6th ed. 2010), at p. 553). At the same time, they have granted little deference to their interpretations of laws, even of their own enabling statutes. It is well known that courts have traditionally extended deference to administrative bodies responsible for managing complex administrative schemes in domains like labour relations, telecommunications, the regulation of financial markets and international economic relations (*National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, at pp. 1339 and 1341, *per* Wilson J., and pp. 1369-70, *per* Gonthier J.). On the other hand, reviewing courts have not shown deference to human rights tribunals in respect of their decisions on legal questions. In the courts' view, the tribunals' level of comparative expertise remained weak and the regimes that they administered were not particularly complex (see A. Macklin, "Standard of Review: The Pragmatic and Functional Test", in C. M. Flood and L. Sossin, eds., *Administrative Law in Context* (2008), 197, at p. 216).

[20] Several examples can be found in the jurisprudence of the Court. In *Dickason v. University of Alberta*, [1992] 2 S.C.R. 1103, this Court held that absent a privative clause and specialized skill, a human rights commission or tribunal must interpret legislation correctly (pp. 1125-26). In subsequent decisions of this Court, the questions of whether the definition of "family status" as a prohibited ground of discrimination in the federal Act included same-sex couples (*Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554), or what constituted a "service customarily available to the public" or "public service" under the provincial

la jurisprudence relative aux décisions du Tribunal et à celles d'organismes apparentés auxquels il incombe de statuer sur des plaintes en matière de droits de la personne. Au fil des ans, une abondante jurisprudence s'est constituée sur la question des normes de contrôle applicables à ces décisions. En règle générale, les juridictions de révision défèrent aux conclusions de fait des tribunaux des droits de la personne (P. Garant, *Droit administratif* (6^e éd. 2010), p. 553). Par contre, elles font preuve de peu de déférence envers ces mêmes tribunaux lorsqu'ils interprètent la loi, y compris leur propre loi habilitante. Il est bien connu que les cours de justice font traditionnellement preuve de respect vis-à-vis des organismes administratifs chargés de l'application de régimes administratifs complexes dans certains domaines comme les relations de travail, les télécommunications, la réglementation des marchés financiers et les relations économiques internationales (*National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, p. 1339 et 1341, la juge Wilson, et p. 1369-1370, le juge Gonthier). En revanche, les juridictions de révision ne se montrent pas déférentes envers les tribunaux des droits de la personne appelés à trancher des questions de droit. À leur avis, l'expertise relative de ces tribunaux administratifs demeure minime, et les régimes qu'ils administrent ne sont pas particulièrement complexes (voir A. Macklin, « Standard of Review: The Pragmatic and Functional Test », dans C. M. Flood et L. Sossin, dir., *Administrative Law in Context* (2008), 197, p. 216).

[20] La jurisprudence de la Cour recèle plusieurs exemples. Dans l'arrêt *Dickason c. Université de l'Alberta*, [1992] 2 R.C.S. 1103, la Cour statue qu'en l'absence d'une disposition d'inattaquabilité, la commission ou le tribunal des droits de la personne qui n'a pas de connaissances spécialisées doit interpréter la loi correctement (p. 1125-1126). Dans des décisions subséquentes, elle juge que la question de savoir si le terme « situation de famille » — un motif de distinction illicite prévu par la loi fédérale — englobe le couple homosexuel (*Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554), et celle de savoir ce

human rights legislation (*University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353; *Gould v. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 S.C.R. 571) were held to be questions of law in which human rights adjudicators had no particular expertise *vis-à-vis* the courts and which had to be reviewed under a standard of correctness.

[21] But given the recent developments in the law of judicial review since *Dunsmuir* and its emphasis on the deference owed to administrative tribunals, even in respect of many questions of law, we must discuss whether all decisions on questions of law rendered by the Tribunal and similar bodies should be swept under the standard of correctness. At this point, we must acknowledge a degree of tension between some policies underpinning the present system of judicial review, when it applies to the decisions of human rights tribunals.

[22] The nature of these tribunals lies at the root of these problems. On the one hand, *Dunsmuir* and *Khosa*, building upon previous jurisprudence, recognize that administrative tribunals are generally entitled to deference, in respect of the legal interpretation of their home statutes and laws or legal rules closely connected to them. On the other hand, our Court has reaffirmed that general questions of law that are both of central importance to the legal system as a whole and outside the adjudicator's specialized area of expertise, must still be reviewed on a standard of correctness, in order to safeguard a basic consistency in the fundamental legal order of our country. The nature of the "home statute" administered by a human rights tribunal makes the task of resolving this tension a particularly delicate one. A key part of any human rights legislation in Canada consists of principles and rules designed to combat discrimination. But, these statutes also include a large number of provisions, addressing issues like questions of proof and procedure or the

qu'il faut entendre par les expressions « services habituellement offerts au public » ou « services publics » employées dans les lois provinciales sur les droits de la personne (*Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353; *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571) constituent des questions de droit à l'égard desquelles tribunaux et organismes des droits de la personne ne possèdent pas d'expertise particulière par rapport aux cours de justice et qu'elles emportent l'application de la norme de la décision correcte.

[21] Mais en raison de l'évolution récente du droit en matière de contrôle judiciaire depuis l'arrêt *Dunsmuir*, et de l'accent mis sur la déférence qui s'impose à l'endroit d'un tribunal administratif, même en ce qui concerne bon nombre de questions de droit, il nous faut déterminer si toute décision du Tribunal ou d'un organisme apparenté sur une question de droit est assujettie à la norme de la décision correcte. Nous devons ici reconnaître l'existence d'une tension entre certains des principes qui sous-tendent l'actuel régime de contrôle judiciaire lorsqu'il s'applique aux décisions d'un tribunal des droits de la personne.

[22] Cette difficulté s'explique par la nature d'un tel tribunal. D'une part, faisant fond sur la jurisprudence antérieure, les arrêts *Dunsmuir* et *Khosa* reconnaissent qu'un tribunal administratif a droit en principe à la déférence d'une cour de justice en ce qui concerne l'interprétation de sa loi constitutive et des règles de droit qui s'y rattachent de près. D'autre part, la Cour réaffirme que les questions de droit générales qui revêtent une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et qui sont étrangères au domaine d'expertise de l'organisme juridictionnel demeurent assujetties à la norme de la décision correcte, et ce, dans un souci de cohérence de l'ordre juridique fondamental du pays. La nature de la « loi constitutive » qu'administre un tribunal des droits de la personne rend très délicat le maintien de l'équilibre entre ces deux énoncés contradictoires. Au Canada, un volet essentiel de toute loi sur les droits de la personne énonce les principes et les règles visant à contrer la discrimination. Or, cette loi

remedial authority of human rights tribunals or commissions.

[23] There is no doubt that the human rights tribunals are often called upon to address issues of very broad import. But, the same questions may arise before other adjudicative bodies, particularly the courts. In respect of some of these questions, the application of the *Dunsmuir* standard of review analysis could well lead to the application of the standard of correctness. But, not all questions of general law entrusted to the Tribunal rise to the level of issues of central importance to the legal system or fall outside the adjudicator's specialized area of expertise. Proper distinctions ought to be drawn, especially in respect of the issue that remains before our Court.

[24] In this case, there is no doubt that the Tribunal has the power to award compensation for "any expenses incurred by the victim as a result of the discriminatory practice" pursuant to s. 53(2)(c) and (d) of the Act. The issue is whether the Tribunal could order the payment of costs as a form of compensation. Although *Dunsmuir* maintained the category of jurisdictional questions, it took the view that this category should be interpreted narrowly. Indeed, our Court has held since *Dunsmuir* that issues which in other days might have been considered by some to be jurisdictional, should now be dealt with under the standard of review analysis in order to determine whether a standard of correctness or of reasonableness should apply (see, e.g., *Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3, at paras. 33-34; *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678, at paras. 28-34). In substance, if the issue relates to the interpretation and application of its own statute, is within its expertise and does not raise issues of general legal importance, the standard of reasonableness will generally apply and the Tribunal will be entitled to deference.

renferme aussi un grand nombre de dispositions qui ont trait, par exemple, à la preuve et à la procédure ou au pouvoir de réparation du tribunal ou de la commission des droits de la personne.

[23] Nul doute qu'un tribunal des droits de la personne est souvent appelé à se prononcer sur des questions de très large portée. Or, les mêmes questions peuvent être soulevées devant d'autres organismes juridictionnels, en particulier des cours de justice. À l'issue de l'analyse relative à la norme de contrôle proposée dans l'arrêt *Dunsmuir*, la norme applicable aux décisions sur certaines de ces questions pourrait bien être celle de la décision correcte. Mais les questions de droit générales que le Tribunal est appelé à trancher n'équivalent pas toutes à des questions d'une importance capitale pour le système juridique et elles ne sont pas toutes étrangères au domaine d'expertise de l'organisme décisionnel. Il convient d'établir les distinctions qui s'imposent, surtout en ce qui concerne le litige qu'il nous faut aujourd'hui trancher.

[24] Dans le cas qui nous occupe, le Tribunal possède sans aucun doute le pouvoir d'indemniser la victime « des dépenses entraînées par l'acte [discriminatoire] » suivant les al. 53(2)c) et d) de la Loi. Il faut alors se demander s'il pouvait adjuger des dépens à titre d'indemnité. Même si, dans *Dunsmuir*, elle ne supprime pas la catégorie des questions de compétence, la Cour juge que celles-ci appellent une interprétation stricte. Ainsi, depuis cet arrêt, des questions que certains auraient pu auparavant considérer comme des questions de compétence doivent désormais faire l'objet de l'analyse relative à la norme de contrôle afin que l'on détermine si elles sont assujetties à la norme de la décision correcte ou à celle de la décision raisonnable (voir, p. ex., *Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3, par. 33-34; *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678, par. 28-34). En somme, lorsqu'il s'agit d'interpréter et d'appliquer sa propre loi, dans son domaine d'expertise et sans que soit soulevée une question de droit générale, la norme de la décision raisonnable s'applique habituellement, et le Tribunal a droit à la déférence.

[25] The question of costs is one of law located within the core function and expertise of the Tribunal relating to the interpretation and the application of its enabling statute (*Dunsmuir*, at para. 54). Although the respondent submitted that a human rights tribunal has no particular expertise in costs, care should be taken not to return to the formalism of the earlier decisions that attributed “a jurisdiction-limiting label, such as ‘statutory interpretation’ or ‘human rights’, to what is in reality a function assigned and properly exercised under the enabling legislation” by a tribunal (*Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650, at para. 96, *per* Abella J.). The inquiry of what costs were incurred by the complainant as a result of a discriminatory practice is inextricably intertwined with the Tribunal’s mandate and expertise to make factual findings relating to discrimination (see *Lévis (City) v. Fraternité des policiers de Lévis Inc.*, 2007 SCC 14, [2007] 1 S.C.R. 591, at para. 112, *per* Abella J., *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77, at para. 76, *per* LeBel J.). As an administrative body that makes such factual findings on a routine basis, the Tribunal is well positioned to consider questions relating to appropriate compensation under s. 53(2). In addition, a decision as to whether a particular tribunal will grant a particular type of compensation — in this case, legal costs — can hardly be said to be a question of central importance for the Canadian legal system and outside the specialized expertise of the adjudicator. Compensation is frequently awarded in various circumstances and under many schemes. It cannot be said that a decision on whether to grant legal costs as an element of that compensation and about their amount would subvert the legal system, even if a reviewing court found it to be in error.

[26] Subjecting costs to a correctness review would represent a departure from *Dunsmuir*, and

[25] La question des dépens constitue une question de droit qui relève essentiellement du mandat et de l’expertise du Tribunal liés à l’interprétation et à l’application de sa loi constitutive (*Dunsmuir*, par. 54). L’intimé prétend qu’un tribunal des droits de la personne ne possède pas d’expertise particulière en la matière. Toutefois, il faut se garder de retomber dans le formalisme antérieur qui accolait une « étiquette limitative de compétence, comme celle d’“interprétation législative” ou de “droits de la personne”, à ce qui est en réalité une fonction confiée [à un tribunal administratif] et exercée correctement [par lui] en vertu de la loi habilitante » (*Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650, par. 96, la juge Abella). La détermination des dépenses engagées par la plaignante à cause de l’acte discriminatoire dont elle a été victime demeure inextricablement liée au mandat du Tribunal et à sa compétence spécialisée qui lui permettent de tirer des conclusions de fait au chapitre de la discrimination (voir *Lévis (Ville) c. Fraternité des policiers de Lévis Inc.*, 2007 CSC 14, [2007] 1 R.C.S. 591, par. 112, la juge Abella; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77, par. 76, le juge LeBel). En tant qu’organisme administratif couramment appelé à tirer de telles conclusions de fait, le Tribunal se trouve bien placé pour examiner des questions se rapportant à l’indemnité dont il convient d’ordonner le versement en application du par. 53(2). De plus, on ne saurait affirmer que la décision d’un tribunal d’accorder ou non un type particulier d’indemnité, en l’occurrence des dépens, revêt une importance capitale pour le système juridique canadien dans son ensemble ni qu’elle est étrangère au domaine d’expertise du décideur. L’indemnisation intervient souvent dans des circonstances variées et en application de régimes multiples. On ne saurait dire non plus de la décision d’accorder ou non des dépens dans le cadre de cette indemnisation, ni de la détermination de leur montant, qu’elles mettraient en péril le système juridique, et ce, même si une juridiction de révision concluait que la décision est erronée.

[26] Assujettir l’octroi de dépens à la norme de la décision correcte irait à l’encontre de *Dunsmuir* et de

from this Court's recent decision in *Smith*. We note, though, that in that case there was a complex and substantial factual background. The issue was whether a tribunal with a mandate to arbitrate disputes relating to mandatory land expropriation and to award "legal, appraisal and other costs" could award costs of related proceedings which, in its view, had been necessary to secure compensation for the expropriation. Fish J., writing for the majority of this Court, concluded that the award of costs was reviewable on the standard of reasonableness since the tribunal was interpreting a provision of its home statute, and "[a]wards for costs are invariably fact-sensitive and generally discretionary" (para. 30). In his view, the tribunal's sole responsibility for determining the nature and the amount of costs was also grounded in the statutory language, and furthermore, involved an inquiry where the legal issues could not be easily separated from the factual issues (paras. 30-32). As the tribunal in *Smith*, the federal Tribunal in this case was interpreting a provision in its home statute that necessitated a fact-intensive inquiry and afforded the Tribunal a certain margin of discretion.

[27] In summary, the issue of whether legal costs may be included in the Tribunal's compensation order is neither a question of jurisdiction, nor a question of law of central importance to the legal system as a whole and outside the Tribunal's area of expertise within the meaning of *Dunsmuir*. As such, the Tribunal's decision to award legal costs to the successful complainant is reviewable on the standard of reasonableness.

C. Reasonableness of the Decision

[28] In *Dunsmuir*, the majority of this Court described reasonableness as

notre récent arrêt *Smith*. Il convient de faire observer que le contexte factuel de cette dernière affaire était à la fois complexe et considérable. La Cour devait en effet décider si le tribunal administratif investi du pouvoir de trancher tout litige consécutif à l'expropriation forcée d'un terrain et d'indemniser l'exproprié de « tous les frais, notamment de procédure et d'évaluation » entraînés par l'exercice du recours, pouvait accorder les frais et dépens afférents aux instances connexes qui, à son avis, avaient été nécessaires à l'obtention de l'indemnité d'expropriation. Au nom des juges majoritaires de la Cour, le juge Fish conclut que la décision relative aux frais et dépens est assujettie à la norme de la décision raisonnable étant donné que le tribunal interprète une disposition de sa loi constitutive portant sur l'adjudication des dépens et que « [l]es décisions à cet égard sont invariablement tributaires des faits et ont en règle générale un caractère discrétionnaire » (par. 30). À son avis, le texte de la loi traduit la volonté du législateur de confier à ce seul tribunal le soin de déterminer la nature et le montant des frais qu'il convient d'accorder, un processus qui soulève par ailleurs des questions qui ne se prêtent pas aisément à la dissociation du droit et des faits (par. 30-32). Tout comme ce décideur administratif, le tribunal fédéral en cause dans la présente affaire a interprété une disposition de sa loi constitutive qui requérait un examen approfondi des faits et qui lui laissait une certaine marge d'appréciation.

[27] En résumé, la question de savoir si le Tribunal peut adjuger des dépens dans le cadre de l'indemnisation qu'il ordonne ne représente ni une question de compétence ni une question de droit d'une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble, étrangère au domaine d'expertise du Tribunal au sens de l'arrêt *Dunsmuir*. La décision du Tribunal d'adjuger des dépens à la plaignante, après que celle-ci eut obtenu gain de cause, est par conséquent susceptible de contrôle judiciaire au regard de la norme de la décision raisonnable.

C. Caractère raisonnable de la décision

[28] Dans l'arrêt *Dunsmuir*, les juges majoritaires définissent comme suit la norme du caractère raisonnable :

a deferential standard animated by the principle that underlies the development of the two previous standards of reasonableness: certain questions that come before administrative tribunals do not lend themselves to one specific, particular result. Instead, they may give rise to a number of possible, reasonable conclusions. Tribunals have a margin of appreciation within the range of acceptable and rational solutions. A court conducting a review for reasonableness inquires into the qualities that make a decision reasonable, referring both to the process of articulating the reasons and to outcomes. In judicial review, reasonableness is concerned mostly with the existence of justification, transparency and intelligibility within the decision-making process. But it is also concerned with whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law. [para. 47]

[29] Reasonableness is therefore a deferential standard that shows respect for an administrative decision maker's experience and expertise. The concept of deference is fundamental in the context of judicial review, as this Court held in the seminal case of *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227. Deference to an administrative tribunal reflects recognition of interpretive choices. Such a recognition makes it possible to ask whether the tribunal or the court is better placed to make the choice (Macklin, at p. 205).

[30] The concept of deference is also what distinguishes judicial review from appellate review. Although both judicial and appellate review take into account the principle of deference, care should be taken not to conflate the two. In the context of judicial review, deference can shield administrative decision makers from excessive judicial intervention even on certain questions of law as long as these questions are located within the decision makers' core function and expertise. In those cases, deference would therefore extend to protect a range of reasonable outcomes when the decision maker is interpreting its home statute (see R. E. Hawkins, "Whither Judicial Review?" (2010), 88 *Can. Bar Rev.* 603).

La norme déférente du caractère raisonnable procède du principe à l'origine des deux normes antérieures de raisonnabilité : certaines questions soumises aux tribunaux administratifs n'appellent pas une seule solution précise, mais peuvent plutôt donner lieu à un certain nombre de conclusions raisonnables. Il est loisible au tribunal administratif d'opter pour l'une ou l'autre des différentes solutions rationnelles acceptables. La cour de révision se demande dès lors si la décision et sa justification possèdent les attributs de la raisonnabilité. Le caractère raisonnable tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l'intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu'à l'appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit. [par. 47]

[29] La norme du caractère raisonnable constitue donc une norme déférente qui se veut respectueuse de l'expérience et de l'expertise du décideur administratif. La notion de déférence joue un rôle fondamental en matière de contrôle judiciaire, comme le conclut la Cour dans l'arrêt charnière *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227. La déférence envers un tribunal administratif tient compte de la possibilité de plusieurs interprétations concurrentes. Cette prise en compte permet de se demander qui du tribunal administratif ou de la cour de justice est le mieux placé pour faire ce choix (Macklin, p. 205).

[30] La notion de déférence permet également de distinguer le contrôle judiciaire de l'appel. Bien que les deux tiennent compte du principe de déférence, il faut se garder de les confondre. Dans le cas du contrôle judiciaire, la déférence peut protéger le décideur administratif d'une immixtion judiciaire trop poussée, même à l'égard de certaines questions de droit dès lors que celles-ci touchent au cœur même du mandat et du domaine d'expertise du décideur. En pareil cas, la déférence a pour effet de protéger toute une gamme d'interprétations raisonnables possibles de sa loi constitutive par le tribunal (voir R. E. Hawkins, « Whither Judicial Review? » (2010), 88 *R. du B. can.* 603).

[31] By contrast, under the principles of appellate review set down in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, an appellate court owes no deference to a decision maker below on questions of law which are automatically reviewable on the standard of correctness. In *Khosa*, a majority of the Court confirmed that these principles of appellate review should not be imported into the judicial review context.

D. *Application — Reasonableness of Tribunal's Interpretation*

[32] The Tribunal held that any authority to award legal costs must come from either s. 53(2)(c) or (d) of the Act (costs decision, at para. 11). The appellant and the Commission have not raised any other provisions capable of supporting the result sought and conceded during oral argument that they were relying on both provisions together. The precise interpretative question before the Tribunal, therefore, was whether the words of s. 53(2)(c) and (d), which authorize the Tribunal to “compensate the victim . . . for any expenses incurred by the victim as a result of the discriminatory practice”, permit an award of legal costs. The Tribunal decided they did. However, in our view, this interpretation of these provisions is not reasonable, as a careful examination of the text, context and purpose of the provisions reveal.

[33] The question is one of statutory interpretation and the object is to seek the intent of Parliament by reading the words of the provision in their entire context and according to their grammatical and ordinary sense, harmoniously with the scheme and object of the Act and the intention of Parliament (E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87, quoted in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21). In approaching this task in relation to human rights legislation, one must be mindful that it expresses fundamental values and pursues fundamental goals. It must therefore be interpreted liberally and purposively so that the rights enunciated are given their full recognition and effect: see, e.g.,

[31] En revanche, suivant les principes régissant l'appel qu'a posés l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, la juridiction d'appel n'est tenue à aucune déférence envers la juridiction inférieure sur une question de droit qui rend la décision automatiquement susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte. Dans l'arrêt *Khosa*, la Cour confirme à la majorité qu'on ne doit pas appliquer au contrôle judiciaire ces principes propres à l'appel.

D. *Application — Caractère raisonnable de l'interprétation du Tribunal*

[32] Le Tribunal a estimé que tout pouvoir d'adjuger des dépens devait se fonder sur l'al. 53(2)c) ou d) de la Loi (décision relative aux dépens, par. 11). L'appelante et la Commission n'ont pas invoqué d'autres dispositions susceptibles de justifier le résultat recherché, et elles ont reconnu en plaidoirie se fonder à la fois sur l'une et l'autre dispositions. La question d'interprétation précise dont était saisi le Tribunal était donc celle de savoir si les mots employés aux al. 53(2)c) et d) pour l'autoriser à « indemniser la victime [. . .] des dépenses entraînées par l'acte [discriminatoire] » confèrent le pouvoir d'adjuger des dépens. Le Tribunal a décidé que tel était le cas. Or, nous croyons que son interprétation n'est pas raisonnable, ce que révèle l'examen attentif du texte des dispositions, de leur contexte et de leur objet.

[33] Il nous faut interpréter le texte législatif et discerner l'intention du législateur à partir des termes employés, compte tenu du contexte global et du sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la Loi, son objet et l'intention du législateur (E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87, cité dans l'arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21). Dans le cas d'une loi relative aux droits de la personne, il faut se rappeler qu'elle exprime des valeurs essentielles et vise la réalisation d'objectifs fondamentaux. Il convient donc de l'interpréter libéralement et téléologiquement de manière à reconnaître sans réserve les droits qui y sont énoncés et à leur donner pleinement effet (voir,

R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at pp. 497-500. However, what is required is nonetheless an interpretation of the text of the statute which respects the words chosen by Parliament.

[34] The Tribunal based its conclusion that it had the authority to award legal costs on two points. First, following three decisions of the Federal Court, the Tribunal reasoned that the term “expenses incurred” in s. 53(2)(c) and (d) is wide enough to include legal costs: *Canada (Attorney General) v. Thwaites*, [1994] 3 F.C. 38, at p. 71; *Canada (Attorney General) v. Stevenson*, 2003 FCT 341, 229 F.T.R. 297, at paras. 23-26; *Canada (Attorney General) v. Brooks*, 2006 FC 500, 291 F.T.R. 32, paras. 10-16. Second, the Tribunal relied on what it considered to be compelling policy considerations relating to access to the human rights adjudication process. For reasons that we will set out, our view is that these points do not reasonably support the conclusion that the Tribunal may award legal costs. When one conducts a full contextual and purposive analysis of the provisions it becomes clear that no reasonable interpretation supports that conclusion.

(1) Text

[35] Turning to the text of the provisions in issue, the words “any expenses incurred by the victim”, taken on their own and divorced from their context, are wide enough to include legal costs. This was the view adopted by the Tribunal and the three Federal Court decisions on which it relied. However, when these words are read, as they must be, in their statutory context, it becomes clear that they cannot reasonably be interpreted as creating a stand-alone category of compensation capable of supporting any type of disbursement causally connected to the discrimination. The contention that they were in our view, ignores the structure of the provision in which the words “any expenses incurred by the victim” appear.

p. ex., R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5^e éd. 2008), p. 497-500). On doit tout de même retenir une interprétation de la loi qui respecte le libellé choisi par le législateur.

[34] La conclusion du Tribunal selon laquelle il possède le pouvoir d'accorder des dépens s'appuie sur deux éléments. Premièrement, il invoque trois décisions de la Cour fédérale pour conclure que le syntagme « dépenses entraînées » employé aux al. 53(2)c) et d) est suffisamment large pour englober les dépens : *Canada (Procureur général) c. Thwaites*, [1994] 3 C.F. 38, p. 71; *Canada (Procureur général) c. Stevenson*, 2003 CFPI 341 (CanLII), par. 23-26; *Canada (Procureur général) c. Brooks*, 2006 CF 500 (CanLII), par. 10-16. Deuxièmement, le Tribunal fait fond sur ce qu'il tient pour d'importantes considérations de politique juridique liées à l'accès à la justice en matière de droits de la personne. Pour les motifs exposés ci-après, nous estimons que ces facteurs n'étaient pas raisonnablement la conclusion selon laquelle le Tribunal peut adjuger des dépens. Il appert d'une analyse exhaustive de nature contextuelle et téléologique qu'aucune interprétation raisonnable des dispositions n'appuie cette conclusion.

(1) Le texte

[35] En ce qui concerne le texte des dispositions en cause, considérés isolément et indépendamment de leur contexte, les mots « des dépenses entraînées par l'acte » sont suffisamment larges pour englober les dépens. Tel est le point de vue du Tribunal ainsi que celui de la Cour fédérale dans les décisions qu'il invoque à l'appui. Or, lorsque ces mots sont dûment considérés dans le contexte de la loi, il devient manifeste qu'on ne peut pas raisonnablement les interpréter de manière à créer une catégorie distincte d'indemnité susceptible de viser tout type de débours ayant un lien de causalité avec l'acte discriminatoire. La prétention contraire fait selon nous abstraction de la structure des dispositions dans lesquelles figurent les mots « des dépenses entraînées par l'acte ».

[36] For ease of reference, we reproduce s. 53(2) and (3) as they read at the time the appellant's complaint was filed:

53. . . .

(2) If, at the conclusion of its inquiry, a Tribunal finds that the complaint to which the inquiry relates is substantiated, it may . . . make an order against the person found to be engaging or to have engaged in the discriminatory practice and include in that order any of the following terms that it considers appropriate:

(a) that the person cease the discriminatory practice and, in order to prevent the same or a similar practice from occurring in the future, take measures, including

- (i) adoption of a special program, plan or arrangement referred to in subsection 16(1), or
- (ii) the making of an application for approval and the implementing of a plan pursuant to section 17,

in consultation with the Commission on the general purposes of those measures;

(b) that the person make available to the victim of the discriminatory practice, on the first reasonable occasion, such rights, opportunities or privileges as, in the opinion of the Tribunal, are being or were denied the victim as a result of the practice;

(c) that the person compensate the victim, as the Tribunal may consider proper, for any or all of the wages that the victim was deprived of and for any expenses incurred by the victim as a result of the discriminatory practice; and

(d) that the person compensate the victim, as the Tribunal may consider proper, for any or all additional cost of obtaining alternative goods, services, facilities or accommodation and for any expenses incurred by the victim as a result of the discriminatory practice.

(3) In addition to any order that the Tribunal may make pursuant to subsection (2), if the Tribunal finds that

(a) a person is engaging or has engaged in a discriminatory practice wilfully or recklessly, or

[36] Pour en faciliter la consultation, nous reproduisons les par. 53(2) et (3) dans leur version en vigueur au moment où l'appelante a déposé sa plainte :

53. . . .

(2) À l'issue de son enquête, le tribunal qui juge la plainte fondée peut [. . .] ordonner, selon les circonstances, à la personne trouvée coupable d'un acte discriminatoire :

a) de mettre fin à l'acte et de prendre, en consultation avec la Commission relativement à leurs objectifs généraux, des mesures destinées à prévenir des actes semblables, notamment :

- (i) d'adopter un programme, plan ou arrangement visé au paragraphe 16(1),
- (ii) de présenter une demande d'approbation et de mettre en œuvre un programme prévus à l'article 17;

b) d'accorder à la victime, dès que les circonstances le permettent, les droits, chances ou avantages dont, de l'avis du tribunal, l'acte l'a privée;

c) d'indemniser la victime de la totalité, ou de la fraction qu'il juge indiquée, des pertes de salaire et des dépenses entraînées par l'acte;

d) d'indemniser la victime de la totalité, ou de la fraction qu'il juge indiquée, des frais supplémentaires occasionnés par le recours à d'autres biens, services, installations ou moyens d'hébergement, et des dépenses entraînées par l'acte.

(3) Outre les pouvoirs que lui confère le paragraphe (2), le tribunal peut ordonner à l'auteur d'un acte discriminatoire de payer à la victime une indemnité maximale de cinq mille dollars, s'il en vient à la conclusion, selon le cas :

a) que l'acte a été délibéré ou inconsidéré;

(b) the victim of the discriminatory practice has suffered in respect of feelings or self-respect as a result of the practice,

the Tribunal may order the person to pay such compensation to the victim, not exceeding five thousand dollars, as the Tribunal may determine.

[37] It is significant, in our view, that the phrase “that the person compensate the victim . . . for any expenses incurred by the victim as a result of the discriminatory practice” appears twice, in two subsequent paragraphs. The wording is identical, but on each occasion it appears, the reference to expenses is preceded by specific, but different, wording. The repetition of the reference to expenses and the context in which this occurs strongly suggest that the expenses referred to in each paragraph take their character from the sort of compensation contemplated by the surrounding words of each paragraph. So, in s. 53(2)(c), the person must compensate the victim for lost wages and any expenses incurred by the victim as a result of the discriminatory practice. In s. 53(2)(d), compensation is for the additional costs of obtaining alternate goods, services, facilities, or accommodation in addition to expenses incurred. If the use of the term “expenses” had been intended to confer a free-standing authority to confer costs in all types of complaints, it is difficult to understand why the grant of power is repeated in the specific contexts of lost wages and provision of services and also why the power to award expenses was not provided for in its own paragraph rather than being repeated in the two specific contexts in which it appears. This suggests that the term “expenses” is intended to mean something different in each of paragraphs (c) and (d).

[38] The interpretation adopted by the Tribunal makes the repetition of the term “expenses” redundant and fails to explain why the term is linked to the particular types of compensation described in each of those paragraphs. This interpretation therefore violates the legislative presumption against tautology. As Professor Sullivan notes, at p. 210 of her text, “It is presumed that the legislature avoids superfluous or meaningless words, that it does not pointlessly repeat itself or speak in vain. Every

b) que la victime en a souffert un préjudice moral.

[37] Il nous paraît significatif que l’expression « indemniser la victime [. . .] des dépenses entraînées par l’acte » figure dans deux alinéas successifs. Le texte est identique, mais chaque fois, le renvoi aux dépenses est précédé d’un libellé particulier et différent. La répétition du mot « dépenses » et le contexte dans lequel celui-ci est employé donnent franchement à penser que la nature des dépenses visées dépend du type d’indemnité prévu par le libellé particulier de chacun de ces alinéas. Ainsi, à l’al. 53(2)c), l’auteur de l’acte discriminatoire est tenu d’indemniser la victime des pertes de salaire et des dépenses entraînées par l’acte. À l’alinéa 53(2)d), l’indemnité vise les frais supplémentaires occasionnés par le recours à d’autres biens, services, installations ou moyens d’hébergement, en plus des dépenses entraînées par l’acte discriminatoire. Si l’emploi du mot « dépenses » vise à conférer le pouvoir distinct d’accorder des dépenses pour tous les types de plaintes, on conçoit difficilement que ce pouvoir soit attribué non seulement dans le contexte de la perte de salaire, mais aussi dans celui de la fourniture de services et que le pouvoir d’adjudger des dépenses ne fasse pas l’objet d’un alinéa distinct au lieu d’être prévu dans le contexte précis de deux alinéas. On peut en conclure que l’intention du législateur était de faire en sorte que le mot « dépenses » ait un sens différent à chacun des al. c) et d).

[38] L’interprétation retenue par le Tribunal rend superflue la répétition du mot « dépenses » et n’explique pas le rattachement de ce terme à l’indemnité visée par chacun des alinéas. Elle va à l’encontre de la présomption d’absence de tautologie qu’établissent les règles d’interprétation législative. La professeure Sullivan signale d’ailleurs à la p. 210 de son ouvrage que [TRADUCTION] « [l]e législateur est présumé ne pas utiliser de mots superflus ou dénués de sens, ne pas se répéter inutilement

word in a statute is presumed to make sense and to have a specific role to play in advancing the legislative purpose.” As former Chief Justice Lamer put it in *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61, at para. 28, “It is a well accepted principle of statutory interpretation that no legislative provision should be interpreted so as to render it mere surplusage.” See also *Attorney General of Quebec v. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 S.C.R. 831, at p. 838.

[39] The appellant received an award for pain and suffering under s. 53(3) of the *CHRA*. The Tribunal also expressly disallowed her medical expense claims (merits decision, at paras. 404-6). Unlike s. 53(2)(c) and (d), there is in subs. (3) no provision for the reimbursement of expenses. Once again, if the intention had been to grant free-standing authority to award costs, the meaning of this omission in light of the repeated specific provision for compensation for expenses is hard to fathom in the context of compensation for lost wages in paragraph (c) and for additional costs of obtaining goods and services in paragraph (d).

[40] Moreover, the term “costs”, in legal parlance, has a well-understood meaning that is distinct from either compensation or expenses. It is a legal term of art because it consists of “words or expressions that have through usage by legal professionals acquired a distinct legal meaning”: Sullivan, at p. 57. Costs usually mean some sort of compensation for legal expenses and services incurred in the course of litigation. If Parliament intended to confer authority to order costs, it is difficult to understand why it did not use this very familiar and widely used legal term of art to implement that purpose. As we shall see shortly, the legislative history of the statute also strongly supports the inference that this was not Parliament’s intent.

[41] Finally, in relation to the text of the Act, it is noteworthy that it very strictly limits the

ni s’exprimer en vain. Chaque mot d’une loi est présumé avoir un sens et jouer un rôle précis dans la réalisation de l’objectif du législateur. » Comme l’explique l’ancien juge en chef Lamer dans l’arrêt *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61, au par. 28, « [s]uivant un principe d’interprétation législative reconnu, une disposition législative ne devrait jamais être interprétée de façon telle qu’elle devienne superfétatoire. » Voir également l’arrêt *Procureur général du Québec c. Carrières Ste-Thérèse Ltée*, [1985] 1 R.C.S. 831, p. 838.

[39] L’appelante a obtenu une indemnité pour préjudice moral en application du par. 53(3) de la *LCDP*. Le Tribunal a par ailleurs refusé expressément le remboursement de ses frais médicaux (décision sur le fond, par. 404-406). À la différence des al. 53(2)c) et d), le par. (3) ne fait aucune mention du remboursement de dépenses. Là encore, si le législateur a voulu conférer un pouvoir distinct d’adjudger des dépens, on s’explique mal son omission de le faire explicitement dans la mesure où l’indemnisation des dépenses est expressément prévue pour la perte de salaire, à l’al. c), puis pour les frais supplémentaires occasionnés par le recours à d’autres biens et services, à l’al. d).

[40] Qui plus est, dans le vocabulaire juridique, le terme « dépens » possède un sens bien défini qui diffère de celui d’« indemnité » ou de « dépenses ». Il s’agit d’un terme technique propre à la langue du droit en ce qu’il correspond à [TRADUCTION] « un mot ou une expression qui, du fait de son emploi par les professionnels du droit, a acquis un sens juridique distinct » (Sullivan, p. 57). Les « dépens » s’entendent habituellement d’une indemnité accordée pour les frais de justice engagés et les services juridiques retenus dans le cadre d’une instance. Si le législateur a entendu conférer le pouvoir d’adjudger des dépens, on comprend mal pourquoi il n’a pas employé ce terme juridique consacré et largement répandu pour le faire. Nous verrons plus loin que l’historique de la loi donne aussi sérieusement à penser que telle n’était pas l’intention du législateur.

[41] Enfin, pour ce qui est du texte de la Loi, il vaut la peine de signaler qu’il plafonne très

amount of money the Tribunal may award for pain and suffering experienced as a result of the discriminatory practice and, as noted, does not explicitly provide for reimbursement of expenses in relation to such an award. At the time of these proceedings, the limit was \$5,000. The Tribunal's interpretation permits it to make a free-standing award for pain and suffering coupled with an award of legal costs in a potentially unlimited amount. This view is hard to reconcile with either the monetary limit or the omission of any express authority to award expenses in s. 53(3).

(2) Context

[42] Turning to context, three matters must be considered: legislative history, the Commission's own consistent understanding of the Tribunal's power to award costs, and parallel provincial and territorial legislation. These contextual matters, when considered along with the provisions' text and purpose, demonstrate that the Tribunal's interpretation does not fall within the range of reasonable interpretations of these provisions.

(a) *Legislative History*

[43] The legislative evolution and history of a provision may often be important parts of the context to be examined as part of the modern approach to statutory interpretation: *Merk v. International Association of Bridge, Structural, Ornamental and Reinforcing Iron Workers, Local 771*, 2005 SCC 70, [2005] 3 S.C.R. 425, at para. 28, per Binnie J.; *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513, at p. 528, per L'Heureux-Dubé J.; *Hilewitz v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 SCC 57, [2005] 2 S.C.R. 706, at paras. 41-53, per Abella J. Legislative evolution consists of the provision's initial formulation and all subsequent formulations. Legislative history includes material relating to the conception, preparation and passage of the enactment: see Sullivan, at pp. 587-93; P.-A. Côté, with the collaboration of S. Beaulac and

strictement le dédommagement que le Tribunal peut accorder pour le préjudice moral infligé par l'acte discriminatoire. Rappelons aussi qu'il ne prévoit pas explicitement le remboursement des frais engagés pour l'obtention de ce dédommagement. Au moment d'engager l'instance, la somme maximale susceptible d'être accordée s'élevait à 5 000 \$. L'interprétation que retient le Tribunal l'autorise à indemniser le préjudice moral de manière distincte, d'une part, et à adjuger des dépens dont le montant peut être illimité, d'autre part. Il est difficile de concilier cette interprétation avec la limitation de l'indemnité ou le fait que le par. 53(3) ne prévoit pas expressément le pouvoir d'accorder le remboursement des frais.

(2) Le contexte

[42] À propos du contexte, trois éléments doivent être pris en compte : l'historique législatif, l'opinion constante de la Commission concernant le pouvoir du Tribunal d'adjuger des dépens et les dispositions législatives comparables adoptées par les provinces et les territoires. Lorsque ces éléments sont considérés de pair avec le texte des dispositions et leur objet, l'interprétation retenue par le Tribunal ne fait pas partie de celles qui sont raisonnables.

a) *Historique législatif*

[43] Souvent, l'évolution et l'historique législatifs d'une disposition peuvent constituer des aspects importants du contexte dont il doit être tenu compte dans une démarche moderne d'interprétation des lois (*Merk c. Association internationale des travailleurs en ponts, en fer structural, ornemental et d'armature, section locale 771*, 2005 CSC 70, [2005] 3 R.C.S. 425, par. 28, le juge Binnie; *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513, p. 528, la juge L'Heureux-Dubé; *Hilewitz c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CSC 57, [2005] 2 R.C.S. 706, par. 41-53, la juge Abella). L'évolution législative s'entend de la formulation initiale, puis subséquente, d'une disposition, et l'historique législatif, des éléments touchant à la conception, à l'élaboration et à l'adoption du texte de loi : Sullivan, p. 587-593;

M. Devinat, *Interprétation des lois* (4th ed. 2009), at pp. 496 and 501-8.

[44] We think there is no reason to exclude proposed, but unenacted, provisions to the extent they may shed light on the purpose of the legislation. While great care must be taken in deciding how much, if any, weight to give to these sorts of material, it may provide helpful information about the background and purpose of the legislation, and in some cases, may give direct evidence of legislative intent: Sullivan, at p. 609; Côté, at p. 507; *Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862, at para. 37. This Court, in *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, has held that failed legislative amendments can constitute evidence of Parliamentary purpose: paras. 348-49, *per* Bastarache J.

[45] The legislative evolution and history of the *CHRA* shed light on two important matters. First, it strongly supports the inference that it is likely that Parliament would have chosen the familiar legal term of art had it been the intention to confer a power to award costs. Parliament is presumed to know the law and it is a reasonable inference that its failure to use familiar terms of art shows that some other meaning was intended. The history of the enactment of the provisions in issue supports applying that reasonable inference because the legal term of art “costs” was used in some draft provisions but not others. Second, the role envisioned for the Commission explains why the power to award costs was not part of Parliament’s intent.

[46] Before the *Canadian Human Rights Act* was enacted in 1977, there was an earlier attempt to enact similar legislation. In 1975, Bill C-72, *An Act to extend the present laws in Canada that proscribe discrimination and that protect the privacy of individuals*, 1st Sess., 30th Parl., received first reading. It provided a specific costs jurisdiction for the Tribunal *in addition to* authority to award expenses which was expressed in wording that was virtually identical to the current s. 53(2). Clause 37(4) of Bill C-72 read as follows:

P-A. Côté, avec la collaboration de S. Beaulac et M. Devinat, *Interprétation des lois* (4^e éd. 2009), p. 496 et 501-508.

[44] Nous croyons que rien ne justifie d’oublier les dispositions envisagées mais non retenues dans la mesure où elles peuvent contribuer à la détermination de l’objet de la loi. Une grande prudence s’impose quant à l’importance éventuelle qu’il convient de leur accorder. Cependant, elles peuvent renseigner utilement sur l’historique et l’objet de la loi et, dans certains cas, offrir un élément de preuve direct de l’intention du législateur (Sullivan, p. 609; Côté, p. 507; *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862, par. 37). Dans l’arrêt *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, notre Cour a statué qu’un projet de modification législative rejeté pouvait servir à établir l’intention du législateur : par. 348-349, le juge Bastarache.

[45] L’évolution et l’historique de la *LCDP* nous éclairent sur deux points importants. Premièrement, ils donnent fortement à penser que le législateur aurait eu recours au terme juridique consacré s’il avait voulu conférer le pouvoir d’adjuger des dépens. Le législateur est présumé connaître la loi, et l’omission d’employer un terme technique usité en droit permet d’inférer que le terme utilisé a une autre signification. L’historique de l’adoption des dispositions en cause étaye cette inférence raisonnable, car le terme juridique « dépens » a été employé dans l’ébauche de certaines dispositions, mais pas dans d’autres. En second lieu, le rôle qu’il projetait de confier à la Commission explique que le législateur n’a pas voulu lui attribuer le pouvoir d’adjuger des dépens.

[46] L’adoption en 1977 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* a été précédée par le dépôt, en 1975, du projet de loi C-72 intitulé *Loi visant à compléter la législation canadienne actuelle en matière de discrimination et de protection de la vie privée*, 1^{re} sess., 30^e lég., qui a franchi l’étape de la première lecture. Le projet conférait expressément au Tribunal le pouvoir d’adjuger des dépens *en plus de* celui d’accorder une indemnité pour les frais. Le libellé des dispositions en cause était pour ainsi dire identique à celui de l’actuel par. 53(2). Le paragraphe 37(4) du projet de loi C-72 disposait :

37. . . .

(4) The costs of and incidental to any hearing before a Tribunal are in the discretion of the Tribunal, which may direct that the whole or any part thereof be paid by any party to such hearing.

[47] Bill C-72 died on the order paper. When Bill C-25, which ultimately became the *CHRA* in 1977, was introduced, the explicit authority to award costs, which had been granted in cl. 37(4) of Bill C-72, was deleted, while the authority to award expenses was retained. In addition, a provision relating to the role of the Commission was inserted which we will discuss in a moment.

[48] This piece of the legislative history of the provision before us strongly suggests that “costs” was used as a term of art when the intention was to confer authority to award legal costs. This view is further reinforced by amendments that were proposed, but not enacted, in 1992. Clause 24(3) of Bill C-108, *An Act to amend the Canadian Human Rights Act and other Acts in consequence thereof*, 3rd Sess., 34th Parl., 1991-92, provided that the Tribunal could order the Commission to pay costs. It read as follows:

24. . . .

(3) Subsections 53(3) and (4) of the said Act are repealed and the following substituted therefor:

(6) The Tribunal may order the Commission to pay costs in accordance with the rules made under section 48.9 to

(a) a complainant, if the complaint is substantiated and

(i) the Commission did not appear before the Tribunal, or

(ii) separate representation for the complainant was warranted by the divergent interests of the complainant and the Commission or by any other circumstances of the complaint; or

(b) a respondent, if the complaint is not substantiated and is found to be trivial, frivolous, vexatious, in bad faith or without purpose or to have caused the respondent excessive financial hardship.

37. . . .

(4) Les dépens de l'enquête et les frais qui en découlent sont laissés à la discrétion du tribunal.

[47] Le projet de loi C-72 est mort au Feuilleton. Lors du dépôt du projet de loi C-25, devenu la *LCDP* en 1977, le pouvoir exprès d'adjuger des dépens que prévoyait le par. 37(4) du projet de loi C-72 a été omis, alors que celui d'indemniser des frais occasionnés a été retenu. De plus, une disposition portant sur le rôle de la Commission a été ajoutée. Nous y reviendrons.

[48] Ce volet de l'historique des dispositions qui nous intéressent permet de conclure que le terme technique « dépens » est employé lorsqu'il s'agit de conférer le pouvoir d'indemniser une partie de ses frais de justice. Cette interprétation se voit confirmée par les modifications proposées en 1992, mais non adoptées par la suite. En effet, le par. 24(3) du projet de loi C-108 — *Loi modifiant la Loi canadienne sur les droits de la personne et d'autres lois en conséquence*, 3^e sess., 34^e lég., 1991-92 — prévoyait que le Tribunal pouvait condamner la Commission aux dépens. En voici le libellé :

24. . . .

(3) Les paragraphes 53(3) et (4) de la même loi sont abrogés et remplacés par ce qui suit :

(6) Le tribunal peut accorder, aux dépens de la Commission, les frais et dépens qu'il détermine suivant les barèmes fixés dans les règles visées à l'article 48.9 :

a) au plaignant qui a gain de cause, soit lorsque la Commission n'a pas comparu devant lui, soit lorsque le plaignant a un représentant distinct à cause de la divergence de ses intérêts et de ceux de la Commission, ou des circonstances de la plainte;

b) au défendeur qui a gain de cause, lorsqu'il estime que la plainte est sans objet, dénuée de tout intérêt, faite de mauvaise foi ou a causé une contrainte financière excessive à celui-ci.

Clause 21 (adding s. 48.9(1)(h)) also would have allowed the Human Rights Tribunal Panel, with the approval of the Governor in Council, to make rules of procedure governing awards of interest and costs.

[49] These provisions received first reading in December of 1992, but did not proceed further and were not enacted. However, they again show that the word “costs” was understood to be a legal term of art to be used when the intention was to confer authority to order payment of legal costs.

[50] Another aspect of legislative history suggests that the authority to award costs and the role envisaged for the Commission were related subjects in Parliament’s view.

[51] We mentioned earlier that the 1975 draft bill which was not ultimately enacted expressly authorized the Tribunal to award “costs of and incidental to any hearing” before it. That express power, as we have noted, was not contained in the 1977 bill that ultimately became the *CHRA*. However, while the power to award costs was removed, a provision relating to the role of the Commission was added. This section currently reads:

51. In appearing at a hearing, presenting evidence and making representations, the Commission shall adopt such position as, in its opinion, is in the public interest having regard to the nature of the complaint.

We agree with the respondent that the clear implication of this chain of events is that Parliament chose an active role for the Commission, which could include litigating on behalf of complainants, instead of cloaking the Tribunal with a broad costs jurisdiction.

[52] The 1992 proposed amendments which we have noted earlier are consistent with this view. It is noteworthy that the authority to award costs contemplated by those provisions could only be

De plus, l’art. 21 (qui ajoutait l’al. 48.9(1)h)) aurait permis au Comité du tribunal des droits de la personne d’établir, avec l’approbation du gouverneur en conseil, des règles de procédure régissant l’adjudication des frais, des dépens et des intérêts.

[49] Ces dispositions ont franchi l’étape de la première lecture en décembre 1992, mais elles n’ont connu aucune suite, de sorte qu’elles n’ont pas été adoptées. Cependant, elles montrent encore une fois que le mot « dépens » était perçu comme un terme technique propre au droit et que son emploi visait à conférer le pouvoir de condamner au paiement des frais de justice.

[50] Un autre aspect de l’historique législatif permet de conclure que, dans l’esprit du législateur, pouvoir d’adjuger des dépens et rôle projeté de la Commission étaient liés.

[51] Rappelons que le projet de loi de 1975, qui n’a pas connu de suite, autorisait expressément le Tribunal à accorder les « dépens de l’enquête et les frais qui en découlent ». Or, ce pouvoir exprès n’a pas été repris dans le projet de loi de 1977 dont est issue la *LCDP*. Toutefois, même si le législateur a écarté le pouvoir d’adjuger des dépens, il a ajouté une disposition relative au rôle de la Commission qui, dans sa version actuelle, prévoit ce qui suit :

51. En comparaisant devant le membre instructeur et en présentant ses éléments de preuve et ses observations, la Commission adopte l’attitude la plus proche, à son avis, de l’intérêt public, compte tenu de la nature de la plainte.

Nous convenons avec l’intimé qu’il appert nettement de cette succession de mesures que le législateur a choisi de confier un rôle actif à la Commission, dont celui d’agir au nom d’un plaignant, au lieu d’investir le Tribunal d’un vaste pouvoir d’adjudication des dépens.

[52] Les modifications proposées en 1992 et dont nous faisons précédemment état s’accordent avec cette interprétation. Il convient également de signaler que le pouvoir d’adjuger des dépens que

awarded under this regime if the Commission did not take carriage of the matter. This supports the respondent's contention that an authority to award costs was rejected in favour of an active role for the Commission in presenting complaints to the Tribunal.

(b) *The Commission's Understanding of Costs Authority*

[53] A further element of context is that the Commission itself has consistently understood that the *CHRA* does not confer jurisdiction to award costs and has repeatedly urged Parliament to amend the Act in this respect. Despite the limited weight of the factor, this Court has permitted consideration of an administrative body's own interpretation of its enabling legislation, for example, in *Will-Kare Paving & Contracting Ltd. v. Canada*, 2000 SCC 36, [2000] 1 S.C.R. 915. Binnie J. (in dissent) relied on excerpts from speeches to the Canadian Tax Foundation made by both the Minister of Finance and an employee of Revenue Canada when interpreting an income tax provision. Binnie J. states, "Administrative policy and interpretation are not determinative but are entitled to weight and can be an important factor in case of doubt about the meaning of legislation", at para. 66, citing *Harel v. Deputy Minister of Revenue of Quebec*, [1978] 1 S.C.R. 851, at p. 859, *per de Grandpré J.*, and *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, at p. 37, *per Dickson J.* (as he then was). While of course not conclusive, this sort of opinion about the proper interpretation of the provision may be consulted by the court provided it meets the threshold test of relevance and reliability (see Sullivan, at p. 575; Côté, at pp. 633-38). In my view, the considered and consistent view of the Commission itself about the meaning of its constitutive statute meets these requirements.

[54] In its 1985 annual report, the Commission asked that the Act be amended to empower the Tribunal to award costs:

prévoient ces dispositions ne pouvait être exercé que si la Commission n'assurait pas la conduite de l'instance, ce qui tend à appuyer la thèse, défendue par l'intimé, de l'abandon du pouvoir d'adjuger des dépens au profit de l'octroi à la Commission d'un rôle actif dans la présentation des plaintes au Tribunal.

b) *Opinion de la Commission concernant son pouvoir d'adjuger des dépens*

[53] S'inscrit également dans le contexte le fait que la Commission elle-même a toujours considéré que la *LCDP* ne conférait pas le pouvoir d'adjuger des dépens et qu'elle a maintes fois exhorté le législateur à corriger la situation en modifiant la Loi. Dans l'arrêt *Will-Kare Paving & Contracting Ltd. c. Canada*, 2000 CSC 36, [2000] 1 R.C.S. 915, par exemple, notre Cour a permis la prise en compte de l'interprétation de sa loi habilitante par un organisme administratif, malgré l'importance relative de cet élément. Dissident, le juge Binnie s'y fonde sur des extraits d'allocutions prononcées devant l'Association canadienne d'études fiscales par le ministre des Finances et un employé de Revenu Canada relativement à l'interprétation d'une disposition de la loi de l'impôt sur le revenu. Il écrit : « La politique et l'interprétation de l'administration ne sont pas des sources concluantes, mais elles ont un certain poids en cas de doute sur la signification d'un texte législatif » (par. 66), citant à l'appui les arrêts *Harel c. Sous-ministre du Revenu du Québec*, [1978] 1 R.C.S. 851, p. 859, le juge de Grandpré, et *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, p. 37, le juge Dickson, plus tard Juge en chef. L'opinion de ce type sur la juste interprétation de la disposition en cause n'est évidemment pas concluante, mais le tribunal peut en tenir compte si elle satisfait au critère minimal de la pertinence et de la fiabilité (Sullivan, p. 575; Côté, p. 633-638). À notre avis, l'opinion réfléchie et constante de la Commission quant à la portée de sa loi constitutive satisfait à cette exigence.

[54] Dans son rapport annuel de 1985, la Commission demandait la modification de la Loi afin de doter le Tribunal du pouvoir d'adjuger des dépens :

The Commission recommends to Parliament that the Canadian Human Rights Act be amended to include a provision to allow a human rights tribunal discretionary power to award costs to parties appearing before it.

The intent of this recommendation is to provide tribunals with a wider discretion in disposing of a complaint where undue hardship may be a factor.

(*Annual Report 1985* (1986), at p. 12 (italics in original))

The Commission made similar recommendations in each of its 1986, 1987, 1988, 1989 and 1990 annual reports to Parliament.

[55] Most recently, in its *Special Report to Parliament: Freedom of Expression and Freedom from Hate in the Internet Age* (2009), the Commission stated that “[t]he CHRA does not allow for the awarding of costs” (p. 34). In this respect, the report makes mention of the simplified process that complainants must follow to file a complaint, and the assistance they get from both the Commission and the Tribunal during the investigation and litigation stages, as reasons why complainants do not need to hire lawyers to proceed. The Commission went on to recommend that Parliament amend the Act to allow discretion to award legal costs, but only if the Tribunal finds that one party has abused the Tribunal process.

[56] While, as noted, the Commission’s views about the limits of its statutory powers are not binding on the court, they may be considered. The Commission is the body charged with the administration and enforcement of the *CHRA* on a daily basis and possesses extensive knowledge of and familiarity with the Act. Its long-standing and consistently held view that the Act does not allow for costs, while not determinative, is entitled to some weight in the circumstances of this case.

(c) *Parallel Provincial and Territorial Legislation*

[57] The respondent also urges us to consider parallel legislation in the provinces and territories

La Commission recommande au Parlement de modifier la Loi canadienne sur les droits de la personne de façon à y inclure une disposition conférant au tribunal des droits de la personne un pouvoir discrétionnaire l’habilitant à condamner aux dépens les parties aux plaintes qu’il instruit.

Cette recommandation vise à laisser aux tribunaux une plus grande discrétion dans la suite à donner aux plaintes dans les cas où des contraintes excessives peuvent entrer en compte.

(*Rapport annuel 1985* (1986), p. 12 (en italique dans l’original))

La Commission a formulé des recommandations au même effet dans chacun de ses rapports annuels au Parlement en 1986, 1987, 1988, 1989 et 1990.

[55] Plus récemment, dans son *Rapport spécial au Parlement : Liberté d’expression et droit à la protection contre la haine à l’ère d’Internet* (2009), la Commission relève que « [l]a LCDP ne permet pas d’allouer des dépens » (p. 37). À ce propos, elle renvoie à la procédure simplifiée que suit le plaignant pour déposer une plainte, de même qu’à l’assistance sur laquelle il peut compter de sa part et de celle du Tribunal tant à l’étape de l’enquête qu’à celle de l’instruction, pour expliquer que le plaignant n’a pas besoin d’un avocat pour exercer son recours. La Commission recommande la modification de la Loi afin que le Tribunal ait le pouvoir discrétionnaire d’allouer des dépens, mais seulement lorsqu’il juge qu’une partie a abusé de sa procédure.

[56] Comme nous le signalons précédemment, même si elle n’est pas liée par la conception que la Commission se fait de l’étendue de son pouvoir légal, une cour de justice peut en tenir compte. La Commission administre et applique la *LCDP* au quotidien, si bien qu’elle en a une connaissance approfondie. Le fait qu’elle estime depuis longtemps et avec constance que la Loi ne permet pas d’adjudication des dépens revêt une certaine importance dans les circonstances de l’espèce même s’il n’est pas décisif.

c) *Dispositions législatives comparables des provinces et des territoires*

[57] L’intimé nous incite par ailleurs à tenir compte des dispositions législatives parallèles des

and we agree that this is a useful exercise in this case. Of course, we do not suggest that consulting provincial and territorial legislation is always helpful to the task of discerning federal legislative intent. However, Professor Sullivan confirms that cross-jurisdictional comparison of statutes dealing with the same subject matter may be instructive (pp. 419-20).

[58] The Court has made use of parallel legislation as an interpretative aid in other cases. For example, in *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1991] 1 S.C.R. 614, Sopinka J. looked at several pieces of comparable provincial legislation to assist him in determining whether the federal legislation allowed the Public Service Staff Relations Board to decide who is an employee under its enabling legislation (pp. 631-32). Another example of this approach is found in *Morguard Properties Ltd. v. City of Winnipeg*, [1983] 2 S.C.R. 493, where Estey J. relied on a comparative analysis between Manitoba's legislation, and that of the other provinces, when deciding whether Winnipeg intended to freeze property tax assessments (pp. 504-5).

[59] In this case, resort to parallel provincial and territorial legislation is helpful in one limited respect. It tends to confirm the view that the word "costs" is used consistently when the intention is to confer the authority to award legal costs.

[60] For example, British Columbia allows costs to be awarded if there is "improper conduct" during the course of the complaint (*Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210, s. 37(4)). In Manitoba and the Northwest Territories, the conduct must be "frivolous or vexatious" (*Human Rights Code*, S.M. 1987-88, c. 45, s. 45(2); *Human Rights Act*, S.N.W.T. 2002, c. 18, s. 63). In Alberta, Prince Edward Island, and Newfoundland (*Alberta Human Rights Act*, R.S.A. 2000, c. A-25.5, s. 32(2); *Human Rights Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. H-12, s. 28.4(6); *Human Rights Act, 2010*, S.N.L. 2010, c. H-13.1, s. 39(2)), tribunals can make any

provinces et des territoires et nous convenons qu'il s'agit d'une entreprise utile en l'espèce. Évidemment, nous ne laissons pas entendre que la consultation des lois provinciales et territoriales s'avère toujours pertinente pour discerner l'intention du législateur fédéral. La professeure Sullivan confirme toutefois que la comparaison des lois fédérales, provinciales et territoriales portant sur un même sujet peut se révéler instructive (p. 419-420).

[58] La Cour a déjà examiné en parallèle les dispositions législatives de différents ressorts. Ainsi, dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1991] 1 R.C.S. 614, le juge Sopinka étudie quelques lois provinciales comparables afin de déterminer si la loi fédérale considérée permet à la Commission des relations de travail dans la Fonction publique de décider qui est un employé en application de sa loi habilitante (p. 631-632). De même, dans l'arrêt *Morguard Properties Ltd. c. Ville de Winnipeg*, [1983] 2 R.C.S. 493, le juge Estey recourt à une analyse comparative de la loi manitobaine et de celles d'autres provinces pour décider si la ville de Winnipeg entendait geler des évaluations foncières (p. 504-505).

[59] Dans le cas qui nous occupe, le recours aux dispositions législatives équivalentes des provinces et des territoires n'est indiqué qu'à une fin bien précise. La démarche tend à confirmer que le législateur emploie toujours le mot « dépens » lorsqu'il veut conférer le pouvoir d'adjuger des dépens.

[60] Par exemple, la Colombie-Britannique permet d'adjuger des dépens en cas de [TRA-DUCTION] « comportement répréhensible » pendant l'examen de la plainte (*Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, ch. 210, par. 37(4)). Au Manitoba et dans les Territoires du Nord-Ouest, la conduite reprochée doit être « futile ou vexatoire » (*Code des droits de la personne*, L.M. 1987-88, ch. 45, par. 45(2); *Loi sur les droits de la personne*, L.T.N.-O. 2002, ch. 18, art. 63). En Alberta, à l'Île-du-Prince-Édouard et à Terre-Neuve (*Alberta Human Rights Act*, R.S.A. 2000, ch. A-25.5, par. 32(2); *Human Rights Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. H-12, par. 28.4(6);

“appropriate” cost order, in Québec a tribunal may award costs “as it determines”, *Charter of human rights and freedoms*, R.S.Q., c. C-12, s. 126; and in Saskatchewan it is any “appropriate” cost order but not against the Commission (*Saskatchewan Human Rights Code Regulations*, R.R.S., c. S-24.1, Reg. 1, s. 21(1)). In Ontario, the offending party’s conduct must be “unreasonable, frivolous or vexatious or . . . in bad faith” and the Tribunal can make its own rules pertaining to costs awards (*Statutory Powers Procedure Act*, R.S.O. 1990, c. S.22, s. 17.1(2)). In all provinces, this costs jurisdiction is *in addition to* broad compensatory jurisdiction for expenses incurred; the wording of these expense reimbursement provisions is very similar to the language of s. 53(2) of the *CHRA*.

(3) Purpose

[61] The appellant urges the Court to give the provisions authorizing compensation for expenses a broad and purposive interpretation which will permit the Tribunal to make victims of discrimination whole. This was the second point relied on by the Tribunal in finding it could award costs.

[62] As we noted earlier, the *CHRA* has been described as quasi-constitutional and deserves a broad, liberal, and purposive interpretation befitting of this special status. However, a liberal and purposive interpretation cannot supplant a textual and contextual analysis simply in order to give effect to a policy decision different from the one made by Parliament: *Bell Canada v. Bell Aliant Regional Communications*, 2009 SCC 40, [2009] 2 S.C.R. 764, at paras. 49-50, *per* Abella J.; *Gould*, at para. 50, *per* La Forest J., concurring.

Human Rights Act, 2010, S.N.L. 2010, ch. H-13.1, par. 39(2)), le tribunal peut rendre l’ordonnance qui [TRADUCTION] « convient » quant aux dépens. Au Québec, il peut rendre l’ordonnance « qu’il détermine » en la matière (*Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12, art. 126). En Saskatchewan, il peut aussi rendre l’ordonnance qui [TRADUCTION] « convient » à ce chapitre, mais il ne peut condamner la Commission aux dépens (*Saskatchewan Human Rights Code Regulations*, R.R.S., ch. S-24.1, règl. 1, par. 21(1)). En Ontario, la partie en cause doit avoir une conduite « déraisonnable, frivole ou vexatoire » ou « agi[r] de mauvaise foi », et le Tribunal peut établir ses propres règles pour l’adjudication des dépens (*Loi sur l’exercice des compétences légales*, L.R.O. 1990, ch. S.22, par. 17.1(2)). Dans tous ces ressorts, le pouvoir d’adjudication des dépens s’ajoute au pouvoir général d’indemniser une partie des dépenses engagées. Le libellé des dispositions prévoyant le remboursement des dépenses est très semblable à celui du par. 53(2) de la *LCDP*.

(3) L’objet

[61] L’appelante demande à la Cour d’interpréter de manière large et téléologique les dispositions qui autorisent le Tribunal à indemniser de ses dépenses la victime de l’acte discriminatoire, pour garantir le caractère intégral de l’indemnisation. Cet argument reprend le deuxième motif invoqué par le Tribunal pour étayer sa conclusion qu’il peut adjuger des dépens.

[62] Certes, la *LCDP* demeure considérée comme une loi quasi constitutionnelle qui appelle une interprétation large, libérale et téléologique en rapport avec cette nature particulière. Toutefois, on ne saurait substituer à l’analyse textuelle et contextuelle une interprétation libérale et téléologique dans le seul but de donner effet à une autre décision de principe que celle prise par le législateur (*Bell Canada c. Bell Aliant Communications régionales*, 2009 CSC 40, [2009] 2 R.C.S. 764, par. 49-50, la juge Abella; *Gould*, par. 50, le juge La Forest, motifs concordants).

[63] The genesis of this dispute appears to be the fact that, in 2003, the Commission decided to restrict its advocacy on behalf of complainants (R.F., at paras. 47-48). This policy change may have been in response to the Report of the Canadian Human Rights Act Review Panel, chaired by the Honourable Gérard La Forest, which recommended that the Commission act only in cases that raised serious issues of systemic discrimination or new points of law (*Promoting Equality: A New Vision* (2000)). Interestingly, this report also acknowledged that the CHRA does not provide any authority to award costs. The Report recommended clinic-type assistance to potential claimants (pp. 71-72 and 74-78). The latter recommendation was not acted upon, while the former was. As a result, the role of the Commission in taking complaints forward to the Tribunal was restricted without provision for alternative means to assist complainants to do so. Significantly, however, these changes occurred without changing the legislation in relation to the power to award costs.

[64] In our view, the text, context and purpose of the legislation clearly show that there is no authority in the Tribunal to award legal costs and that there is no other reasonable interpretation of the relevant provisions. Faced with a difficult point of statutory interpretation and conflicting judicial authority, the Tribunal adopted a dictionary meaning of “expenses” and articulated what it considered to be a beneficial policy outcome rather than engage in an interpretative process taking account of the text, context and purpose of the provisions in issue. In our respectful view, this led the Tribunal to adopt an unreasonable interpretation of the provisions. The Court of Appeal was justified in reviewing and quashing the order of the Tribunal.

V. Disposition

[65] We would dismiss the appeal without costs.

[63] Le présent litige paraît découler de la décision de la Commission, datant de 2003, de restreindre le nombre de cas dans lesquels elle épaula le plaignant (m.i., par. 47-48). Ce changement d'orientation a pu donner suite au rapport du Comité de révision de la Loi canadienne sur les droits de la personne présidé par l'honorable Gérard La Forest. En effet, ce rapport recommandait que la Commission ne compare que dans les dossiers soulevant des questions sérieuses de discrimination systémique ou des points de droit nouveaux (*La promotion de l'égalité : Une nouvelle vision* (2000)). Il reconnaissait en outre que la LCDP n'accordait pas le pouvoir d'adjuger des dépens et il recommandait la création d'une clinique juridique appelée à offrir son aide aux éventuels plaignants (p. 77-79 et 81-85). Contrairement à la première recommandation, cette dernière n'a pas été suivie, de sorte que le rôle de la Commission dans la présentation des plaintes au Tribunal s'est restreint bien qu'aucune autre mesure n'ait été prise pour aider les plaignants. Il est toutefois révélateur que ces changements soient intervenus sans modification de la loi au sujet du pouvoir d'adjuger des dépens.

[64] À notre avis, il appert nettement du texte de la loi, de son contexte et de son objet que le Tribunal ne possède pas le pouvoir d'adjuger des dépens, et les dispositions applicables ne se prêtent à aucune autre interprétation raisonnable. Aux prises avec une question difficile d'interprétation législative et une jurisprudence contradictoire, le Tribunal a retenu la définition de « dépense » figurant au dictionnaire et il a formulé ce qu'il tenait pour une solution bénéfique sur le plan des principes au lieu d'entreprendre une démarche d'interprétation fondée sur le texte, le contexte et l'objet des dispositions en cause. Avec respect pour l'opinion contraire, cette démarche a amené le Tribunal à opter pour une interprétation déraisonnable des dispositions. La Cour d'appel était justifiée de contrôler puis d'annuler l'ordonnance du Tribunal.

V. Dispositif

[65] Nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi sans dépens.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant the Canadian Human Rights Commission: Canadian Human Rights Commission, Ottawa.

Solicitors for the appellant Donna Mowat: Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck, Ottawa.

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

Solicitors for the intervener the Canadian Bar Association: Camp Fiorante Matthews, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Council of Canadians with Disabilities: Champ & Associates, Ottawa.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelante la Commission canadienne des droits de la personne : Commission canadienne des droits de la personne, Ottawa.

Procureurs de l'appelante Donna Mowat : Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck, Ottawa.

Procureur de l'intimé : Procureur général du Canada, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien : Camp Fiorante Matthews, Vancouver.

Procureurs de l'intervenant le Conseil des Canadiens avec déficiences : Champ & Avocats, Ottawa.

TAB C

Article XVII of Annex 2 (Dispute Settlement Understanding) of the Agreement establishing the world trade organization (WTO)

Article 17: Appellate Review

Standing Appellate Body

1. A standing Appellate Body shall be established by the DSB. The Appellate Body shall hear appeals from panel cases. It shall be composed of seven persons, three of whom shall serve on any one case. Persons serving on the Appellate Body shall serve in rotation. Such rotation shall be determined in the working procedures of the Appellate Body.

2. The DSB shall appoint persons to serve on the Appellate Body for a four-year term, and each person may be reappointed once. However, the terms of three of the seven persons appointed immediately after the entry into force of the WTO Agreement shall expire at the end of two years, to be determined by lot. Vacancies shall be filled as they arise. A person appointed to replace a person whose term of office has not expired shall hold office for the remainder of the predecessor's term.

3. The Appellate Body shall comprise persons of recognized authority, with demonstrated expertise in law, international trade and the subject matter of the covered agreements generally. They shall be unaffiliated with any government. The Appellate Body membership shall be broadly representative of membership in the WTO. All persons serving on the Appellate Body shall be available at all times and on short notice, and shall stay abreast of dispute settlement activities and other relevant activities of the WTO. They shall not participate in the consideration of any disputes that would create a direct or indirect conflict of interest.

4. Only parties to the dispute, not third parties, may appeal a panel report. Third parties which have notified the DSB of a substantial interest in the matter pursuant to paragraph 2 of Article 10 may make written submissions to, and be given an opportunity to be heard by, the Appellate Body.

5. As a general rule, the proceedings shall not exceed 60 days from the date a party to the dispute formally notifies its decision to appeal to the date the Appellate Body circulates its report. In fixing its timetable the Appellate Body shall take into account the provisions of paragraph 9 of Article 4, if relevant. When the Appellate Body considers that it cannot provide its report within 60 days, it shall inform the DSB in writing of the reasons for the delay together with an estimate of the period within which it will submit its report. In no case shall the proceedings exceed 90 days.

6. An appeal shall be limited to issues of law covered in the panel report and legal interpretations developed by the panel.

7. The Appellate Body shall be provided with appropriate administrative and legal support as it requires.

8. The expenses of persons serving on the Appellate Body, including travel and subsistence allowance, shall be met from the WTO budget in accordance with criteria to be adopted by the General Council, based on recommendations of the Committee on Budget, Finance and Administration.

Procedures for Appellate Review

9. Working procedures shall be drawn up by the Appellate Body in consultation with the Chairman of the DSB and the Director-General, and communicated to the Members for their information.

10. The proceedings of the Appellate Body shall be confidential. The reports of the Appellate Body shall be drafted without the presence of the parties to the dispute and in the light of the information provided and the statements made.

11. Opinions expressed in the Appellate Body report by individuals serving on the Appellate Body shall be anonymous.

12. The Appellate Body shall address each of the issues raised in accordance with paragraph 6 during the appellate proceeding.

13. The Appellate Body may uphold, modify or reverse the legal findings and conclusions of the panel.

Adoption of Appellate Body Reports

14. An Appellate Body report shall be adopted by the DSB and unconditionally accepted by the parties to the dispute unless the DSB decides by consensus not to adopt the Appellate Body report within 30 days following its circulation to the Members (8). This adoption procedure is without prejudice to the right of Members to express their views on an Appellate Body report.



Article 17: examen en appel

Organe d'appel permanent

1. Un organe d'appel permanent sera institué par l'ORD. Cet organe connaîtra des appels concernant des affaires soumises à des groupes spéciaux. Il sera composé de sept personnes, dont trois siégeront pour une affaire donnée. Les personnes faisant partie de l'Organe d'appel siégeront par roulement. Ce roulement sera déterminé dans les procédures de travail de l'Organe d'appel.

2. L'ORD désignera les personnes qui feront partie de l'Organe d'appel. Leur mandat sera de quatre ans et, pour chacune, sera renouvelable une fois. Toutefois, les mandats de trois personnes tirées au sort parmi les sept personnes désignées immédiatement après l'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC arriveront à expiration après deux ans. Dès qu'ils deviendront vacants, les postes seront repourvus. Une personne désignée pour remplacer une personne dont le mandat ne sera pas arrivé à expiration occupera le poste pendant la durée restante du mandat de son prédécesseur.

3. L'Organe d'appel comprendra des personnes dont l'autorité est reconnue, qui auront fait la preuve de leur connaissance du droit, du commerce international et des questions relevant des accords visés en général. Elles n'auront aucune attache avec une administration nationale. La composition de l'Organe d'appel sera, dans l'ensemble, représentative de celle de l'OMC. Toutes les personnes qui feront partie de l'Organe d'appel seront disponibles à tout moment et à bref délai et se maintiendront au courant des activités de l'OMC en matière de règlement des différends et de ses autres activités pertinentes. Elles ne participeront pas à l'examen d'un différend qui créerait un conflit d'intérêt direct ou indirect.

4. Seules les parties au différend, et non les tierces parties, pourront faire appel du rapport d'un groupe spécial. Les tierces parties qui auront informé l'ORD qu'elles ont un intérêt substantiel dans l'affaire conformément au paragraphe 2 de l'article 10 pourront présenter des communications écrites à l'Organe d'appel et avoir la possibilité de se faire entendre par lui.

5. En règle générale, la durée de la procédure, entre la date à laquelle une partie au différend notifiera formellement sa décision de faire appel et la date à laquelle l'Organe d'appel distribuera son rapport, ne dépassera pas 60 jours. Lorsqu'il établira son calendrier, l'Organe d'appel tiendra compte des dispositions du paragraphe 9 de l'article 4, s'il y a lieu. Lorsque l'Organe d'appel estimera qu'il ne peut pas présenter son rapport dans les 60 jours, il informera l'ORD par écrit des raisons de ce retard et lui indiquera dans quel délai il estime pouvoir présenter son rapport. En aucun cas, la procédure ne dépassera 90 jours.

6. L'appel sera limité aux questions de droit couvertes par le rapport du groupe spécial et aux interprétations du droit données par celui-ci.
7. L'Organe d'appel recevra le soutien administratif et juridique dont il aura besoin.
8. Les frais des personnes faisant partie de l'Organe d'appel, y compris les frais de déplacement et les indemnités de subsistance, seront mis à la charge du budget de l'OMC, conformément aux critères qu'adoptera le Conseil général sur la base de recommandations du Comité du budget, des finances et de l'administration.

Procédures pour l'examen en appel

9. L'Organe d'appel, en consultation avec le Président de l'ORD et le Directeur général, élaborera des procédures de travail qui seront communiquées aux Membres pour leur information.
10. Les travaux de l'Organe d'appel seront confidentiels. Les rapports de l'Organe d'appel seront rédigés sans que les parties au différend soient présentes et au vu des renseignements fournis et des déclarations faites.
11. Les avis exprimés dans le rapport de l'Organe d'appel par les personnes faisant partie de cet organe seront anonymes.
12. L'Organe d'appel examinera chacune des questions soulevées conformément au paragraphe 6 pendant la procédure d'appel.
13. L'Organe d'appel pourra confirmer, modifier ou infirmer les constatations et les conclusions juridiques du groupe spécial.

Adoption des rapports de l'Organe d'appel

14. Un rapport de l'Organe d'appel sera adopté par l'ORD et accepté sans condition par les parties au différend, à moins que l'ORD ne décide par consensus de ne pas adopter le rapport de l'Organe d'appel, dans les 30 jours suivant sa distribution aux Membres. Cette procédure d'adoption est sans préjudice du droit des Membres d'exprimer leurs vues sur un rapport de l'Organe d'appel.

TAB D

Newton v. Criminal Trial Lawyer's Association, 2010

ABCA 399

In the Court of Appeal of Alberta

Citation: Newton v. Criminal Trial Lawyers' Association, 2010 ABCA 399

Date: 20101217

Docket: 0803-0243-AC

Registry: Edmonton

Between:

Staff Sergeant William Newton

Appellant
(Respondent)

- and -

Criminal Trial Lawyers Association

Respondent
(Appellant)

- and -

Chief of the Edmonton Police Service

Respondent
(Respondent)

- and -

The Law Enforcement Review Board

Respondent

- and -

Edmonton Police Association, Calgary Police Association

Intervenors

The Court:

**The Honourable Mr. Justice Keith Ritter
The Honourable Mr. Justice Frans Slatter
The Honourable Madam Justice Patricia Rowbotham**

**Reasons for Judgment Reserved of the Honourable Mr. Justice Slatter
Concurred in by the Honourable Mr. Justice Ritter
Concurred in by the Honourable Madam Justice Rowbotham**

Appeal from the Decision by
Law Enforcement Review Board
Dated the 4th day of September, 2008

**Reasons for Judgment Reserved of
the Honourable Mr. Justice Slatter**

[1] This appeal concerns the basic structure and interrelationship of the tribunals in Alberta that review the conduct of police officers when that conduct is called into question in disciplinary proceedings under the *Police Act*, R.S.A. 2000, c. P-17. The specific issue is the extent to which the Law Enforcement Review Board may conduct a fresh hearing based on fresh evidence when an appeal is launched from the decision of a presiding officer in a disciplinary matter.

Facts

[2] At the relevant time Mr. Kerry Diotte was a journalist in Edmonton. From time to time he had written columns that were critical of the Edmonton Police Service. The appellant, who was the staff sergeant in charge of the Traffic Division, took exception to those columns, taking the view that they were inaccurate. The appellant was particularly concerned about allegations that the Police Service was secretive, because Mr. Diotte had turned down several opportunities to discuss or observe the operations of the Police Service.

[3] There were rumours circulating to the effect that Mr. Diotte would sometimes drive when his ability to do so was impaired by alcohol. The appellant decided to investigate these rumours further. His activities resulted in the disciplinary charges which are the subject of this appeal.

[4] In April of 2004 the appellant instructed a subordinate officer to perform a computer search of Mr. Diotte in the police computer databases. The appellant testified that he did so in order to see if Mr. Diotte had a prior history with the Police Service which might explain his motivation in writing the columns. The computer searches revealed nothing of interest.

[5] Before Christmas of 2004 the Traffic Division launched a TADD (“Target All Drunk Drivers”) program. Groups of officers were assigned to sections of the city that contain a large number of licensed establishments. They would observe patrons emerging from those establishments, and attempt to identify any that had been drinking and then drove their vehicles.

[6] During one of these TADD programs on November 18, 2004 the appellant provided the police teams with particulars of Mr. Diotte and his vehicle and told them to keep an eye out for him. One of the teams located Mr. Diotte’s vehicle at the Overtime Broiler and Grill. They confirmed that Mr. Diotte was drinking inside the establishment, and set up surveillance on his vehicle. One of the officers involved, without any involvement of the appellant, issued a BOLF (“Be On the Lookout For”) message relating to Mr. Diotte. Later that evening the surveillance team established that Mr. Diotte had returned to his residence without being observed by the officers and without driving his vehicle.

[7] When these events came to light, the Criminal Trial Lawyers’ Association filed a complaint with the Chief of Police under the *Act*. The complaint was investigated by Deputy Chief Murray

Stooke of the Calgary Police Service. As a result, the appellant was charged with two disciplinary counts:

Count #1

Unlawful or Unnecessary Exercise of Authority contrary to Section 5(1)(i) of the *Regulation*, as defined by Section 5(1)(i)(i) of the *Regulation*.

IT IS ALLEGED THAT:

On November 10, 2004 and on November 18, 2004, you directed members of the Traffic Section of the Edmonton Police Service (“EPS”) to be on the lookout for an individual without proper reason or justification, and to thereby exercise your authority as a police officer when it was unlawful or unnecessary to do so contrary to Section 5(1)(i) of the *Regulation*, as defined by Section 5(1)(i)(i) of the *Regulation*.

Count #2

Insubordination contrary to Section 5(1)(g) of the *Regulation*, as defined by Section 5(1)(g)(ii) of the *Regulation*.

IT IS ALLEGED THAT:

On or about April 6, 2004, at or about 0745 hours, you directed a subordinate member of EPS to perform a computer inquiry on PROBE/CPIC, which access and use of the EPS Information Systems was not for a police-related purpose; and That the above access and usage of the EPS Information Systems was therefore in breach of EPS Service Directive 03-73 and EPS Policy and Procedure, Part 5-C-1, “Introduction to CPIC”, and that you did thereby engage in insubordination contrary to Section 5(1)(g) of the *Regulation*, as defined by Section 5(1)(g)(ii) of the *Regulation*.

Disciplinary charges were also laid against other officers for their roles in the case.

Decision of the Presiding Officer

[8] Assistant RCMP Commissioner Ian Atkins, who has 33 years of policing experience, was appointed under the *Police Service Regulation*, AR 356/90, s. 13, as the presiding officer to hear the charges. Mr. Donald Wilson, a member of the Bar in private practice, was appointed as the presenting officer (essentially, the prosecutor) under s. 14 of the *Regulation*. The Criminal Trial Lawyers’ Association did not participate in the hearing. Assistant Commissioner Atkins conducted a hearing which included the filing of an Agreed Statement of Facts, and hearing the testimony of

10 witnesses, including the appellant. He provided detailed reasons for decision finding that the first count had not been proven, but the second had.

[9] The presiding officer found no material dispute about the facts, and no issues of credibility with the witnesses. The hearing primarily concerned the inferences to be drawn from the evidence, and the proper interpretation of the relevant policies and regulations.

[10] The presiding officer dealt firstly with the second count (the unauthorized computer searches), because those events occurred earlier in time. He noted that the EPS policy provided that all uses of the information systems must be “police-related, and not for personal reasons”. The presiding officer concluded that the EPS had not proven that the appellant was motivated by any animosity towards Mr. Diotte. He concluded, however, that the computer searches had not been for a “police-related purpose”.

[11] The appellant testified that his activities respecting Mr. Diotte were aimed at developing an effective communications strategy for the EPS. He testified that the effectiveness of any police program depended to some extent on the public’s acceptance of it, and that misleading media reports would detract from that effectiveness. The presiding officer concluded that this was not a police-related purpose:

In my view, a query of a police information system, or the intended use of its information, is not reasonably and directly connected to a police-related purpose merely if it relates to the police department; to the public image of the police department or to the image of a traffic section within the police department. It must relate to the public programs the police department is statutorily mandated to carry out. (AR F28, l. 10-14)

The appellant’s stated purpose of passing any relevant information up the chain of command did not assist, because the presiding officer concluded that senior officers had no greater right to use the information for this purpose than the appellant.

[12] The presiding officer concluded that the appellant’s conduct with respect to the second count constituted insubordination, although he concluded “I would classify the insubordination more as a technical breach rather than as demonstrating an unwillingness to submit to authority”. He found that the second count had been established.

[13] With respect to the first count (unnecessarily launching an investigation), the presiding officer applied a two stage assessment: was the action taken reasonable, and if so was the action taken proportionate to the circumstances? While the information available to the police was dated, and amounted to little more than rumour, the presiding officer found that there was “some basis, albeit perhaps not the strongest of bases, but some basis, upon which to take some action, and therefore it passes the reasonableness test”. The presiding officer noted that imposing too rigid a standard on police officers could lead them to become “paralyzed by inaction”.

[14] In conducting the proportionality analysis, the presiding officer noted that impaired driving is a serious and frequent event, which has been held to warrant special programs targeting offenders. The “be on the lookout” directive was only given to members of the TADD teams. The presiding officer concluded that a reasonable person, informed of the realities of the situation, would conclude that the appellant’s actions were not disproportionate to the circumstances. The presiding officer was troubled by the quantity of resources that were allocated to the surveillance of Mr. Diotte, but concluded, on balance, that the first count had not been established.

[15] The presiding officer subsequently imposed a written reprimand on the appellant.

Decisions of the Law Enforcement Review Board

[16] The Criminal Trial Lawyers’ Association, as the original complainant, filed an appeal of the decision of the presiding officer as permitted by the *Act*. The grounds of appeal were comprehensive:

The Presiding Officer erred in concluding that the actions taken by S./Sgt. Newton were reasonable and proportionate;

1. The Presiding Officer erred by finding that S./Sgt. Newton was not required to disclose the identity of the person who allegedly gave him a tip in May, 2004 by virtue of “public interest immunity”;
2. The Presiding Officer erred in placing undue or any weight on the evidence relating to a tip allegedly received by S./Sgt. Newton in May, 2004;
3. The Presiding Officer applied the wrong legal test in concluding that the charge of unlawful or unnecessary exercise of authority against S./Sgt. Newton had not been established;
4. The Presiding Officer erred in failing to consider the evidence of malice or of an improper purpose for directing an investigation in finding that the charge of unlawful or unnecessary exercise of authority had not been established against S./Sgt. Newton; and
5. The Presiding Officer erred in applying an incorrect standard of proof.

The Association also appealed the penalty that had been imposed.

[17] A preliminary issue arose as to whether the appeal should be conducted as a hearing *de novo*, and whether the Criminal Trial Lawyers’ Association had the right to call evidence on the appeal. This same issue had arisen in a related hearing concerning complaints the Association had made

against Inspector Boulanger, which also arose out of the events concerning Mr. Diotte and the Overtime Broiler and Grill. In the *Boulanger* appeal the Board had ruled that the appeal would be *de novo*, and that the Association could call evidence which may not have been placed before the presiding officer: *Re Inspector Brian Boulanger*, L.E.R.B. No. 021-2006.

[18] In *Boulanger* the Board reviewed the statutory provisions that govern proceedings before the Board, and prior case law discussing the powers and role of the Board. It particularly noted its ability to hear fresh evidence, found in s. 20(1)(g) of the *Act*:

20(1) For the purpose of conducting an appeal or an inquiry before the Board, the following applies:

- (g) in the case where the Board is conducting an appeal, the Board may
 - (i) receive new evidence that was not available, or
 - (ii) refuse to receive new evidence if, in the opinion of the Board, that evidence was available but not presented,

when the matter was initially heard or considered;

The Board also noted that under s. 20(1)(p) it could, with the consent of the parties, dispense with the hearing and decide the appeal based on the written record.

[19] The Board concluded that the word “may” in s. 20(1)(g) made that section discretionary. It concluded that the power to “refuse to receive” new evidence that was previously available included the power to “receive” that evidence as well. In effect “refuse” also meant “not refuse” or “permit”. It reasoned that since the complainant did not have any power to call evidence at the hearing before the presiding officer, it made sense to allow the complainant to call such evidence before the Board, even if that evidence had been available to the presenting officer who, for whatever reason, had chosen not to call it.

[20] The Board accordingly came to the conclusion that it has a wide ranging power to conduct appeals *de novo*, and to permit the complainant to re-call all the evidence previously called before the presiding officer, and also to supplement the record with new evidence:

[57] After considering the various provisions of the *Act* quoted above and the judicial comments that have been made about proceedings under it, the Board is of the view that the legislation does allow for a broad right of appeal to the Board from a disciplinary hearing with a *de novo* hearing unless parties agree to it being on the record. The legislation provides for an appeal to an independent civilian oversight body which has been given extensive powers in connection with the conduct of those appeals. There is nothing in the legislation to suggest that appeal is restricted to

situations where there is a reviewable error on the record. To the contrary, judicial commentary and consideration of the broad working of the legislation support the conclusion that a public complainant, who is not a party to the internal disciplinary proceeding and had no ability for input at that level, is entitled to an appeal by way of de novo hearing, irrespective of whether or not the presiding officer made a reviewable error on the record. In light of the particular legislative scheme, in which the Board provides an independent oversight function distinct from that of the police service, the Board does not accept the argument that the principle of double jeopardy precludes a responding officer from having to participate in a de novo hearing before the Board. To decide that an exoneration at an internal hearing would always preclude an evidentiary appeal before the Board would place a restriction on the Board's oversight function which would be inconsistent with the objectives of the *Act*.

[58] To suggest to public complainants, who would lose their right to come to the Board to argue that a presiding officer's decision is incorrect because it is predicated on incomplete or erroneous evidence, that their recourse is to launch a new series of complaints against the police officers and lawyers involved in the disciplinary hearing not only fails to address their real concern (which is the subject matter of their original complaint) but will undoubtedly place them in a position of having to pursue allegations which an average citizen would be ill prepared to advance. The pursuit of allegations of criminal conspiracy, obstruction of justice or professional misconduct in relation to the conduct of disciplinary proceedings can hardly be viewed as satisfactory alternatives to a member of the public whose real concern was how he or she was treated by a member of a police service during some interaction between them.

...

CONCLUSION

[62] The Board has given very careful consideration to the issues presented to it in these preliminary applications and to the consequences which would flow from the various arguments made in them. It has done so recognizing the challenges of striking the proper balance between the rights of members of the public and police officers engaged in a dispute arising from interactions between them, the rights and responsibilities of chiefs of police to maintain discipline within their respective services, the importance of treating all participants fairly and equitably, the impact of disciplinary proceedings on officer morale (both individual and collective), and the public interest in ensuring that the disciplinary process promotes transparency, accountability and confidence.

[63] The Board concludes that the extensive powers given to the Board in the Act, the clear intention of the Legislature in moving toward and subsequently enhancing civilian oversight of the police discipline process, and comments of various Justices [sic] concerning the role and the powers of the Board, do not support the restrictive and limiting approach advanced by the Chief [of Police] in these applications. Insp. Boulanger concedes that there is more flexibility and discretion accorded to the Board in the conduct of its proceedings but suggests that this is a situation in which the circumstances should persuade the Board not to permit the introduction of new evidence at the hearing of the appeal.

[64] The Board agrees with Insp. Boulanger that each case should be decided having regard to the specifics of the appeal. A *de novo* approach may not be appropriate in some cases. Where there are significant factual disagreements and credibility is in issue a *de novo* hearing may be the only suitable approach. Where the facts are not in dispute and the issue is narrow, an appeal on the record is likely to be the most efficient and appropriate format. And in many cases the most efficient and effective approach may be a hybrid, in which all or portions of a record of documents are entered, supplemented with *viva voce* evidence. The Board considers that the *Act* provides the Board with the flexibility to accommodate a range of different scenarios and the needs of the parties in a variety of situations.

[65] Given the grounds of appeal advanced by the CTLA in this case, it is appropriate that the CTLA be permitted to introduce relevant evidence, not placed before the Presiding Officer, which might have affected the outcome of the disciplinary hearing had it been placed in evidence. One of the reasons for civilian oversight of the disciplinary process is public concern that complaints against police officers may not be thoroughly investigated or may be subject to some form of bias, intentional or not. The Board assumes that it is not the intention of the Legislature, or a requirement of law, that the Board defer to decisions that are predicated on incomplete or misleading information. The Board should show appropriate deference only when, having reviewed the matter, it is satisfied that the decision maker (whether a chief of police or a presiding officer) has had the benefit of an adequate investigation and consideration of the fruits of that investigation and has arrived at a decision well founded in the evidence and in law.

[66] . . . Accordingly the Board, given the nature of the arguments advanced by CTLA in this case, will permit the CTLA to call relevant evidence which may not have been placed before the Presiding Officer and will conduct the proceedings on a *de novo* basis, while not foreclosing the possibility that portions of the hearing may be conducted on the record if the parties so agree.

The Board in *Boulanger* therefore embarked on a *de novo* hearing, and allowed the Association to call evidence.

[21] In the present matter, prior to the decision in *Boulanger* being issued, a similar application was made for a *de novo* appeal. The panel of the Board adopted the reasoning in *Boulanger*:

[27] The Board considered the submissions of S/Sgt. Newton prior to issuing its judgment No. 021-2006 [the *Boulanger* decision]. For the reasons set out in that Judgment, the Board confirms that, in the absence of an agreement between the parties to proceed in whole or in part on the record, proceedings before the Board in this appeal will be conducted on a *de novo* basis.

The Board did not have before it any summary of the new evidence that the Association proposed to call. Notwithstanding the finding in *Boulanger* “that each case should be decided having regard to the specifics of the appeal”, the Board did not require an explanation of why the evidence had not been called by the presenting officer, or why the Association should be permitted to call it on the appeal. It did not relate the new evidence to the grounds of appeal, the original complaint, or any misconduct or miscarriage in the way the hearing was conducted before the presiding officer. The Board simply concluded that because it had an unlimited discretion to admit fresh evidence, an entirely new hearing, with a different prosecutor, was warranted. It even appears to have concluded that absent the consent of the parties, it had no alternative but to conduct a *de novo* hearing.

[22] The appeal proceeded *de novo* before the Board on September 24-27, 2007. The appellant Criminal Trial Lawyers’ Association entered the Agreed Statement of Facts that was before the presiding officer and the transcripts of that hearing, and called Inspector Boulanger, Superintendent Gibbs, and Inspector Bohaychuk to testify. Staff Sgt. Newton (the respondent in that proceeding, and the appellant before this Court) was the only witness called in response. Inspector Boulanger and Staff Sgt. Newton had testified before the presiding officer; Superintendent Gibbs and Inspector Bohaychuk had not. As previously indicated, the presiding officer also heard from eight other witnesses. No submissions were made before the Board as to why Superintendent Gibbs and Inspector Bohaychuk had not been called before the presiding officer, whether their evidence was reasonably available for the original hearing, or why the Association should be permitted to call their evidence on the appeal for the first time. No attention was directed to relating this fresh evidence to the grounds of appeal, or the alleged errors of the presiding officer.

[23] The Association argued that the present appellant, Staff Sgt. Newton, was motivated by animosity towards Mr. Diotte. It also argued that Staff Sgt. Newton did not have sufficient reasonable information about potential impaired driving by Mr. Diotte to justify targeting him during the TADD program. Staff Sgt. Newton testified (as he had before the presiding officer) that he acted without malice, and that he believed he had reasonable information justifying an investigation of Mr. Diotte.

[24] The Board allowed the appeal on the first count, concluded that Staff Sgt. Newton exercised his authority when it was unlawful or unnecessary to do so, overruled the decision of the presiding officer, and found Staff Sgt. Newton guilty of the charge of insubordination. The Board found that there was no law enforcement reason for focusing on Mr. Diotte, thereby disagreeing with the

presiding officer who had found “some basis, albeit perhaps not the strongest of bases, but some basis, upon which to take some action”. The Board concluded that vague and dated rumours about impaired driving that were unsubstantiated by any other evidence were not a sufficient basis upon which to conduct an investigation. It concluded that Staff Sgt. Newton had focused on Mr. Diotte for other than law enforcement reasons. The Board did not conduct any analysis of the reasoning of the presiding officer, did not reflect on whether it should afford his decision any deference, and did not explain why it disagreed with the inferences he had drawn from the evidence.

[25] The appellant was given leave to appeal to this Court on three issues: *Newton v. Criminal Trial Lawyers’ Association*, 2008 ABCA 404, 446 A.R. 1:

1. The Board exceeded its jurisdiction by conducting a *de novo* hearing and by allowing the CTLA to call evidence which was called or available at the disciplinary hearing;
2. The Board failed to apply the correct standard of review to the decision of the Presiding Officer;
3. The Board erred in failing to consider the exhibits tendered including the transcript of the evidentiary hearing before the Presiding Officer;

The essential complaint of the appellant is that the Board completely disregarded the decision of the presiding officer. It is alleged that the Board disregarded the record and the hearing before him. It is alleged that the Board disregarded his findings. The Board essentially applied a correctness standard of review to the decision of the presiding officer, by the way that it disregarded his work and conducted the hearing afresh. Indeed it is suggested that the Board never really conducted any sort of review of the decision of the presiding officer, and treated the hearing as one of first instance.

[26] Leave to appeal was granted on the assumption that leave would also be obtained to reconsider two previous decisions of this Court in which it was assumed or conceded that appeals to the Board are *de novo*: *Robertson v. Edmonton (City) Police Service*, 2003 ABCA 279, 339 A.R. 169 at para. 3; *Plimmer v. Calgary Police Service*, 2004 ABCA 175, 354 A.R. 62 at para. 76 (Conrad J.A., dissenting). (See also *Robertson v. Edmonton (City) Police Service*, 2004 ABQB 519, 39 Alta. L.R. (4th) 263, 362 A.R. 44 at paras. 28, 164.) It has apparently been the practice of the Board since 1994 to conduct *de novo* hearings: *Re Dahlgren and McKinley*. L.E.R.B. No. 017-984 at pp. 3-4.

Standards of Review Generally

[27] The central issue in this appeal is the respective roles of presiding officers and the Board in the police disciplinary process in place in Alberta. Hearings concerning police misconduct are initially held before presiding officers. When those decisions are appealed to the Board, what level of deference should the Board show to the presiding officer? If, as the Board assumed, no deference

is owed, that could influence the type of hearing that the Board holds, and the type of evidence it will accept.

[28] A threshold issue is to determine the standard of review that the Court of Appeal should apply to the decision of the Board. As noted, the main issue in this appeal is the standard of review that the Board should apply to the decision of the presiding officer. The threshold issue is therefore the “standard of review of the selection of the standard of review”. The discussion of the two standards of review necessarily overlaps.

[29] The analysis of standards of review in Canadian law has become much more sophisticated in the last decade. There are at present two main paradigms governing the standard of review analysis: one concerning the relationship between appellate superior courts and trial courts, and the other concerning the relationship between the superior courts and administrative tribunals.

[30] The standard of review analysis respecting appellate superior courts and trial courts was definitively stated in *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33. Shortly put, an appellate superior court reviews the decisions of trial courts on questions of law for correctness. Errors of fact, mixed errors of fact and law, and inferences to be drawn from the facts are generally reviewed for palpable and overriding error.

[31] The standards of review in *Housen* were set having regard to the fact that an appeal is not intended to be a retrial of the case. Correctness is applied to questions of law, because of the need to have universality in the statement of legal rules, and because of the accepted law-settling role of appellate courts. Deference is accorded to findings of fact (a) to limit the number, length and cost of appeals, (b) to promote the economy and integrity of trial proceedings, and (c) to recognize the expertise and advantageous position of the trial judge: *Housen* at paras.16-8.

[32] The standard of review analysis respecting the relationship between superior courts and administrative tribunals is found in *Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 S.C.R. 190, 2008 SCC 9, building on the platform laid down in *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982. *Dunsmuir* summarized the standards used at para. 51:

... questions of fact, discretion and policy as well as questions where the legal issues cannot be easily separated from the factual issues generally attract a standard of reasonableness while many legal issues attract a standard of correctness. Some legal issues, however, attract the more deferential standard of reasonableness.

Truly jurisdictional questions are usually reviewed for correctness. Errors of law within the expertise or mandate of the tribunal are often reviewed for reasonableness. Questions of law of more general interest to the legal system are often reviewed for correctness.

[33] The standard of review applied by the superior courts to decisions of administrative tribunals recognizes the purely supervisory role of the superior courts. Judicial review has a constitutional foundation related to the rule of law. “The function of judicial review is therefore to ensure the legality, the reasonableness and the fairness of the administrative process and its outcomes”: *Dunsmuir* at para. 28. Because the role of the superior courts is supervisory, it is not their place to substitute their judgment for that of the tribunal. The legislature has given the authority to make the decisions under review to the tribunal, not the courts. Therefore, deference to the decision of the tribunal is an important factor in setting the standard of review. The standard of review is set by considering four factors: “(1) the presence or absence of a privative clause; (2) the purpose of the tribunal as determined by interpretation of enabling legislation; (3) the nature of the question at issue, and; (4) the expertise of the tribunal”: *Dunsmuir* at para. 64.

[34] It is important to note that the four *Dunsmuir/Pushpanathan* factors rest on an unstated assumption: that the relationship of the reviewing and reviewed bodies is a constant. *Dunsmuir/Pushpanathan* deals with the relationship between a reviewing s. 96 superior court of justice and an administrative tribunal. The four *Dunsmuir/Pushpanathan* factors presume that constant, and the four factors are applied assuming that context. *Housen* also rest on an unstated assumption about the relationship of the reviewing and reviewed bodies. *Housen* deals with the relationship between appellate courts and superior trial courts, which is likewise a constant in the analysis. *Housen* can go one step further than *Dunsmuir/Pushpanathan* because the balancing of the relevant factors in setting the standard of review that an appellate court will apply to decisions of a trial court is also a constant, so that the factors that go into that analysis are always the same. Under *Housen* it is not necessary to do the standard of review analysis for each trial court, as must be done under the *Dunsmuir/Pushpanathan* paradigm for each administrative tribunal.

[35] The *Housen* and the *Dunsmuir/Pushpanathan* analyses intersect when a court of appeal is reviewing the decision of a superior trial court, which has judicially reviewed the decision of an administrative tribunal. The trial court must be correct in its selection of the standard of review it should apply to the tribunal: *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, 2003 SCC 19 at para. 43:

At this stage in the analysis, the Court of Appeal is dealing with appellate review of a subordinate court, not judicial review of an administrative decision. As such, the normal rules of appellate review of lower courts as articulated in *Housen, supra*, apply.

The selection of the standard of review by the trial court is a question of law which the court of appeal reviews for correctness. This is a pure application of the *Housen* test, not the *Dunsmuir/Pushpanathan* test.

[36] Some courts have assumed that an appellate administrative tribunal must be correct in its selection of the standard of review it applies to the decision of the tribunal of first instance: *Plimmer v. Calgary (City) Police Service*, 2004 ABCA 175, 29 Alta. L.R. (4th) 243, 354 A.R. 62 at para. 20;

College of Hearing Aid Practitioners of Alberta v. Zieniewicz, 2003 ABCA 346, 24 Alta. L.R. (4th) 59 at para. 9. Essentially, these courts have assumed that the test set out in *Dr. Q* applies to appellate administrative tribunals. The parties largely conceded the point in this appeal. But as noted, the rule as stated in *Dr. Q* is an application of the *Housen* test, not the *Dunsmuir/Pushpanathan* test. Because an appellate administrative tribunal is not analogous to a trial court, the *Housen* test is not obviously the one applicable, and it is not self-evident that *Dr. Q* applies in this context.

The Standard of Review to be Applied by the Court of Appeal

[37] The issues upon which leave to appeal was granted in this appeal arise in a different context from the other two standard of review paradigms: when an administrative structure includes a tribunal of first instance, and an appellate tribunal, what standard of review should the appellate tribunal apply to the decision of the tribunal of first instance? Should it apply the *Housen* analysis, or the *Dunsmuir/Pushpanathan* analysis, or a different standard of review analysis altogether? While all the parties to this appeal assumed or conceded that the *Dunsmuir/Pushpanathan* analysis applies, neither the *Housen* analysis, nor the *Dunsmuir/Pushpanathan* analysis seems entirely apt. They are both based on different constitutional and legal foundations. The relationships that they govern are not necessarily the same as the relationship between an appellate tribunal and an administrative tribunal of first instance. The role of an internal appellate tribunal operating within an administrative structure is significantly different from that of an external reviewing superior court: *Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission)*, 2003 SCC 55, [2003] 2 S.C.R. 585 at para. 44; *British Columbia (Chicken Marketing Board) v. British Columbia (Marketing Board)*, 2002 BCCA 473, 216 D.L.R. (4th) 587 at para. 14.

[38] *Dunsmuir* at para. 54 outlined some of the issues of law on which a tribunal may be afforded deference, and on which the standard of review applied by a superior court will be deferential:

Deference will usually result where a tribunal is interpreting its own statute or statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity: . . . Deference may also be warranted where an administrative tribunal has developed particular expertise in the application of a general common law or civil law rule in relation to a specific statutory context . . .

The standard of review that should be applied by an appellate administrative tribunal to the decisions of a tribunal of first instance should be categorized as a question of law. The correct answer depends in large part on the exact wording of the statute.

[39] Using the *Dunsmuir/Pushpanathan* analysis, what standard of review should the Court of Appeal apply to the decision of the Board in its selection of the standard of review of the presiding officer? There is no privative clause, and indeed there is a right of appeal, which signals less deference. The Board's main role is to provide civilian oversight of the police disciplinary process, and it has no expertise in the analysis and setting of standards of review, a technical legal point in which the courts have a considerable amount of experience. That also suggests less deference.

Setting the standard of review requires interpretation of the Board's home statute, an issue on which deference is often shown: *Dunsmuir* at paras. 54-5. Further, the Board would have a better awareness of its role within the administrative structure, compared to the role of the presiding officers, which suggests more deference: *Dunsmuir* at para. 49; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, 2003 SCC 20, [2003] 1 S.C.R. 247 at para. 42. However, the appropriate standard of review is a question of general interest to the legal system, and is therefore a question on which *Dunsmuir* would suggest a correctness standard. Setting the standard of review is a legitimate aspect of the superior court's supervisory role, suggesting less deference. When all of these factors are considered, the proper standard of review for this Court to apply to the decision of the Board (in selecting the standard of review it should apply to the decision of the presiding officer) is correctness.

[40] To summarize, the proper approach is as follows:

- (a) the superior court should use the *Dunsmuir/Pushpanathan* analysis in determining what standard of review it will apply to the legal question of the appropriate standard of review to be used by the appellate tribunal. The rule in *Dr. Q*, which applies the *Housen* analysis, is not the correct approach.
- (b) applying the four *Dunsmuir/Pushpanathan* factors will often result in the superior court applying a correctness standard of review to the selection by the appellate tribunal of the standard of review it will apply to the tribunal of first instance. Subject to the specific provisions of the statute, this is a part of the legitimate supervisory role of the superior court.

In this case the result is the same as the result in *Dr. Q* (a correctness standard of review) but that may not always be the case.

The Standard of Review to be Applied by the Board

[41] Was the Board's selection of the standard of review correct? The Board never directly considered the standard of review or level of deference it should apply. Rather, it focused on several specific provisions in its governing statute, specifically the power to hold hearings without oral argument, and the power to admit fresh evidence. Based on its analysis of those sections, it concluded that it was entitled, and even compelled absent consent, to conduct a *de novo* hearing, and therefore applied a correctness standard of review by default.

[42] The determination of the standard of review to be applied by an appellate administrative tribunal (here the Board) to the decision of an administrative tribunal of first instance (here the presiding officer) requires a consideration of many of the same factors that are discussed in *Housen* and *Dunsmuir/Pushpanathan*, adapted to the particular context: *College of Physicians and Surgeons of Ontario v. Payne* (2002), 219 D.L.R. (4th) 350, 163 O.A.C. 25 (Div. Ct.) at para. 20.

- [43] The following factors should generally be examined:
- (a) the respective roles of the tribunal of first instance and the appellate tribunal, as determined by interpreting the enabling legislation;
 - (b) the nature of the question in issue;
 - (c) the interpretation of the statute as a whole;
 - (d) the expertise and advantageous position of the tribunal of first instance, compared to that of the appellate tribunal;
 - (e) the need to limit the number, length and cost of appeals;
 - (f) preserving the economy and integrity of the proceedings in the tribunal of first instance; and
 - (g) other factors that are relevant in the particular context.

- [44] There are two threshold issues that were said to support the approach that the Board took:
- (a) The statute required the Board to hold a *de novo* hearing in every case. While the right or obligation to hold a *de novo* hearing does not necessarily dictate a correctness standard of review, it is one important signal of the intention of the Legislature.
 - (b) The very presence of a right of appeal to the Board signals a correctness standard of review.

After a discussion of those two threshold issues, the following factors, which appear to drive the selection of the standard of review in this case, will be considered:

- (c) the respective roles of the Board and the presiding officer in the context of the *Act*;
- (d) the role of the complainant under the *Act*;
- (e) the expertise and advantageous position of the presiding officer, compared to that of the Board, and the nature of the question in issue; and
- (f) the need to limit the number, length and cost of appeals including the need to preserve the economy and integrity of the proceedings before the presiding officer.

The Nature of Hearings before the Board

[45] The *Act* says nothing about appeals being *de novo*; s. 48 merely says a complainant may “appeal the matter” by “setting out the grounds” of the appeal. As noted, the Board relied on its power to admit fresh evidence to justify *de novo* hearings. The interpretation placed by the Board on s. 20(1)(g) is not one that is possible on the wording of the statute. For ease of reference, the section reads as follows:

20(1) For the purpose of conducting an appeal or an inquiry before the Board, the following applies:

- (g) in the case where the Board is conducting an appeal, the Board may
 - (i) receive new evidence that was not available, or
 - (ii) refuse to receive new evidence if, in the opinion of the Board, that evidence was available but not presented,

when the matter was initially heard or considered;

The Board interpreted the section to read:

- (g) in the case where the Board is conducting an appeal, the Board may receive new evidence whether or not it was available when the matter was initially heard or considered;

If that was the interpretation intended by the Legislature it is difficult to understand why the section was worded as it is. The Board’s interpretation gives no meaning to the consideration that some of the evidence may have been previously available, and some not, and is not one reasonably open on the wording of the statute. The proper interpretation of the section is that the Board has a discretion to receive new evidence if it was not available at the time of the original hearing, or if it was available but not presented there are good reasons for allowing it on appeal. The section does not mean that there are no limits on introducing new evidence on appeal, nor by corollary that appeals are to be held *de novo*.

[46] The provisions of s. 20(1)(p) allowing the Board, with the consent of the parties, to dispense with any hearing merely authorizes the Board to proceed entirely on a written record without oral argument, and is not inconsistent with this interpretation of 20(1)(g):

20(1) For the purpose of conducting an appeal or an inquiry before the Board, the following applies:

(n) a person who is likely to be affected by an appeal or an inquiry is entitled

- (i) subject to clause (p), to appear before the Board,
- (ii) to make representations to the Board, and
- (iii) to be represented by a lawyer or an agent;

...

(p) notwithstanding clause (n), in conducting an appeal the Board may with the consent of the parties to the proceeding decline to hold a hearing in respect of the appeal and base its decision on

- (i) the record of the proceeding being appealed from, and
- (ii) the written submissions of the parties to the appeal.

Section 20(1)(p) by its express terms is an exception to s. 20(1)(n), which grants a right to an oral hearing. Section 20(1)(p) merely says that the parties to an appeal (but not an inquiry) may waive their right to have an oral hearing before the Board. It neither authorizes nor contemplates a *de novo* hearing in every case, nor does it require the consent of the parties to proceed otherwise. The Board's interpretation to that effect is not one that the words of the statute can reasonably bear.

[47] The respondents relied on other provisions of the *Act* that give the Board the power to subpoena witnesses, order production of documents, dispense with the rules of evidence, and so forth. These provisions appear in many statutes and are merely enabling. They apply to inquiries as well as appeals and allow the Board to hold an effective hearing when required. They do not signal an intention to mandate a *de novo* hearing in every appeal.

[48] In *Boulanger* the Board justified its interpretation of s. 20(1)(g) based in part on the argument that “allegations of criminal conspiracy, obstruction of justice or professional misconduct in relation to the conduct of disciplinary proceedings” required a *de novo* hearing. Such circumstances must be exceptionally rare, but in any event evidence of such conduct would usually meet the requirements of s. 20(1)(g). If such evidence was not known or was suppressed before the presiding officer there would be good reason to allow it on appeal. There was, in any event, no suggestion of anything of the sort in this appeal. Further, the prospect of such rare circumstances does not warrant a *de novo* hearing in every case. Merely alleging such misconduct without *prima facie* proof, or essentially suggesting that any internal system of police discipline is inherently flawed, is not sufficient. Where a *prima facie* case is made out to suggest that such allegations have merit, the Board has the power to hear evidence on those issues, but even those unusual

circumstances do not automatically warrant a full *de novo* hearing on every issue decided by the presiding officer.

[49] It is not necessary to decide in this appeal whether the Board can ever hold a full *de novo* hearing on an appeal from a presiding officer. In this case the Board concluded that absent consent it must always have a *de novo* hearing. There was no analysis by the Board of each piece of fresh evidence that was tendered by the appellant Criminal Trial Lawyers' Association. There was no examination of whether or why the presenting officer had decided not to introduce that evidence. No satisfactory foundation was set by the Association to justify the admission of this fresh evidence, much less to explain why the entire lengthy proceeding before the presiding officer should effectively be discounted. The appropriate course was for the Board to require a justification for each piece of fresh evidence that was tendered, and not simply to proceed as if no prior hearing had even been held. Even if the Board did have a wide ranging power to admit fresh evidence not put before the presiding officer, that would not necessarily justify a full *de novo* hearing. There would still be a great deal of other evidence, findings of fact, and inferences drawn by the presiding officer that would not have to be revisited by the Board.

[50] In this appeal it is unclear how the fresh evidence was even relevant. Superintendent Gibbs merely testified to the chain of command. Inspector Bohaychuk was assigned to investigate the disciplinary charges arising from the Overtime incident, and he reported on his investigations. His evidence might have been relevant to the credibility of Staff Sgt. Newton if it showed inconsistencies in his statements, but it does not appear to have been used for that purpose by the Board. The Board did not identify any inconsistencies in the testimony of Staff Sgt. Newton or Inspector Boulanger before it, compared to their testimony before the presiding officer. The facts in this matter were largely not in dispute, and the real question was the legal implications of what happened. The Board primarily disagreed with the presiding officer on the amount of information that was needed to justify a police investigation. Neither a *de novo* hearing nor fresh evidence were required for that purpose.

[51] The Board was therefore in error in concluding that it was required by the statute to hold a *de novo* hearing in every appeal unless the parties consented to proceeding otherwise. The main role of the Board is to review the record for error, and to provide civilian oversight of the process, while respecting the legitimate role and expertise of the presiding officer. The starting point is that the appeal is on the record, with an ability to admit new evidence when warranted by the issues on appeal.

The Implications of the Right of Appeal

[52] As noted, the Board never directly considered the standard of review it should apply. It concluded that it was required to hold a *de novo* hearing on every appeal, and assumed that engaged a correctness standard of review. The mere presence of a right of appeal does not warrant a correctness standard of review. Even if the appeal is to be held *de novo*, that does not necessarily mean that no deference whatsoever should be applied to the decision of the presiding officer:

Imperial Oil Resources Ltd. v. 826167 Alberta Inc., 2007 ABCA 131, 72 Alta. L.R. (4th) 201, 404 A.R. 212 at paras. 8-18.

[53] The parties were granted leave to reargue *Plimmer*, and some parties relied on one of the arguments found in the dissenting reasons in that case:

70 Among the parties entitled to appeal under s. 48 is a public complainant who is dissatisfied with “the determination of a complaint”. The determination of a complaint would encompass not only a decision to discipline, but a decision by the chief of police not to discipline a member of the force, or to discipline a member inadequately. I find it incongruous that the Legislature would grant to a public complainant the right to appeal on such issues while intending, at the same time, for the Board to say to the complainant, in effect, “I’m sorry, but while we have the right to hear your appeal, we must defer to the decision of the chief of police unless you can show us the decision was unreasonable or patently unreasonable.” Such a response would not inspire public confidence in the Board’s ability to oversee the reaction of the police service to public complaints.

While the dissent in *Plimmer* recognized that neither the *Housen* nor the *Dunsmuir/Pushpanathan* standard of review analyses applied, in this passage it adopted the argument that “the existence of a right of appeal must signal a correctness standard of review”. This argument had been rejected the previous year under the *Dunsmuir/Pushpanathan* standard of review analysis in *Dr. Q*, at para 20.

[54] One year later the Supreme Court confirmed its view on the subject in *H.L. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 401, 2005 SCC 25. In *H.L.* the Saskatchewan Court of Appeal had attempted to distinguish *Housen* because of the very wide powers given to the Court of Appeal in its governing statute. The Supreme Court noted that expansive powers of appeal, even if expressed in great detail, do not support the conclusion that a more intensive standard of review is warranted, and stated at para. 88: “. . . the scope of the powers conferred must not be confused with the manner in which they are to be exercised”. The argument that the granting of a wide right of appeal must signal an intention to permit a wholesale rehearing of the case was soundly rejected, at least in the *Housen* context.

[55] The issue arose again in *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339. *Khosa* raised the question of whether the Federal Court is bound by the *Dunsmuir/Pushpanathan* principle of deference when it reviews the decisions of federal administrative tribunals. The *Federal Courts Act* includes a long list of errors for which judicial review is available, and it was argued that this signaled a less deferential standard of review. The majority rejected this argument at para 26, and summarized its conclusions at paragraph 51:

51 As stated at the outset, a legislature has the power to specify a standard of review, as held in *Owen*, if it manifests a clear intention to do so. However, where the legislative language permits, the courts (a) will *not* interpret grounds of review as standards of review, (b) will apply *Dunsmuir* principles to determine the appropriate approach to judicial review in a particular situation, and (c) will presume the existence of a discretion to grant or withhold relief based on the *Dunsmuir* teaching of restraint in judicial intervention in administrative matters (as well as other factors such as an applicant's delay, failure to exhaust adequate alternate remedies, mootness, prematurity, bad faith and so forth).

While *H.L.* was decided on the *Housen* principles, and *Khosa* was decided on the *Dunsmuir/Pushpanathan* principles, both cases clearly reject the argument that the mere presence of a right of appeal signals that no deference is called for. There is no principled basis on which to make an exception for appeals within an administrative structure, such as the one that is in issue in this appeal.

[56] The mere presence of a right of appeal from the presiding officer to the Board does not warrant a correctness standard of review.

The Respective Roles of the Board and the Presiding Officer

[57] The primary factor in setting the standard of review is to examine the respective roles of the tribunal of first instance (in this case the presiding officer) and the appellate administrative tribunal (in this case the Board). This is not a factor that is considered in applying either the *Dunsmuir/Pushpanathan* analysis or the *Housen* analysis, because, as previously noted, both of those paradigms assume a certain type of relationship as a constant behind the analysis. The respective role of the reviewing and reviewed tribunal is first and foremost a question of statutory interpretation. It involves determining what function the Legislature intended the initial tribunal to perform, and what type of supervisory role is intended for the appellate tribunal. The Board in *Boulanger* (whose reasons were adopted by the Board in this appeal) did recognize some of the factors that influence its proper role in the discipline of police officers.

[58] The objectives of the *Act* were summarized in *Plimmer* at para. 32:

The particular purpose of the hearing and appeal provisions at issue in this appeal, is to allow an avenue for public complaint and a mechanism for inquiring into such complaints, with a view to balancing the need for public confidence with the employment rights of the officer in the context of the safe, efficient and effective operation of the police service.

The *Act* attempts to balance the interests of four groups: complainants, police officers, the public and the police services.

[59] Because of the extraordinary powers they have to use force and to put restraints on liberty, the misconduct of police officers is always a matter of public interest. Some argue that all police discipline should be internal to the police force, because of the police force's quasi-military nature and the need of the chief of police to maintain discipline. Others argue that police forces cannot effectively discipline themselves, and that civilian oversight of police conduct is the only acceptable model. Alberta has adopted a hybrid model. The initial investigation and prosecution of police misconduct is done within the police forces. Appeals are then available to the Law Enforcement Review Board, which is a civilian tribunal. Further appeals on points of law are available with leave to the Court of Appeal.

[60] Most appeal tribunals exist to review the decisions that come before them for fairness, accuracy or compliance with the acceptable range of outcomes having regard to the standard of review. The mandate of the Law Enforcement Review Board is different, in that it has a dual role:

- (a) It has the usual appellate mandate to review the decisions of presiding officers for fairness in result, and compliance with the acceptable range of outcomes having regard to the standard of review, and
- (b) It has a mandate to provide civilian oversight of:
 - (i) the police disciplinary process, and
 - (ii) acceptable standards of police conduct.

This dual mandate will not be engaged in all appeals. Some appeals will merely be focussed on the acceptability of the particular result in the particular case, without engaging any issues of civilian oversight. In others the civilian oversight mandate will be in the forefront, either because of the processes used in the internal investigation, or because policy issues about the acceptability of police conduct arise. When providing civilian oversight the Board is to some extent exercising an original jurisdiction, and deference to the decision of the presiding officer is a secondary consideration.

[61] For example, a case involving the use of excessive force by a police officer may engage one or both aspects of the Board's mandate. If the essential issue is whether the incident happened, or how the incident happened, the role of the Board is primarily to determine if the decision is within the acceptable range of outcomes. On the other hand, if the real issue is whether the force found to have been used was excessive or not, elements of civilian oversight are brought into play, although the views of the presiding officer would still be of importance. This example involves civilian oversight of the appropriate professional standards. Finally, if the true issue on the appeal is whether evidence has been suppressed, or the investigation or hearing was somehow compromised, the civilian oversight mandate would be foremost. This final example involves civilian oversight of the disciplinary process itself. The approach of the Board and the standard of review will vary depending on the issues in play.

[62] But the legitimate role of the Board in providing civilian oversight does not warrant a correctness standard of review in every case. The hybrid system of police discipline, where the investigation and discipline is initially done within the force, and external civilian oversight is provided at the Board level, recognizes a legitimate role for the presiding officers and the chief of police. Presiding officers must be senior police officers. They are obviously selected for their experience in policing, and in understanding the disciplinary requirements of a quasi-military institution. Failing to afford any deference to their decision undermines the importance and legitimacy of their perspective on the case before them. The universal application of a correctness standard of review by the Board seems to assume that internal police discipline is inherently ineffective, or that civilian oversight of police discipline is a value that trumps all others. Assuming that the primary process of internal police discipline is inherently flawed is contrary to the overall intent of the statute.

[63] Some of the parties correctly noted that it is part of the Board's role to ensure that police disciplinary procedures are transparent. That is true, but there was complete transparency in this case. The presiding officer provided detailed reasons explaining how he came to his conclusions. There was nothing about the transparency of this decision that warranted a correctness standard of review.

[64] Regardless of the procedure used before the Board, the proceedings are still an "appeal". Their fundamental purpose is still to review the decision made by the presiding officer. Subsections 47(1)(g) and (h) require that a record be kept of the proceedings before the presiding officer, and the primary purpose of that is to enable an effective appeal. Whatever evidentiary record may be before the Board, the primary purpose of that record is to enable the Board to review the particular decision of the presiding officer for error, and to provide overall civilian oversight of the process. The *Act* does not contemplate the Board becoming a tribunal of first instance, essentially rendering all the proceedings before the presiding officer irrelevant and academic: *Plimmer* at para. 34. Civilian oversight of police misconduct is obviously important, but it does not require the Board to disregard the findings of the presiding officer without explaining the reasons for the disagreement.

[65] It follows that there is nothing about the statutory role of the Board that compels a correctness standard of review in every case. The *Act* recognizes the legitimate role of presiding officers in bringing their experience and judgment to the case where they are relevant, and that role must not be displaced.

The Role of the Complainant

[66] An important aspect of the appeal structure in this case is the granting of a right of appeal to the complainant. The complainant can obviously initiate a complaint, but thereafter is not given a role to play in the investigation or prosecution of the matter. But after the decision is rendered, the complainant has a right of appeal to the Board.

[67] The *Police Act* and the *Regulation* allow the chief of police to appoint a presenting officer to prosecute charges against police officers. The complainant is not given standing at the initial hearing. Section 45(7) of the *Act* only requires that the chief of police give the complainant a progress report every 45 days, and s. 47(5) requires that the complainant be advised of the outcome of the hearing. Throughout the investigation and the hearing before the presiding officer the only role of the complainant would be as a witness. It is the presenting officer who has the conduct of the prosecution. However, once the presiding officer has rendered his decision, s. 48(2) of the *Act* gives the complainant the right to appeal the outcome to the Board. The complainant thereby becomes a party to the proceedings late in the day, at the appellate level. This unusual feature of the appeal régime is relevant to setting the standard of review that the Board should apply to the decision of the presiding officer.

[68] In this case the Board essentially allowed the complainant to retry the entire case *de novo*, effectively substituting the complainant for the presenting officer. The presenting officer put forward the case before the presiding officer based on a certain theory of the case, and a certain body of evidence. There were undoubtedly tactical and strategic decisions made by the presenting officer in developing the case. Before the Board the Criminal Trial Lawyers' Association was potentially allowed to present a different theory of the case, based on a different body of evidence, as a result of different tactical and strategic decisions.

[69] The Criminal Trial Lawyers' Association used its lack of standing before the presiding officer to argue that it must have been intended that it have an enhanced role to play at the appeal before the Board. The Association argued that it should be entitled to a *de novo* hearing, to enter whatever evidence it wished, and to essentially take over the prosecution of the entire complaint at the appellate level. The appellant countered that allowing such an expansive role to the complainant on appeal would render the proceedings before the presiding officer largely academic.

[70] The Board reasoned in part that since the complainant did not have standing at the initial hearing, it must be afforded a full *de novo* appeal. But to turn an absence of standing into a right to standing is inconsistent with the scheme of the *Act*, and indeed turns it on its head. If the Legislature had wanted to give the complainant full standing at the initial hearing it would have done so; but it only gave the complainant a right of appeal. There is no statutory wording that would support substituting the complainant for the presenting officer once the matter reaches the appeal level.

[71] This effective substitution of the complainant for the presenting officer runs the risk of unfairness to the police officer (described by the appellant as a type of "double jeopardy", although that concept does not strictly apply to different stages of the same proceeding). The officer charged first has to answer the case as it was put forward by the presenting officer. (In this case the appellant was convicted of one count and acquitted of the other.) The officer then potentially has to face the charges recast in a different way before the Board. It would appear that if the theory of the case adopted by the presenting officer is not successful, the complainant can then appeal and present a different, perhaps conflicting, theory of the case. The claimant is effectively allowed to second-guess the prosecutorial decisions of the presenting officer. If multiple complaints were filed about the same

incident by multiple complainants, there could presumably be multiple appeals, presenting multiple different theories of the case based on different evidence.

[72] Parallel problems might arise in an appeal by a police officer. The charged officer might elect not to testify before the presiding officer. If he is convicted, and if upon conviction he is entitled to a *de novo* hearing, he might then elect to testify before the Board. There is no indication in the statute, and no other legitimate reason why a *de novo* appeal should be permitted to enable this sort of tactic.

[73] In addition to increasing the jeopardy of the police officer, this procedure undermines the role of the chief of police. The premise of the *Act* is that police discipline is initially done internally. The chief of police has control over the investigation of complaints, over deciding which complaints warrant hearings, over the selection of the presenting officer and the presiding officer, and thereby indirectly over the way that the case will be presented. Presiding officers must be impartial senior police officers, which shows a clear intention to bring police expertise to the disciplinary process. This is all consistent with the hybrid model of police discipline in place in Alberta. Civilian oversight is balanced with internal discipline and expertise. When the complainant effectively takes over the prosecution of the charges before the Board, the careful balance in the *Act* between internal police and external civilian oversight of police misconduct is lost: *Plimmer* at para. 32.

[74] It is also relevant that there are no limits on who can file a complaint under the *Act*. The *Act* does not require that the complainant be “affected”, or “aggrieved” by the conduct of the police officer, or otherwise have standing under the common law tests. Total strangers can complain about any police conduct, demonstrating that a high value is placed on the public interest in policing. In this case the complainant Criminal Trial Lawyers’ Association had no involvement or direct interest at all in the events underlying the complaint. While the *Act* permits interested bodies like the Association to file a complaint, it does not follow that the complainant, whomever or whatever it may be, should have the right to take over the prosecution of the case. The right of the public complainant to complain is balanced with internal review at the first level of the process. Different complainants might have different motivations and be pursuing agendas which would not necessarily be consistent with the overall public interest. The Board should be wary of a complainant who wants to take the proceedings in an entirely new direction. It is unlikely that the Legislature intended that any and all complainants could play the role on appeal before the Board suggested by the Criminal Trial Lawyers’ Association in this case.

[75] Since the Association had no standing at the hearing before the presiding officer, the Board reasoned that it was inappropriate to require that the Association show any error in the decision of the presiding officer. No deference was owed, and the standard of review was assumed to be correctness. These factors are relevant considerations, but they do not warrant ignoring completely the proceedings before the presiding officer, and the conclusions he reached. Mere dissatisfaction with the outcome of the initial hearing is not enough. If the complainant can show some flaw or misconduct in the investigation and prosecution of the case by the presenting officer, the Board can provide a general level of civilian oversight of the entire procedure. But the appeal rights given to the complainant under the *Act* do not compel a correctness standard of review.

Expertise and the Nature of the Question

[76] As previously indicated, the particular role of the Board is to provide civilian oversight of police disciplinary procedures. It can be taken to have primary expertise in that respect, and its jurisdiction is legitimately engaged when issues of that sort arise.

[77] The presiding officers also have a level of expertise. They must be senior officers, and are generally selected because of their long service and experience in policing. They have experience in how policing is done, and what policing techniques are legitimate. The Board has less expertise on those issues.

[78] In dealing with appeals under the *Act*, it is not appropriate to simply assume that the expertise of the Board prevails over that of the presiding officer, or *vice versa*. Which body's expertise should prevail will depend on the nature of the question. Where the issue relates to technical policing issues, the views of the presiding officer are entitled to deference. Where the issue relates to the transparency and integrity of the police discipline process itself, the views of the Board can legitimately prevail. The Board should ask whether the appeal in question raises, at its core, the need for civilian oversight of the police disciplinary process. As noted, not all appeals to the Board will be of that character.

[79] The issues most likely to come before the Board can be roughly characterized as follows, recognizing that any complaint may raise issues overlapping all categories:

- **Factual Disputes.** Where the issue is essentially whether something happened or how it happened, the presiding officer has the advantage of a tribunal of first instance, and his findings of fact are entitled to deference. His expertise as a police officer is engaged, and questions of civilian oversight are not in the forefront. The expertise of the presiding officer will usually predominate.
- **Standards of Conduct Disputes.** Where the principal issue is the acceptable standard of police conduct, the expertise of both the presiding officer and the Board is engaged. The presiding officer, as a senior police officer with police experience, has a legitimate perspective on the types of police conduct that are acceptable, especially where the topic is technical in nature. The Board, on the other hand, also has a legitimate expertise in determining what police conduct is socially acceptable. The Board is entitled to rely on its own expertise, but it is not appropriate for the Board to disregard the findings of the presiding officer.
- **Issues Respecting the Integrity of the Process.** Where the real issue is whether the investigation or processing of the complaint have been undermined or corrupted in some way, issues of civilian oversight are at the forefront. In *Boulanger* the Board described such issues as “allegations of criminal conspiracy, obstruction of justice or professional misconduct in relation to the conduct of disciplinary proceedings”,

but the circumstances need not be that extreme. In many such cases the presiding officer will not have ruled on the issue. If the presiding officer has expressed an opinion on the integrity of the investigation or the process, the Board should not ignore that, but deference is a less compelling factor.

Measuring the relative expertise of the presiding officer and the Board is therefore a process that varies with the issue. As will be seen (*infra*, paras. 87-89, 92-93) the Board treated this appeal partly as a factual dispute, with a standards of conduct component.

Economy and Integrity of the Proceedings

[80] It is singularly inefficient to run two successive hearings in the way that happened here. It is conceded that the complainant does not have standing to play an active role in the hearing before the presiding officer. Yet the Board decided that the complainant is essentially entitled to run its own hearing before the Board. If the complainant is to be allowed this level of involvement, why is it not allowed to have carriage of the proceedings before the presiding officer, or at least have the ability to call evidence at that level? Allowing the complainant to divert the proceedings down a different course so late in the day can only lead to delay and expense. The presiding officer heard all the witnesses and was entitled to make findings of fact and credibility. Fulfilling the Board's legitimate role did not require that it repeat that entire process, except perhaps in unusual cases.

[81] The law and the *Act* also presume the competency and legitimate role of the presiding officers. As the Court held in *Housen* at para. 17:

17 The presumption underlying the structure of our court system is that a trial judge is competent to decide the case before him or her, and that a just and fair outcome will result from the trial process. Frequent and unlimited appeals would undermine this presumption and weaken public confidence in the trial process. An appeal is the exception rather than the rule.

The same principle applies to the hearings before the presiding officers. If the Board was to continue to routinely rehear all matters on a *de novo* basis, and to extend no deference whatsoever to the decisions of the presiding officers, that would only undermine the apparent integrity of those hearings. As previously stated, that is inconsistent with the hybrid scheme of the *Act*. As the appellant noted, that approach undermines those hearings to the point that they become almost academic, and call into question the need of the interested parties to even participate in them. The hearing would be reduced to a type of preliminary inquiry.

Conclusion on the Standard of Review to be Applied by the Board

[82] In conclusion, the decision of the Board to conduct a *de novo* hearing, and to assume that it owed no deference to the findings of the presiding officer was in error. The role of the Board is primarily to sit on appeal from the presiding officer. The Board is not a tribunal of first instance, and cannot simply ignore the proceedings before the presiding officer, and the conclusions reached by

him. The focus of the appeal to the Board should be on its dual mandate of civilian oversight, and the correction of unreasonable results.

[83] There is no general power to hold a *de novo* hearing in every case, and no requirement that a *de novo* hearing be held unless the parties consent to proceeding otherwise. Where a sufficient reason is shown or the issues on appeal warrant it, the Board has the power to admit fresh evidence. When sufficient cause is shown the Board can even rehear key evidence presented to the presiding officer.

[84] The Board has a legitimate role to play in providing civilian oversight to the system of police discipline where oversight issues arise. The Board is not bound by the inferences and conclusions of the presiding officer, but it should be able to offer some articulable reason based in law, fact or policy when it interferes with a decision under appeal. The Board should proceed primarily from the record created by the hearing before the presiding officer. It should extend deference to the decision of the presiding officer on questions of fact, credibility, and technical policing issues. If the decision of the presiding officer was reasonable, the Board should not substitute its own view just because it might have come to a different conclusion. Where the appeal raises issues of acceptability of particular police conduct, or the integrity of the discipline process, the Board's mandate is more robust.

The Decision of the Presiding Officer

[85] The remaining question is whether the Board's interference with the decision of the presiding officer was justified. The Board provided no analysis of the reasons of the presiding officer; only passing reference is made to the existence of his findings. Instead the Board summarized the evidence it heard *de novo*, summarized the positions of the parties, and came to its own conclusions as if it was a tribunal of first instance. Where it departed from the reasons and findings of the presiding officer, it gave no explanation as to why it had done so, or what errors it had detected in those reasons. In taking this approach the Board treated this appeal as largely a factual dispute, and partly a dispute about acceptable standards of police investigative techniques (see *supra*, para. 79).

[86] No issues were raised with respect to the integrity of the internal investigation, or the proceedings before the presiding officer. There was no suggestion that either was tainted in any way. The reasons the presiding officer gave for dismissing the one count were transparent, intelligible, and open. The aspect of the Board's jurisdiction relating to oversight of the process itself was not engaged.

[87] The issue of the acceptable standard of police conduct was raised. The Board never explicitly stated an acceptable standard of police conduct, or how such a standard would be set. The presiding officer had applied a two stage assessment: was the action taken reasonable, and if so was the action taken proportionate to the circumstances? The Board never expressed any opinion on the appropriateness of this approach. The presiding officer had concluded that while the information available to the police was dated, and amounted to little more than rumour, there was "some basis, albeit perhaps not the strongest of basis, but some basis, upon which to take some action, and

therefore it passes the reasonableness test”. The Board never analyzed this conclusion, either for correctness or reasonableness.

[88] The Board made some passing references to appropriate standards of police conduct, without providing a clear statement of what it thought the acceptable standard was. It stated at para. 31 that “the Board does not find any law enforcement reason for having a focus on Mr. Diotte”. At para. 33 it stated that rumours were not a sufficient basis for a police investigation: “Casual conversation while waiting in line for lunch in the cafeteria does not meet the test of reliable information”. It is not clear whether, by these comments, the Board disagreed with the presiding officer’s reasonable/proportional method of analysis, or simply disagreed with his conclusion that the conduct in question was “reasonable”. The Board provided no analysis of why it was unreasonable for the presiding officer to find the conduct in question to be reasonable. As previously noted, the appropriateness of particular police conduct is an issue on which the expertise of the presiding officer, as well as the Board, is engaged. That is particularly so with the question of the amount of information that is sufficient to trigger a police investigation. If the Board thought the findings of the presiding officer on this issue were unreasonable, it was incumbent on it to explain why.

[89] The Board concluded that there was an insufficient basis for a police investigation, based on the following:

- (a) An initial undocumented tip in May was not sufficiently reliable to form the basis of the investigation.
- (b) The indications that Mr. Diotte was prone to drinking and driving did not arise above rumour.
- (c) Since Mr. Diotte was not on the lists of high risk drivers, there was no justification for targeting him.
- (d) Mr. Diotte had no prior record.
- (e) Mr. Diotte acted responsibly by not driving himself home from the bar.

The facts underlying items (c) and (d) were uncontradicted, and were before the presiding officer. Since item (e) occurred after the impugned conduct, it was irrelevant to assessing the reasonableness of the appellant’s actions. Items (a) and (b) involve inferences drawn from the facts and assumptions about the appropriate standard of police conduct, and the overall conclusion of the Board contradicts the finding of the presiding officer that there was enough, but barely enough, information to justify the investigation.

[90] The Board disagreed with the presiding officer on items (a) and (b). The Board found that the May tip was not entitled to much credence “because of the lack of specific information surrounding the tip”. The presiding officer had concluded: “I accept the evidence of the May tip and inquiry.” He relied on his policing experience in explaining why he was not concerned about the

lack of specificity and the absence of any written record of the tip. He noted that the police often rely on confidential informants, and conceal information to protect them. The Board made no reference to his reasoning in coming to the opposite conclusion.

[91] The distinction between a tip, information from a confidential source, and a “mere rumour” underlying item (b) is elusive. One police witness who had testified before the presiding officer, but not the Board, testified that it would constitute a neglect of duty not to act on information from the public about drunk drivers. The presenting officer had urged the presiding officer to find that the tip was too stale by the time the events occurred at the Overtime Bar. The presiding officer considered all of the competing considerations and concluded: “I would be hesitant in imposing too rigid a standard lest police officers become paralyzed by inaction”. It was at this point that he stated his conclusion there was “some basis, albeit perhaps not the strongest of basis” for the investigation. The Board came to the opposite conclusion, without indicating whether it disagreed with the underlying findings of fact, or the inferences drawn by the presiding officer, or the standard of police conduct implicit in the conclusion, or all of them.

[92] Even though the transcript of the proceedings before the presiding officer was entered as an exhibit at the *de novo* hearing, the approach taken by the Board drove it to disregard that evidence, and the findings of the presiding officer based on it. The Board concluded that there was no evidence to support the rumours of impaired driving. The presiding officer had referred to evidence from five witnesses which he found supported the rumours. The Board failed to discuss the evidence of those five witnesses, and failed to say why it disagreed with the presiding officer’s inferences drawn from that evidence. The presiding officer had relied on the fact that the investigation was a part of the general TADD program, and the Board never indicated why that was unreasonable.

[93] The presiding officer and the Board disagreed on one important fact. The presenting officer had urged the presiding officer to find that the appellant’s conduct was motivated by animus towards Mr. Diotte. Particularly, it was suggested that the appellant’s conduct was in some respects retribution for the negative articles that Mr. Diotte had written about the Edmonton Police Service. The presiding officer noted that there was evidence that could support either inference. He set out and discussed that evidence, but concluded that the allegation of animus had not been proven to the requisite standard. The Board, on the other hand, concluded that the main reason for the appellant to focus on Mr. Diotte was his concern about the negative articles that had been written, and that the appellant’s conduct thereby compromised Mr. Diotte’s freedom of speech.

[94] While the Board never engaged in an analysis of the decision of the presiding officer, it seems clear that the main point of disagreement was over the motivation of the appellant in initiating the investigation of Mr. Diotte. The Board concluded that the appellant was motivated by animus, whereas the presiding officer found that allegation to be unproven. On this issue it is important to note that there was no disagreement between the presiding officer and the Board on the appropriate standard of police conduct. Both agreed that an investigation triggered by animus was inappropriate. The dispute was over a question of fact, namely the actual motivation of the appellant. On this point the decision of the presiding officer, as the tribunal of first instance, was entitled to deference.

While the Board was not necessarily bound by his finding, it should at least have explained why that finding was unreasonable, and therefore why the Board came to the opposite conclusion.

[95] In summary, the Board approached this appeal as raising issues of fact, and a related policy issue respecting the appropriate standard of police conduct. Specifically, the policy issue was the threshold level of information that justifies commencing a police investigation. The decision on such questions of fact by the presiding officer, as the tribunal of first instance, are entitled to deference. Unless the findings of fact are unreasonable, the Board should not interfere. The policy issue engages the expertise of both the presiding officer and the Board. While the Board, in exercising its mandate of civilian oversight, is not bound by the conclusions of the presiding officer on the policy issue, the Board should not simply step around those conclusions. Because of the procedure it adopted, the Board applied a correctness standard to the decision of the presiding officer, whereas in this case the specific issues raised called for a reasonableness standard of review.

[96] The appeal is allowed, and the decision of the Board set aside. The answers of the three questions on which leave was granted are as follows:

1. The Board did err in law by conducting a *de novo* hearing, and by allowing the Criminal Trial Lawyers' Association to call evidence which was called or available at the disciplinary hearing, without requiring it to meet the legal test for new evidence;
2. The Board did fail to apply the correct standard of review to the decision of the Presiding Officer;
3. The Board did err in failing to consider the exhibits tendered, including the transcript of the hearing before the Presiding Officer.

[97] It has now been over six years since the events in question, and over five years since the charges were initially laid. The proceedings have been marked by delay. For example, at one point the proceedings of the Board had to be repeated because the Board was improperly constituted. The Court was advised that an officer's record would normally be cleared in five years, and the delay in this case is inordinate. While the matter must be remitted to the Board for rehearing by a new panel, the underlying principles have been fully aired, and those involved should consider whether further proceedings are warranted.

Appeal heard on October 5, 2010

Reasons filed at Edmonton, Alberta
this 17th day of December, 2010

Slatter J.A.

I concur: _____
Ritter J.A.

I concur: _____
Authorized to sign for: Rowbotham J.A.

Appearances:

M.T. Duckett, Q.C.
for the Appellant

E.D. Norheim
for the Respondent Criminal Trial Lawyers' Association

S.D. Johnson
for the Respondent Chief of the Edmonton Police Services

S.P. McDonough
for the Respondent Law Enforcement Review Board

R. Khullar
for the Intervenor Edmonton Police Association

A.J. Landry, Q.C.
for the Intervenor Calgary Police Association

TAB E

Mclean v British Columbia (Securities Commission) 2013

SCC 67

Patricia McLean *Appellant*

v.

**Executive Director of the British Columbia
Securities Commission** *Respondent*

and

**Financial Advisors Association of Canada and
Ontario Securities Commission** *Interveners*

**INDEXED AS: McLEAN v. BRITISH COLUMBIA
(SECURITIES COMMISSION)**

2013 SCC 67

File No.: 34593.

2013: March 21; 2013: December 5.

Present: LeBel, Fish, Rothstein, Cromwell, Moldaver,
Karakatsanis and Wagner JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA**

Administrative law — Securities — Standard of review — Limitation of actions — Appellant entering into settlement agreement with Ontario Securities Commission in respect to certain possible improper actions — B.C. Securities Commission initiating secondary proceedings based on settlement agreement — B.C. Securities Act establishing limitation period of six years from date of “events” giving rise to proceedings — Whether “events” triggering six-year limitation period are the underlying misconduct giving rise to the settlement agreement, or the settlement agreement itself — Whether the standard of review of the Commission’s decision should be correctness or reasonableness — Having regard to the standard of review, whether there is any basis to interfere with the Commission’s interpretation — Securities Act, R.S.B.C. 1996, c. 418, ss. 159, 161(6)(d).

On September 8, 2008, M entered into a settlement agreement with the Ontario Securities Commission in respect to misconduct that occurred in Ontario, in 2001 or earlier. The Ontario Securities Commission issued an order in the public interest barring her from trading in securities for five years and banning her from acting

Patricia McLean *Appelante*

c.

**Directeur général de la British Columbia
Securities Commission** *Intimé*

et

**Association des conseillers en finances du
Canada et Commission des valeurs mobilières
de l’Ontario** *Intervenantes*

**RÉPERTORIÉ : McLEAN c. COLOMBIE-BRITANNIQUE
(SECURITIES COMMISSION)**

2013 CSC 67

N° du greffe : 34593.

2013 : 21 mars; 2013 : 5 décembre.

Présents : Les juges LeBel, Fish, Rothstein, Cromwell,
Moldaver, Karakatsanis et Wagner.

**EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE**

Droit administratif — Valeurs mobilières — Norme de contrôle — Prescription — Règlement intervenu entre l’appelante et la Commission des valeurs mobilières de l’Ontario relativement à de possibles irrégularités — Instance secondaire engagée par la Commission des valeurs mobilières de la C.-B. sur le fondement de ce règlement — Loi sur les valeurs mobilières de la C.-B. prévoyant un délai de prescription de six ans à compter de « l’événement » qui donne lieu à l’instance — L’« événement » à partir duquel commence à courir le délai de six ans correspond-il à l’inconduite qui est à l’origine du règlement ou au règlement lui-même? — La norme de contrôle applicable à la décision de la Commission est-elle celle de la décision correcte ou celle de la décision raisonnable? — Au regard de la bonne norme de contrôle, quelque élément justifie-t-il que l’on réforme l’interprétation de la Commission? — Securities Act, R.S.B.C. 1996, ch. 418, art. 159, 161(6)d).

Le 8 septembre 2008, M a convenu d’un règlement avec la Commission des valeurs mobilières de l’Ontario relativement à une inconduite survenue en Ontario au plus tard en 2001. La Commission des valeurs mobilières de l’Ontario a rendu dans l’intérêt public une ordonnance interdisant à M, pendant cinq ans, toute opération sur

as an officer or director of certain entities registered in Ontario for 10 years. On January 14, 2010, the respondent notified M that he was applying to the British Columbia Securities Commission for a public interest order against her based on s. 161(6)(d) of the *Securities Act*, R.S.B.C. 1996, c. 418. Section 161(6)(d) empowers the Commission to bring proceedings in the public interest against persons who have agreed with another jurisdiction's securities regulator, by way of a settlement agreement, to be subject to regulatory action. Section 159 of the *Securities Act* sets out that all proceedings under the Act "must not be commenced more than 6 years after the date of the events that give rise to the proceedings". The Commission issued a reciprocal order adopting the same prohibitions as are set out in the Ontario Securities Commission's order. In doing so, the Commission implicitly interpreted s. 159, as it applies to s. 161(6)(d), such that "the event" that triggered the six-year limitation period was M's entering into a settlement agreement and not the misconduct that occurred in 2001 or earlier. The Court of Appeal applied a correctness standard of review and upheld the Commission's implied decision that "the event" that gave rise to the proceedings in British Columbia under s. 161(6)(d) was the agreement in Ontario.

Held: The appeal should be dismissed

Per LeBel, Fish, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Wagner JJ.: The question presented is whether, for purposes of s. 161(6)(d), "the events" that trigger the six-year limitation period in s. 159 are (i) the underlying misconduct that gave rise to the settlement agreement or (ii) the settlement agreement itself. A review of the ordinary meaning, the context, and the purpose of both ss. 159 and 161(6) of the *Securities Act* reasonably supports the Commission's conclusion that the event giving rise to a proceeding under s. 161(6)(d) is the fact of having agreed with a securities regulatory authority to be subject to regulatory action. The appropriate standard of review is reasonableness. Both parties proposed reasonable interpretations of s. 159 of the *Securities Act*, as it applies to s. 161(6)(d). However, under reasonableness review, courts defer to any reasonable interpretation adopted by an administrative decision maker, even if other reasonable interpretations may exist. Because the Commission's interpretation has not been shown to be an unreasonable one, there is no basis to interfere on judicial review.

valeurs mobilières et, pendant 10 ans, l'exercice de toute fonction de dirigeante ou d'administratrice au sein de certaines entreprises inscrites en Ontario. Le 14 janvier 2010, l'intimé a fait savoir à M qu'il demanderait à la Commission des valeurs mobilières de la C.-B. de rendre à son encontre une ordonnance d'intérêt public sur le fondement de l'al. 161(6)d) de la *Securities Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 418. Cette disposition habilite la Commission à engager une instance dans l'intérêt public contre la personne qui consent par voie de règlement avec l'organisme de réglementation des valeurs mobilières d'un autre ressort à faire l'objet d'une mesure réglementaire. L'article 159 de la *Securities Act* dispose qu'« est irrecevable [toute] instance engagée sous le régime de la [Loi] plus de 6 ans après l'événement qui y donne lieu ». La Commission a rendu une ordonnance réciproque qui prévoyait les mêmes interdictions que l'ordonnance de la commission ontarienne. Ce faisant, elle a implicitement interprété l'art. 159, quant à son application à l'al. 161(6)d), de telle sorte que « l'événement » à partir duquel court le délai de prescription de six ans s'entend du règlement avec M, non de son inconduite datant de 2001 ou d'avant. La Cour d'appel a appliqué la norme de la décision correcte et confirmé la décision tacite de la Commission selon laquelle le règlement intervenu en Ontario constituait « l'événement » qui avait donné lieu à l'instance en Colombie-Britannique sur le fondement de l'al. 161(6)d).

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Les juges LeBel, Fish, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Wagner : La question en litige est celle de savoir si, pour l'application de l'al. 161(6)d), « l'événement » qui fait courir le délai de prescription de six ans prévu à l'art. 159 s'entend (i) de l'inconduite qui est à l'origine du règlement ou (ii) du règlement lui-même. Le sens ordinaire, le contexte et l'objet de l'art. 159 et du par. 161(6) de la *Securities Act* appuient raisonnablement la conclusion de la Commission selon laquelle l'événement qui donne lieu à une instance fondée sur l'al. 161(6)d) s'entend du fait de convenir avec un organisme de réglementation des valeurs mobilières de faire l'objet d'une mesure réglementaire. La bonne norme de contrôle est celle de la raisonabilité. Les deux parties défendent des interprétations raisonnables de l'art. 159 de la *Securities Act* quant à son application à l'al. 161(6)d). Or, suivant la norme de la raisonabilité, il faut déférer à toute interprétation raisonnable du décideur administratif, même lorsque d'autres interprétations raisonnables sont possibles. Le caractère déraisonnable de l'interprétation de la Commission n'ayant pas été démontré, rien ne permet d'intervenir dans le cadre d'un contrôle judiciaire.

The Court of Appeal erred by applying a correctness standard of review. It is presumed that courts will defer to an administrative decision maker interpreting its own statute or statutes closely connected to its function. This presumption is not rebutted in this case. Nor does the question fall within any exceptional category that warrants a correctness standard. Although limitation periods generally are of central importance to the fair administration of justice, the issue here is statutory interpretation in a particular context within the Commission's specialized area of expertise. The possibility that other provincial securities commissions may arrive at different interpretations of similar statutory limitation periods is a function of the Constitution's federalist structure and does not provide a basis for a correctness review. Finally, and most significantly, the modern approach to judicial review recognizes that courts may not be as qualified as an administrative tribunal to interpret that tribunal's home statute. In particular, the resolution of unclear language in a home statute is usually best left to the administrative tribunal because the tribunal is presumed to be in the best position to weigh the policy considerations often involved in choosing between multiple reasonable interpretations of such language.

The Commission's interpretation of the limitations period here is reasonable. The ordinary meaning of "the events" in s. 159 that give rise to a proceeding under s. 161(6)(d) is the fact of having agreed with a securities regulatory authority to be subject to regulatory action. Although s. 159 predates s. 161(6), and originally limitation periods were understood to run from the date of the underlying misconduct, that drafting history is not dispositive. The phrase "the events" is deliberately open-ended and applicable to a variety of contexts. As applied to s. 161(6)(d), it can mean the date the person "has agreed with a securities regulatory authority". Finally, allowing secondary jurisdictions to wait until the conclusion of a primary proceeding obviates the need for parallel and duplicative proceedings that will overburden securities commissions and the targets of proceedings. The Commission's interpretation thus furthers the legislative goal of improving interjurisdictional cooperation between provinces and territories.

La Cour d'appel a eu tort d'appliquer la norme de la décision correcte. Le tribunal administratif qui interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat est présumé avoir droit à la déférence judiciaire, une présomption qui n'est pas réfutée en l'espèce. La question en litige n'appartient pas non plus à une catégorie exceptionnelle qui justifie l'application de la norme de la décision correcte. Même si les délais de prescription revêtent généralement une importance capitale aux fins d'une saine administration de la justice, il s'agit en l'espèce d'interpréter la loi dans un contexte particulier qui relève du domaine d'expertise de la Commission. Le risque que les autres commissions des valeurs mobilières interprètent différemment leurs dispositions apparentées sur la prescription tient à notre Constitution de type fédéral et ne saurait justifier l'application de la norme de la décision correcte. Enfin, et surtout, l'approche moderne en matière de contrôle judiciaire reconnaît qu'une cour de justice n'est peut-être pas aussi qualifiée qu'un tribunal administratif pour interpréter la loi constitutive de ce dernier. En particulier, mieux vaut généralement laisser au tribunal administratif le soin de clarifier le texte ambigu de sa loi constitutive, car il est présumé être le plus à même de soupeser les considérations de politique générale qui président souvent au choix entre les différentes interprétations raisonnables possibles.

En l'espèce, la Commission interprète raisonnablement le délai de prescription. À l'article 159, suivant le sens ordinaire du terme, « l'événement » qui donne lieu à l'instance fondée sur l'al. 161(6)(d) s'entend du fait de convenir avec un organisme de réglementation des valeurs mobilières de faire l'objet d'une mesure réglementaire. Bien que l'art. 159 ait existé avant l'adjonction du par. 161(6) et que, jusqu'alors, on ait considéré que le délai commençait à courir à compter de l'inconduite reprochée, cette évolution législative n'est pas déterminante. Le terme « l'événement » a manifestement un sens étendu et vise une foule de contextes. Pour les besoins de l'al. 161(6)(d), il s'entend du moment où la personne « a convenu avec un organisme de réglementation des valeurs mobilières » de faire l'objet de certaines mesures. Enfin, permettre aux ressorts secondaires d'attendre le dénouement de l'instance principale rend inutiles les instances parallèles et répétitives qui auraient pour effet de surcharger les commissions des valeurs mobilières et d'infliger un fardeau excessif aux personnes visées. L'interprétation de la Commission va donc dans le sens de l'objectif législatif qui consiste à accroître la coopération entre les ressorts.

Although the Commission's interpretation significantly extends the duration of time for which a person may be subject to regulatory action, of itself, that is not offensive to the purpose of limitation periods. Limitation periods are always driven by policy choices that attempt to balance the interests of the parties. The Commission's interpretation strikes a reasonable balance between facilitation of interprovincial cooperation and the underlying purposes of limitation periods.

Per Karakatsanis J.: The Commission was reasonable in interpreting s. 159 to require that secondary proceedings under s. 161(6) must be initiated within six years of a person being sanctioned in another jurisdiction. However, the opposite interpretation — that the limitation period runs from the time of the underlying misconduct — is not reasonable. Such an interpretation would require duplicative proceedings in cases, like this one, where an investigation in another jurisdiction does not conclude within six years of the underlying misconduct. It is inconsistent with the legislative objective of facilitating interjurisdictional cooperation and it is at odds with a purposive interpretation. Consequently, it would not have been open to the Commission to interpret the limitations period as the appellant urges.

Cases Cited

By Moldaver J.

Distinguished: *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283; **referred to:** *Committee for the Equal Treatment of Asbestos Minority Shareholders v. Ontario (Securities Commission)*, 2001 SCC 37, [2001] 2 S.C.R. 132; *McLean (Re)*, 2008 LNONOSC 660, 31 O.S.C.B. 8734; *Heidary (Re)*, 2000 LNONOSC 79, 23 O.S.C.B. 959; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 SCC 19, [2003] 1 S.C.R. 226; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *City of Arlington, Texas v. Federal Communications Commission*, 133 S. Ct. 1863 (2013); *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616; *Communications, Energy and Paperworkers Union of*

Même si l'interprétation que défend la Commission prolonge sensiblement la période pendant laquelle une personne s'expose à une mesure réglementaire, il n'en résulte pas en soi d'atteinte à l'objectif d'un délai de prescription, lequel procède toujours de décisions de principe qui visent à établir un équilibre entre les intérêts des parties. L'interprétation de la Commission établit un équilibre raisonnable entre l'accroissement de la coopération des ressorts et les objectifs d'un délai de prescription.

La juge Karakatsanis : La Commission interprète raisonnablement l'art. 159 lorsqu'elle conclut qu'une instance secondaire fondée sur le par. 161(6) doit être engagée au plus tard six ans après que la personne en cause s'est vu infliger une sanction dans un autre ressort. Cependant, l'interprétation contraire — à savoir que le délai de prescription court à compter de l'inconduite reprochée — n'est pas raisonnable. Il en résulterait en effet un dédoublement des instances lorsque, comme dans la présente affaire, l'enquête dans l'autre ressort ne prend pas fin dans les six ans de l'inconduite. Pareille interprétation va à l'encontre de l'objectif législatif de faciliter la coopération entre les ressorts et de la démarche téléologique. Il n'était donc pas loisible à la Commission d'interpréter le délai de prescription de la manière que préconise l'appelante.

Jurisprudence

Citée par le juge Moldaver

Distinction d'avec l'arrêt : *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283; **arrêts mentionnés :** *Comité pour le traitement égal des actionnaires minoritaires de la Société Asbestos Ltée c. Ontario (Commission des valeurs mobilières)*, 2001 CSC 37, [2001] 2 R.C.S. 132; *McLean (Re)*, 2008 LNONOSC 660, 31 O.S.C.B. 8734; *Heidary (Re)*, 2000 LNONOSC 79, 23 O.S.C.B. 959; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *Dr. Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 CSC 19, [2003] 1 R.C.S. 226; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *City of Arlington, Texas c. Federal Communications Commission*, 133 S. Ct. 1863 (2013); *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616; *Syndicat*

Canada, Local 30 v. Irving Pulp & Paper, Ltd., 2013 SCC 34, [2013] 2 S.C.R. 458; *British Columbia Securities Commission v. Bapty*, 2006 BCSC 638 (CanLII); *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650; *Construction Labour Relations v. Driver Iron Inc.*, 2012 SCC 65, [2012] 3 S.C.R. 405; *Woods (Re)*, 1997 LNBCSC 11 (QL); *Seto (Re)*, 2006 BCSECCOM 569 (CanLII); *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. Canadian Air Line Pilots Assn.*, [1993] 3 S.C.R. 724; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140; *Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 SCC 62, [2005] 3 S.C.R. 141; *Dennis (Re)*, 2005 BCSECCOM 65, 2004 LNBCSC 705 (QL); *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232; *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, 2000 SCC 21, [2000] 1 S.C.R. 494; *Novak v. Bond*, [1999] 1 S.C.R. 808; *Friedland (Re)*, 2010 BCSECCOM 654 (CanLII); *Nielsen (Re)*, 2013 LNONOSC 254, 36 O.S.C.B. 3478; *Robinson (Re)*, 2013 LNBASC 295, 2013 ABASC 317 (CanLII); *Maitland Capital Ltd. (Re)*, 2012 LNONOSC 95, 35 O.S.C.B. 1729; *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6; *Cholmondeley v. Clinton* (1820), 2 Jac. & W. 1, 37 E.R. 527; *Lines v. British Columbia (Securities Commission)*, 2012 BCCA 316, 35 B.C.L.R. (5th) 281; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623; *Murphy v. Welsh*, [1993] 2 S.C.R. 1069; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559.

By Karakatsanis J.

Referred to: *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, 2000 SCC 21, [2000] 1 S.C.R. 494; *Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837.

Statutes and Regulations Cited

- Bill 20, *Securities Amendment Act, 2006*, 2nd Sess., 38th Parl., British Columbia (Third reading, April 25, 2006).
- Bill 28, *Securities Amendment Act, 2007*, 3rd Sess., 38th Parl., British Columbia (Third reading, October 23, 2007).

canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 30 c. Pâtes & Papier Irving, Liée, 2013 CSC 34, [2013] 2 R.C.S. 458; *British Columbia Securities Commission c. Bapty*, 2006 BCSC 638 (CanLII); *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650; *Construction Labour Relations c. Driver Iron Inc.*, 2012 CSC 65, [2012] 3 R.C.S. 405; *Woods (Re)*, 1997 LNBCSC 11 (QL); *Seto (Re)*, 2006 BCSECCOM 569 (CanLII); *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Assoc. canadienne des pilotes de lignes aériennes*, [1993] 3 R.C.S. 724; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140; *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 CSC 62, [2005] 3 R.C.S. 141; *Dennis (Re)*, 2005 BCSECCOM 65, 2004 LNBCSC 705 (QL); *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232; *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2000 CSC 21, [2000] 1 R.C.S. 494; *Novak c. Bond*, [1999] 1 R.C.S. 808; *Friedland (Re)*, 2010 BCSECCOM 654 (CanLII); *Nielsen (Re)*, 2013 LNONOSC 254, 36 O.S.C.B. 3478; *Robinson (Re)*, 2013 LNBASC 295, 2013 ABASC 317 (CanLII); *Maitland Capital Ltd. (Re)*, 2012 LNONOSC 95, 35 O.S.C.B. 1729; *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6; *Cholmondeley c. Clinton* (1820), 2 Jac. & W. 1, 37 E.R. 527; *Lines c. British Columbia (Securities Commission)*, 2012 BCCA 316, 35 B.C.L.R. (5th) 281; *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623; *Murphy c. Welsh*, [1993] 2 R.C.S. 1069; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559.

Citée par la juge Karakatsanis

Arrêts mentionnés : *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2000 CSC 21, [2000] 1 R.C.S. 494; *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837.

Lois et règlements cités

- Bill 20, *Securities Amendment Act, 2006*, 2nd Sess., 38th Parl., British Columbia (Third reading, April 25, 2006).
- Bill 28, *Securities Amendment Act, 2007*, 3rd Sess., 38th Parl., British Columbia (Third reading, October 23, 2007).

Securities Act, C.C.S.M., c. S50, ss. 137, 148.4(1).
Securities Act, R.S.A. 2000, c. S-4, s. 198(1.1).
Securities Act, R.S.B.C. 1996, c. 418, ss. 127, 127.1, 140(a), 140.94, 159, 161(1), (6).
Securities Act, R.S.N.L. 1990, c. S-13, ss. 127(1.1), 129.
Securities Act, R.S.N.S. 1989, c. 418, s. 134(1A).
Securities Act, R.S.O. 1990, c. S.5, s. 127(10).
Securities Act, R.S.P.E.I. 1988, c. S-3.1, s. 60(3).
Securities Act, S.N.B. 2004, c. S-5.5, s. 184(1.1).
Securities Act, S.Nu. 2008, c. 12, s. 60(3).
Securities Act, S.N.W.T. 2008, c. 10, s. 60(3).
Securities Act, S.Y. 2007, c. 16, s. 60(3).
Securities Act, 1988, S.S. 1988-89, c. S-42.2, s. 134(1.1).
Securities Amendment Act, 2006, S.B.C. 2006, c. 32.

Authors Cited

Canada. *A Provincial/Territorial Memorandum of Understanding Regarding Securities Regulation*, 2004 (online: http://www.securitiescanada.org/2004_0930_mou_english.pdf).

Côté, Pierre-André, in collaboration with Stéphane Beaulac and Mathieu Devinat. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2011.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.

Teplitsky, Martin. "Standard of review of administrative adjudication: 'What a tangled web we weave . . .'" (2013), *Advocates' Soc. J.* 3.

Willis, John. "Statute Interpretation in a Nutshell" (1938), 16 *Can. Bar Rev.* 1.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Saunders, Chiasson and Neilson JJ.A.), 2011 BCCA 455, 312 B.C.A.C. 288, 531 W.A.C. 288, 343 D.L.R. (4th) 432, [2011] B.C.J. No. 2124 (QL), 2011 CarswellBC 2929, allowing an appeal from a decision by the British Columbia Securities Commission, 2010 BCSECCOM 262, 2010 LNBCSC 222 (QL). Appeal dismissed.

Loi sur les valeurs mobilières, C.P.L.M., ch. S50, art. 137, 148.4(1).
Loi sur les valeurs mobilières, L.N.-B. 2004, ch. S-5.5, art. 184(1.1).
Loi sur les valeurs mobilières, L.R.O. 1990, ch. S.5, art. 127(10).
Loi sur les valeurs mobilières, L.T.N.-O. 2008, ch. 10, art. 60(3).
Loi sur les valeurs mobilières, L.Y. 2007, ch. 16, art. 60(3).
Securities Act, R.S.A. 2000, ch. S-4, art. 198(1.1).
Securities Act, R.S.B.C. 1996, ch. 418, art. 127, 127.1, 140(a), 140.94, 159, 161(1), (6).
Securities Act, R.S.N.L. 1990, ch. S-13, art. 127(1.1), 129.
Securities Act, R.S.N.S. 1989, ch. 418, art. 134(1A).
Securities Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. S-3.1, art. 60(3).
Securities Act, S.Nu. 2008, ch. 12, art. 60(3).
Securities Act, 1988, S.S. 1988-89, ch. S-42.2, art. 134(1.1).
Securities Amendment Act, 2006, S.B.C. 2006, ch. 32.

Doctrine et autres documents cités

Canada. *Protocole d'entente provincial-territorial sur la réglementation des valeurs mobilières*, 2004 (en ligne : http://www.valeursmobilières.org/2004_0930_mou_francais.pdf).

Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4^e éd. Montréal : Thémis, 2009.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.

Teplitsky, Martin. « Standard of review of administrative adjudication : "What a tangled web we weave . . ." » (2013), *J. plaideurs* 3.

Willis, John. « Statute Interpretation in a Nutshell » (1938), 16 *R. du B. can.* 1.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Saunders, Chiasson et Neilson), 2011 BCCA 455, 312 B.C.A.C. 288, 531 W.A.C. 288, 343 D.L.R. (4th) 432, [2011] B.C.J. No. 2124 (QL), 2011 CarswellBC 2929, qui a accueilli l'appel d'une décision de la British Columbia Securities Commission, 2010 BCSECCOM 262, 2010 LNBCSC 222 (QL). Pourvoi rejeté.

Christopher H. Wirth and Fredrick Schumann,
for the appellant.

Stephen M. Zolnay, for the respondent.

Lou Brzezinski and John Polyzogopoulos, for the
intervener the Financial Advisors Association of
Canada.

Johanna M. Superina and Usman M. Sheikh, for
the intervener the Ontario Securities Commission.

The judgment of LeBel, Fish, Rothstein,
Cromwell, Moldaver and Wagner JJ. was delivered
by

MOLDAVER J. —

I. Introduction

[1] In Canada, the individual provinces and territories bear primary responsibility for the regulation of stocks, bonds, and other securities. However, because modern securities markets transcend provincial and territorial borders, the provinces and territories have in recent years taken steps to harmonize their securities laws and to improve cooperation between their securities regulators.

[2] As a result of these efforts, the British Columbia Securities Commission (the “Commission”), like all of its provincial and territorial peers, has been empowered to bring proceedings in the public interest against persons who, among other things, have agreed with another jurisdiction’s securities regulator, by way of a settlement agreement, to be subject to regulatory action; see s. 161(6)(d) of the *Securities Act*, R.S.B.C. 1996, c. 418. In the jargon of the industry, these proceedings are known as “secondary proceedings” because they piggy-back on another jurisdiction’s efforts. Subject to a few exceptions, all proceedings under the *Act* — secondary or otherwise — “must not be commenced more than 6 years after the date of the events that give rise to the proceedings” (s. 159).

Christopher H. Wirth et Fredrick Schumann,
pour l’appelante.

Stephen M. Zolnay, pour l’intimé.

Lou Brzezinski et John Polyzogopoulos, pour
l’intervenante l’Association des conseillers en
finances du Canada.

Johanna M. Superina et Usman M. Sheikh, pour
l’intervenante la Commission des valeurs mobilières de l’Ontario.

Version française du jugement des juges LeBel,
Fish, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Wagner
rendu par

LE JUGE MOLDAVER —

I. Introduction

[1] Au Canada, la réglementation des actions, obligations et autres valeurs mobilières incombe au premier chef à chacune des provinces et à chacun des territoires. Or, de nos jours, les marchés financiers transcendent les frontières provinciales et territoriales. Les provinces et les territoires ont donc adopté ces dernières années des mesures visant à harmoniser leurs dispositions en la matière et à accroître la collaboration entre leurs organismes de réglementation respectifs.

[2] À l’instar de ses homologues provinciales et territoriales, la British Columbia Securities Commission (la « Commission »), est désormais habilitée à engager une instance dans l’intérêt public contre la personne qui, notamment, consent par voie de règlement avec l’organisme de réglementation des valeurs mobilières d’un autre ressort à faire l’objet d’une mesure réglementaire (voir l’al. 161(6)d) de la *Securities Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 418). On parle dans le milieu d’« instance secondaire », celle-ci se greffant à la démarche d’un autre ressort. Sauf quelques exceptions, [TRADUCTION] « est irrecevable l’instance [secondaire ou autre] engagée sous le régime de la [Loi] plus de 6 ans après l’événement qui y donne lieu » (art. 159).

[3] At issue in this appeal is whether, for purposes of s. 161(6)(d), “the events” that trigger the six-year limitation period in s. 159 are (i) the underlying misconduct that gave rise to the settlement agreement or (ii) the settlement agreement itself. The Commission takes the position that the settlement agreement is the triggering event. On that basis, it commenced secondary proceedings against the appellant after she entered into a settlement agreement with another regulator, even though the underlying misconduct referred to in that agreement occurred roughly nine years earlier. Had the Commission adopted the alternative interpretation, as the appellant argues it should have, the secondary proceeding would have been commenced outside the six-year limitation period and thus been statute-barred.

[4] Applying the governing standard of review, which I consider to be reasonableness, I am satisfied that the Commission’s interpretation is a reasonable construction of the relevant statutory language. Significantly, the Commission’s conclusion supports the legislative objective of facilitating interjurisdictional cooperation in secondary proceedings and does so without undercutting the crucial role of limitation periods. Accordingly, I see no reason to interfere and would dismiss the appeal.

II. Facts

A. *The Primary Investigation and The Settlement Agreement*

[5] The facts are straightforward and undisputed. From March 1996 to June 2001, the appellant, Patricia McLean, served as a director of Hucamp Mines Ltd., a reporting issuer registered in Ontario under the *Securities Act*, R.S.O. 1990, c. S.5. Beginning in July 2001, the appellant began cooperating with the Ontario Securities Commission (“OSC”) in respect of “certain possible improper actions at Hucamp” (Settlement Agreement Between OSC Staff and Patricia McLean, at para. 63 (A.R., at p. 45)). The particulars of the alleged misconduct are not relevant, but the timing is — the allegations pertain to conduct that occurred in 2001 or earlier.

[3] Nous sommes appelés à décider si, pour l’application de l’al. 161(6)d), « l’événement » qui fait courir le délai de prescription de six ans prévu à l’art. 159 s’entend (i) de l’inconduite qui est à l’origine du règlement ou (ii) du règlement lui-même. La Commission soutient qu’il s’agit du règlement lui-même. C’est pourquoi elle a engagé une instance secondaire contre l’appelante après que cette dernière a conclu un règlement avec un autre organisme de réglementation, et ce, même si l’inconduite en cause avait eu lieu quelque neuf ans auparavant. Suivant l’interprétation préconisée par l’appelante, la Commission a agi après l’expiration du délai de six ans et il y avait donc prescription.

[4] Au regard de la norme de contrôle applicable — celle de la raisonabilité selon moi —, je suis convaincu que la Commission interprète raisonnablement le libellé de la disposition législative en cause. Qui plus est, sa conclusion va dans le sens de l’objectif législatif de faciliter la coopération intergouvernementale en matière d’instances secondaires, et ce, sans compromettre la fonction essentielle du délai de prescription. Par conséquent, je ne vois aucune raison de réformer la décision et suis d’avis de rejeter le pourvoi.

II. Les faits

A. *L’enquête principale et le règlement*

[5] Les faits sont simples et incontestés. De mars 1996 à juin 2001, l’appelante, Patricia McLean, a siégé au conseil d’administration de Hucamp Mines Ltd., un émetteur assujéti inscrit en Ontario sous le régime de la *Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.O. 1990, ch. S.5. En juillet 2001, elle a entrepris de coopérer avec la Commission des valeurs mobilières de l’Ontario (« CVMO ») relativement à [TRADUCTION] « certaines irrégularités possibles chez Hucamp » (règlement entre le personnel de la CVMO et Patricia McLean, par. 63 (d.a., p. 45)). Le détail de l’inconduite alléguée importe peu, mais pas le moment où elle aurait eu lieu, soit, selon les allégations, au plus tard en 2001.

[6] On July 11, 2005, the OSC announced that it would hold a hearing under its public interest powers to sanction the appellant and certain others for their alleged misconduct at Hucamp; see *Securities Act*, ss. 127 and 127.1. Such powers, which exist in each of the provincial and territorial statutes, confer a “very wide discretion” to make whatever orders the OSC considers to be in the public interest (*Committee for the Equal Treatment of Asbestos Minority Shareholders v. Ontario (Securities Commission)*, 2001 SCC 37, [2001] 2 S.C.R. 132, at para. 39).

[7] Three years later, on September 8, 2008, the appellant entered into a settlement agreement with the OSC staff wherein she “consent[ed] to the making of [such] an order against her” (Settlement Agreement, at para. 2 (A.R., at p. 33)). On the same day, the OSC approved the settlement agreement and issued the agreed-upon order (*McLean (Re)*, 2008 LNONOSC 660, 31 O.S.C.B. 8734).

[8] In its pertinent parts, the OSC order barred the appellant for five years from trading in securities (with some exceptions) and banned her for ten years from acting as an officer or director of certain entities registered under the Ontario *Securities Act*. By virtue of the OSC’s provincial jurisdiction, the reach of these sanctions did not extend beyond Ontario’s borders. No one challenges the propriety of the OSC’s order.

B. *The Secondary Investigation and the B.C. Order*

[9] All was quiet for the next 15 months — until January 14, 2010 to be exact — when the appellant was notified by the Executive Director of the B.C. Securities Commission (the respondent) that he was applying to the Commission under s. 161(1) of the *Act* for a “public interest” order against her based on s. 161(6)(d). For present purposes, the relevant aspects of those provisions are as follows:

[6] Le 11 juillet 2005, la CVMO a annoncé qu’elle tiendrait une audience en vue d’exercer son pouvoir, fondé sur l’intérêt public, de sanctionner l’appelante et d’autres personnes pour leur inconduite alléguée chez Hucamp; voir les art. 127 et 127.1 de la *Loi sur les valeurs mobilières*. Ce pouvoir accordé par toutes les lois provinciales et territoriales en la matière confère à la CVMO le « très vaste pouvoir discrétionnaire » de rendre toute ordonnance qu’elle estime être dans l’intérêt public (*Comité pour le traitement égal des actionnaires minoritaires de la Société Asbestos Ltée c. Ontario (Commission des valeurs mobilières)*, 2001 CSC 37, [2001] 2 R.C.S. 132, par. 39).

[7] Trois ans plus tard, soit le 8 septembre 2008, dans un règlement intervenu avec le personnel de la CVMO, l’appelante [TRADUCTION] « [a] consent[i] à ce qu’une [telle] ordonnance soit rendue contre elle » (règlement, par. 2 (d.a., p. 33)). Le même jour, la CVMO a approuvé le règlement et rendu l’ordonnance convenue (*McLean (Re)*, 2008 LNONOSC 660, 31 O.S.C.B. 8734).

[8] Dans ses passages pertinents, l’ordonnance de la CVMO interdit à l’appelante de réaliser toute opération sur valeurs mobilières pendant cinq ans (sauf quelques exceptions) et d’occuper le poste de dirigeante ou d’administratrice de certaines entreprises inscrites sous le régime de la *Loi sur les valeurs mobilières* de l’Ontario pendant dix ans. Étant donné la portée provinciale du pouvoir de la CVMO, ces sanctions ne s’appliquaient pas au-delà des frontières ontariennes. Cependant, nul ne conteste la validité de l’ordonnance de la CVMO.

B. *L’enquête secondaire et l’ordonnance de la C.-B.*

[9] L’affaire n’a connu aucun rebondissement au cours des 15 mois qui ont suivi, soit jusqu’au 14 janvier 2010 pour être exact, lorsque le directeur général de la Commission (l’intimé) a fait savoir à l’appelante qu’il demanderait à la Commission de rendre à son encontre l’ordonnance d’« intérêt public » visée au par. 161(1) de la *Loi* sur le fondement de l’al. 161(6)d). Les passages pertinents de ces dispositions sont les suivants :

[TRADUCTION]

159 [Limitation Period] Proceedings under this Act, other than an action referred to in section 140, must not be commenced more than 6 years after the date of the events that give rise to the proceedings.

. . .

161 (1) [Enforcement Orders] If the commission or the executive director considers it to be in the public interest, the commission or the executive director, after a hearing, may order one or more of the following:

. . .

(b) that

. . .

(ii) the person or persons named in the order, . . .

. . .

cease trading in, or be prohibited from purchasing, any securities or exchange contracts, a specified security or exchange contract or a specified class of securities or class of exchange contracts;

. . .

(d) that a person

(i) resign any position that the person holds as a director or officer of an issuer or registrant,

(ii) is prohibited from becoming or acting as a director or officer of any issuer or registrant,

. . .

(6) The commission or the executive director may, after providing an opportunity to be heard, make an order under subsection (1) in respect of a person if the person

159 [Délai de prescription] Sauf celle visée à l'article 140, est irrecevable l'instance engagée sous le régime de la présente loi plus de 6 ans après l'événement qui y donne lieu.

. . .

161 (1) [Ordonnance d'exécution] Lorsqu'ils estiment dans l'intérêt public de le faire, la Commission ou le directeur général peuvent, après la tenue d'une audience, ordonner :

. . .

b) que

. . .

(ii) la ou les personnes nommées dans l'ordonnance . . .

. . .

cessent de réaliser des opérations sur valeurs mobilières ou d'acquérir des valeurs mobilières ou des contrats de change, une valeur mobilière donnée ou un contrat de change donné, ou encore, une catégorie précise de valeurs mobilières ou de contrats de change;

. . .

d) qu'une personne

(i) démissionne de son poste d'administrateur ou de dirigeant d'un émetteur ou d'une personne inscrite,

(ii) ne puisse plus devenir administrateur ou dirigeant d'un émetteur ou d'une personne inscrite,

. . .

(6) La Commission ou le directeur général peuvent, après avoir donné aux parties la possibilité de se faire entendre, rendre sur le fondement du paragraphe (1) une ordonnance visant une personne :

(a) has been convicted in Canada or elsewhere of an offence

(i) arising from a transaction, business or course of conduct related to securities or exchange contracts, or

(ii) under the laws of the jurisdiction respecting trading in securities or exchange contracts,

(b) has been found by a court in Canada or elsewhere to have contravened the laws of the jurisdiction respecting trading in securities or exchange contracts,

(c) is subject to an order made by a securities regulatory authority, a self regulatory body or an exchange, in Canada or elsewhere, imposing sanctions, conditions, restrictions or requirements on the person, or

(d) has agreed with a securities regulatory authority, a self regulatory body or an exchange, in Canada or elsewhere, to be subject to sanctions, conditions, restrictions or requirements.

[10] In asserting that it had authority to make an order under s. 161(1) based on s. 161(6)(d), the Commission relied on the appellant's settlement agreement with the OSC. And thus began the present case.

[11] There is no dispute that had the Commission proceeded *solely* under s. 161(1), the proceeding would have run afoul of s. 159. The respondent accepts that the six-year limitation period in s. 159 as applied to s. 161(1) alone begins to run from "the last event in the series of events which form the course of conduct" sanctioned by the order (R.F., at para. 79, citing *Heidary (Re)*, 2000 LNONOSC 79, 23 O.S.C.B. 959, at p. 961). By January 2010, it had been almost nine years since the last event described in the settlement agreement.

[12] The question in this case is whether the same conclusion holds true for secondary proceedings initiated using s. 161(6)(d). If it does, as the appellant contends, the Commission's order must be set aside for the same reason that an order based on

a) déclarée coupable, au Canada ou à l'étranger :

(i) d'une infraction découlant d'une opération, d'une activité ou d'une conduite liée à des valeurs mobilières ou à des contrats de change, ou

(ii) d'une infraction à la législation du ressort en matière d'opérations sur valeurs mobilières ou sur contrats de change;

b) qu'un tribunal canadien ou étranger a jugée coupable d'une contravention à la législation du ressort en matière d'opérations sur valeurs mobilières ou sur contrats de change;

c) qui fait l'objet d'une ordonnance rendue par un organisme de réglementation des valeurs mobilières, un organisme d'autorégulation ou une bourse, au Canada ou à l'étranger, lui imposant des sanctions, des conditions, des restrictions ou des exigences;

d) qui a convenu avec un organisme de réglementation des valeurs mobilières, un organisme d'autorégulation ou une bourse, au Canada ou à l'étranger, de faire l'objet de sanctions, de conditions, de restrictions ou d'exigences.

[10] La Commission a invoqué le règlement intervenu entre l'appelante et la CVMO comme fondement de son pouvoir de rendre l'ordonnance visée au par. 161(1) en application de l'al. 161(6)d). C'est ainsi qu'est né le présent litige.

[11] Nul ne conteste que si la Commission avait invoqué *uniquement* le par. 161(1), l'instance aurait contrevenu à l'art. 159. L'intimé reconnaît en effet que, dans le cas du seul par. 161(1), le délai de prescription de six ans prévu à l'art. 159 commence à courir à partir du [TRADUCTION] « dernier des événements qui constituent la conduite » sanctionnée par l'ordonnance (m.i., par. 79, citant *Heidary (Re)*, 2000 LNONOSC 79, 23 O.S.C.B. 959, p. 961). Or, en janvier 2010, il s'était écoulé près de neuf ans depuis le dernier événement mentionné dans le règlement.

[12] La question qui se pose en l'espèce est celle de savoir si la même conclusion vaut pour l'instance secondaire engagée aux termes de l'al. 161(6)d). Si tel est le cas, comme le prétend l'appelante, l'ordonnance de la Commission doit être annulée pour la

s. 161(1) alone would be — it had been almost nine years after the last event described in the settlement agreement and three years beyond the requisite limitation period. If, however, the clock under s. 161(6)(d) starts running on the date of the settlement agreement referred to in that provision, as the Commission concluded, the Commission’s order must stand because the proceeding was commenced well within the six-year window prescribed by s. 159.

III. Proceedings Below

A. *British Columbia Securities Commission, 2010 BCSECCOM 262 (CanLII)*

[13] After receiving notice of the secondary proceeding, the appellant “made extensive written submissions on the limitation period issue” to the Commission arguing that it lacked authority to make an order against her by virtue of s. 159 (A.F., at para. 10). She raised no other issues or arguments.

[14] The Commission implicitly rejected the appellant’s limitations argument by issuing what it termed a “reciprocal order” that was substantially identical to the OSC order. In particular, the Commission barred the appellant from trading in securities under s. 161(1)(b) (except for those trades permitted under the OSC order) and prohibited her from acting as an officer or director of certain entities registered under the *Act* under s. 161(1)(d)(i) and (ii). The prohibitions expired on the same day as the OSC order — that is, five years and ten years, respectively, from September 8, 2008.

[15] As a consequence of the twin orders from the Ontario and B.C. Commissions, the appellant was prohibited from engaging in substantially identical conduct in both Ontario and British Columbia for identical periods of time.

même raison que le serait une ordonnance fondée sur le seul par. 161(1), à savoir que près de neuf ans se sont écoulés depuis le dernier événement mentionné dans le règlement, soit trois de plus que le délai de prescription prévu. Toutefois, si comme le conclut la Commission, pour les besoins de l’al. 161(6)d), le délai commence à courir le jour du règlement auquel renvoie la disposition, l’ordonnance doit être confirmée puisque l’instance a été introduite bien avant l’expiration du délai de six ans imparti à l’art. 159.

III. Les décisions des juridictions inférieures

A. *British Columbia Securities Commission, 2010 BCSECCOM 262 (CanLII)*

[13] Une fois informée de l’instance secondaire, l’appelante [TRADUCTION] « a présenté [à la Commission], au sujet du délai de prescription, des observations écrites détaillées » dans lesquelles elle prétendait que l’organisme n’avait pas le pouvoir de rendre une ordonnance contre elle en raison de l’art. 159 (m.a., par. 10). Elle n’a pas soulevé d’autres questions, ni formulé d’autres prétentions.

[14] La Commission a implicitement rejeté la thèse de la prescription avancée par l’appelante en rendant ce qu’elle a appelé une [TRADUCTION] « ordonnance réciproque » et qui était essentiellement identique à l’ordonnance de la CVMO. La Commission interdisait notamment à l’appelante, suivant l’al. 161(1)b), de réaliser des opérations sur valeurs mobilières (sauf celles autorisées dans l’ordonnance de la CVMO) et, suivant les sous-al. 161(1)d)(i) et (ii), d’occuper le poste de dirigeante ou d’administratrice de certaines entreprises sous le régime de la *Loi*. Les interdictions prenaient fin le même jour que celles faites dans l’ordonnance de la CVMO, soit respectivement cinq ans et dix ans après le 8 septembre 2008.

[15] Avec le prononcé des ordonnances jumelles en Ontario et en Colombie-Britannique, l’appelante se voyait interdire essentiellement les mêmes actes dans les deux provinces, pendant les mêmes périodes.

B. *British Columbia Court of Appeal, 2011 BCCA 455, 312 B.C.A.C. 288*

[16] On appeal, the appellant reiterated her limitations argument. The B.C. Court of Appeal concluded that “generally the interpretation of a limitation period provision in a statute by an administrative tribunal will engage the standard of correctness” (para. 15). Applying that standard, it nonetheless found in favour of the Commission. On a “plain reading”, the court concluded that “although the acts which gave rise to the Ontario proceedings obviously occurred before the agreement was made, the event that gave rise to the [B.C.] proceedings under s. 161(6)(d) was the agreement in Ontario” (para. 20). The interpretation put forward by the appellant “would eliminate the effective operation of s. 161(6)(d) which cannot have been the intention of the Legislature” (*ibid.*).

[17] The appellant also challenged the Commission’s failure to give reasons for its order, both as to the limitation period and as to why the order was in the public interest. As regards the limitation argument, the court held that “although it might have been of assistance” had the Commission given reasons for its interpretation of s. 159, reasons were not essential because the question was one of law reviewable on a standard of correctness (para. 27). With respect to the order being in the public interest, the court concluded that “the complete absence of reasons makes appellate review of the public interest aspect of the decision and the sanctions imposed impossible” (para. 30). Hence, the court remitted the matter to the Commission for a “brief explanation” (para. 31). The Commission subsequently provided such an explanation (2012 BCSECCOM 50 (CanLII)), and that aspect of its decision is not challenged before this Court.

IV. Issues

[18] At issue in this appeal is the proper interpretation of the limitation period in s. 159 as it relates to public interest orders made under s. 161(6)(d) of the *Act*. The following two questions arise:

B. *Cour d’appel de la Colombie-Britannique, 2011 BCCA 455, 312 B.C.A.C. 288*

[16] L’appelante a de nouveau allégué la prescription devant la Cour d’appel de la C.-B., qui a conclu que [TRADUCTION] « l’interprétation d’un délai de prescription légal par un tribunal administratif commande généralement l’application de la norme de la décision correcte » (par. 15). Au regard de cette norme, elle a néanmoins tranché en faveur de la Commission. Selon le « sens ordinaire » des termes employés par le législateur, la Cour d’appel estime que « même si les actes qui ont donné lieu à l’instance en Ontario se sont évidemment produits avant le règlement, l’événement qui a donné lieu à l’instance [en C.-B.] suivant l’al. 161(6)d) était le règlement en Ontario » (par. 20). À son avis, l’interprétation préconisée par l’appelante « empêcherait dans les faits l’application de l’al. 161(6)d), ce qui ne saurait être l’intention du législateur » (*ibid.*).

[17] L’appelante a également reproché à la Commission son omission de motiver l’ordonnance tant en ce qui concerne le respect du délai de prescription que le prononcé de l’ordonnance dans l’intérêt public. S’agissant de la prescription, la Cour d’appel statue que [TRADUCTION] « bien qu’il eût été utile » que la Commission motive son interprétation de l’art. 159, ce n’était pas essentiel puisqu’il s’agissait d’une décision sur une question de droit susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte (par. 27). Quant à savoir si l’ordonnance servait l’intérêt public, elle opine que « l’absence de tout motif empêche d’examiner en appel si la décision et les sanctions sont dans l’intérêt public » (par. 30). Elle renvoie donc l’affaire à la Commission en vue d’obtenir une « brève explication » (par. 31) — que la Commission lui a subséquemment fournie (2012 BCSECCOM 50 (CanLII)) —, et ce volet de sa décision n’est pas contesté devant notre Cour.

IV. Questions en litige

[18] Le pourvoi a pour objet la juste interprétation du délai de prescription prévu à l’art. 159 lorsqu’il s’applique à l’ordonnance d’intérêt public rendue aux termes de l’al. 161(6)d) de la *Loi*, ce qui soulève deux questions :

- (1) What is the standard of review for the Commission's interpretation of s. 159 as it applies to s. 161(6)(d)?
- (2) Having regard to the applicable standard of review, is there any basis to interfere with the Commission's interpretation?

V. Analysis

A. *Standard of Review*

- (1) The Presumption of Reasonableness Review for Home Statutes

[19] As noted, the Court of Appeal was of the view that the standard of review was correctness. Before this Court, the parties and the intervener, the OSC, disagreed on that issue. For the reasons that follow, I am satisfied that the standard of review is reasonableness.

[20] Before turning to my analysis, I pause to note that the standard of review debate is one that generates strong opinions on all sides, especially in the recent jurisprudence of this Court. However, the analysis that follows is based on this Court's existing jurisprudence — and it is designed to bring a measure of predictability and clarity to that framework.¹

[21] Since *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, this Court has repeatedly underscored that “[d]eference will usually result where a tribunal is interpreting its own statute or statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity” (para. 54).² Recently, in an attempt to further simplify matters, this Court held that an administrative decision

1 For a critique of the present framework, see M. Teplitsky, “Standard of review of administrative adjudication: ‘What a tangled web we weave . . .’” (2013), *Advocates’ Soc. J.* 3.

2 Although technically a statutory appeal and not an application for judicial review, general administrative law principles still apply (*Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557, at pp. 591-92 and 598-99; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 SCC 19, [2003] 1 S.C.R. 226, at para. 21).

- (1) Quelle est la norme de contrôle applicable à la décision de la Commission concernant l’interprétation de l’art. 159 en liaison avec l’al. 161(6)d)?
- (2) Compte tenu de la norme de contrôle applicable, y a-t-il lieu de reformer la décision de la Commission?

V. Analyse

A. *La norme de contrôle*

- (1) Présomption d’application de la norme de la raisonabilité à la loi constitutive

[19] Comme je l’indique précédemment, la Cour d’appel estime que la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte. Devant notre Cour, les parties et l’intervenante la CVMO sont partagées sur ce point. Pour les motifs qui suivent, je suis convaincu que la bonne norme de contrôle est celle de la raisonabilité.

[20] Mais avant de passer à l’analyse, je signale que le débat sur les normes de contrôle donne lieu à des opinions bien tranchées, particulièrement dans les arrêts récents de notre Cour. L’analyse qui suit prend toutefois appui sur la jurisprudence actuelle de notre Cour et vise à favoriser la prévisibilité et la clarté en la matière¹.

[21] Depuis l’arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, notre Cour a maintes fois rappelé que « [l]orsqu’un tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie, la déférence est habituellement de mise » (par. 54)². Récemment, dans un souci de simplicité accrue, notre

1 Pour une critique du cadre actuel, voir M. Teplitsky, « Standard of review of administrative adjudication : ‘What a tangled web we weave . . .’ » (2013), *J. plaideurs* 3.

2 Bien que le présent pourvoi constitue, à proprement parler, un appel prévu par la loi et non une demande de contrôle judiciaire, les principes généraux de droit administratif s’appliquent tout de même (*Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557, p. 591-592 et 598-599; *Dr. Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 CSC 19, [2003] 1 R.C.S. 226, par. 21).

maker’s interpretation of its home or closely-connected statutes “should be presumed to be a question of statutory interpretation subject to deference on judicial review” (*Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers’ Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at para. 34).

[22] The presumption endorsed in *Alberta Teachers*, however, is not carved in stone. First, this Court has long recognized that certain categories of questions — even when they involve the interpretation of a home statute — warrant review on a correctness standard (*Dunsmuir*, at paras. 58-61). Second, we have also said that a contextual analysis may “rebut the presumption of reasonableness review for questions involving the interpretation of the home statute” (*Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283, at para. 16). The appellant follows both these routes in urging us to accept a correctness standard. I propose to deal with her second argument first as it can be dispensed with quickly.

(2) The Presumption of Reasonableness Review Is Not Rebutted

[23] The appellant contends that the presumption of reasonableness review has been rebutted. She relies on our recent decision in *Rogers*, where we held that a correctness standard was appropriate because of a statutory scheme under which both an administrative tribunal and the courts had concurrent jurisdiction at first instance in interpreting the relevant statute.

[24] This case is different. As Rothstein J. made clear in *Rogers*, it was the fact that both the tribunal and the courts “may each have [had] to consider the same legal question at first instance” that “rebutt[ed] the presumption of reasonableness review” (para. 15 (emphasis added)). Here, the legal question is the interpretation of s. 159 as it applies to s. 161(6)(d)

Cour a statué qu’« il convient de présumer que l’interprétation par un tribunal administratif de “sa propre loi constitutive ou [d’]une loi étroitement liée” [. . .] est une question d’interprétation législative commandant la déférence en cas de contrôle judiciaire » (*Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers’ Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, par. 34).

[22] Or, la présomption adoptée dans *Alberta Teachers* n’est pas immuable. D’abord, notre Cour reconnaît depuis longtemps que certaines catégories de questions, même lorsqu’elles emportent l’interprétation d’une loi constitutive, sont susceptibles de contrôle selon la norme de la décision correcte (*Dunsmuir*, par. 58-61). Ensuite, elle affirme également qu’une analyse contextuelle peut « écarter la présomption d’assujettissement à la norme de la raisonabilité de la décision qui résulte d’une interprétation de la loi constitutive » (*Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283, par. 16). L’appelante emprunte les deux avenues pour nous presser d’appliquer la norme de la décision correcte. Je propose d’examiner d’abord sa deuxième prétention puisqu’elle peut être écartée rapidement.

(2) Non-réfutation de la présomption d’application de la norme de la raisonabilité

[23] L’appelante prétend que la présomption d’application de la norme de la raisonabilité est réfutée. Elle s’appuie sur le récent arrêt *Rogers*, où notre Cour conclut qu’il convient d’appliquer la norme de la décision correcte étant donné que, suivant le régime législatif en cause, tant un tribunal administratif qu’une cour de justice ont compétence concurrente en première instance pour interpréter la loi applicable.

[24] Or, la présente affaire est différente. Comme le dit clairement le juge Rothstein dans l’arrêt *Rogers*, le fait qu’un tribunal administratif et une cour de justice « peuvent être respectivement appelé[s] à statuer en première instance sur un même point de droit [. . .] a pour effet d’écarter la présomption selon laquelle la décision [. . .]

— and it is *solely* the Commission that is tasked with considering that matter in the first instance. Accordingly, there is no possibility of conflicting interpretations with respect to the question actually at issue. The logic of *Rogers* is thus inapplicable.

(3) The Question Does Not Fall Into an Exceptional Category

[25] I return then to the appellant’s first argument — that the question presented falls into an exceptional category warranting “correctness” review. Post-*Dunsmuir*, it has become fashionable for counsel to argue that the question before an administrative decision maker falls into one of the few recognized exceptional categories. One wave of cases focuses on whether the question raised is a “true” question of *vires* or jurisdiction; see *Alberta Teachers*, at paras. 37-38 (citing various cases). In that case, the Court expressed serious reservations about whether such questions can be distinguished as a separate category of questions of law, but ultimately left the door open to the possibility (para. 34).³

[26] A second wave — the one which the appellant now rides — focuses on “general questions of law that are both of central importance to the legal system as a whole and outside the adjudicator’s specialized area of expertise” (*Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471 (“*Mowat*”), at para. 22, referring to *Dunsmuir*, at para. 60); see also *Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616; *Communications, Energy and Paperworkers*

³ I note that the U.S. Supreme Court has recently shut this door; see *City of Arlington, Texas v. Federal Communications Commission*, 133 S. Ct. 1863 (2013) (“the distinction between ‘jurisdictional’ and ‘nonjurisdictional’ interpretations is a mirage” because “a separate category of ‘jurisdictional’ interpretations does not exist” (pp. 1868 and 1874)).

est assujettie à la norme de la raisonnable » (par. 15 (je souligne)). En l’espèce, le point de droit réside dans l’interprétation de l’art. 159 eu égard à son application à l’al. 161(6)d), et son examen en première instance ressortit *seulement* à la Commission. Il est donc impossible que la question en litige donne lieu à des interprétations divergentes, de sorte que le raisonnement qui sous-tend *Rogers* ne vaut pas.

(3) Non-appartenance de la question à une catégorie exceptionnelle

[25] Je reviens maintenant à la première prétention de l’appelante, à savoir que la question en litige appartient à une catégorie exceptionnelle qui justifie l’application de la norme de la « décision correcte ». Depuis l’arrêt *Dunsmuir*, les avocats font couramment valoir que la question soumise à un décideur administratif appartient à l’une des quelques catégories exceptionnelles reconnues. Une première vague jurisprudentielle s’attache à la question de savoir s’il s’agit d’une question touchant « véritablement » à la compétence; voir *Alberta Teachers*, par. 37-38 (citant diverses décisions). Dans cet arrêt, la Cour dit douter sérieusement que la question appartienne à une catégorie distincte de questions de droit, mais elle admet finalement que ce puisse être le cas (par. 34).³

[26] Une deuxième vague jurisprudentielle — sur laquelle surfe maintenant l’appelante — s’attache aux « questions de droit générales qui revêtent une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et qui sont étrangères au domaine d’expertise de l’organisme juridictionnel » (*Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471 (« *Mowat* »), par. 22, renvoyant à *Dunsmuir*, par. 60); voir également *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011]

³ Signalons que la Cour suprême des É.-U. a récemment exclu cette possibilité; voir *City of Arlington, Texas c. Federal Communications Commission*, 133 S. Ct. 1863 (2013) ([TRADUCTION] « la distinction entre l’interprétation qui touche à la compétence et celle qui n’y touche pas est illusoire », car il n’existe pas de « catégorie distincte d’interprétations touchant à la compétence » (p. 1868 et 1874)).

Union of Canada, Local 30 v. Irving Pulp & Paper, Ltd., 2013 SCC 34, [2013] 2 S.C.R. 458. In each of these cases, this Court unanimously found that the question presented did not fall into this exceptional category — and I would do so again here.

[27] The logic underlying the “general question” exception is simple. As Bastarache and LeBel JJ. explained in *Dunsmuir*, “[b]ecause of their impact on the administration of justice as a whole, such questions require uniform and consistent answers” (para. 60). Or, as LeBel and Cromwell JJ. put it in *Mowat*, correctness review for such questions “safeguard[s] a basic consistency in the fundamental legal order of our country” (para. 22).

[28] Here, the appellant’s arguments in support of her contention that this case falls into the general question category fail for three reasons. First, although I agree that limitation periods, as a conceptual matter, are *generally* of central importance to the fair administration of justice, it does not follow that the Commission’s interpretation of *this* limitation period must be reviewed for its correctness. The meaning of “the events” in s. 159 is a nuts-and-bolts question of statutory interpretation confined to a particular context. Indeed, the arguably complex legal doctrines such as discoverability that the appellant says demand correctness review (see A.R.F., at para. 9) have been specifically *excluded* from any application to s. 159. The appellant recognizes this fact elsewhere in her submissions (A.F., at para. 25, citing *British Columbia Securities Commission v. Bapty*, 2006 BCSC 638 (CanLII), at para. 28). Accordingly, there is no question of law of central importance to the legal system as a whole, let alone one that falls outside the Commission’s specialized area of expertise.

3 R.C.S. 616; *Syndicat canadien des communications, de l’énergie et du papier, section locale 30 c. Pâtes & Papier Irving, Ltée*, 2013 CSC 34, [2013] 2 R.C.S. 458. Dans chacun de ces arrêts, notre Cour conclut unanimement que la question soulevée n’appartient pas à cette catégorie exceptionnelle et, en l’espèce, je suis enclin à faire de même.

[27] Le raisonnement qui sous-tend l’exception prévue à l’égard de la « question de droit générale » est simple. Comme l’expliquent les juges Bastarache et LeBel dans *Dunsmuir*, « [p]areille question doit être tranchée de manière uniforme et cohérente étant donné ses répercussions sur l’administration de la justice dans son ensemble » (par. 60). Autrement dit, comme le précisent les juges LeBel et Cromwell dans *Mowat*, cette question est assujettie à la norme de la décision correcte « dans un souci de cohérence de l’ordre juridique fondamental du pays » (par. 22).

[28] Toutefois, les arguments invoqués par l’appelante pour soutenir que la question considérée en l’espèce appartient à la catégorie des questions de droit générales ne peuvent être retenus, et ce, pour trois raisons. Premièrement, même si je conviens que, sur le plan théorique, les délais de prescription revêtent *généralement* une importance capitale aux fins d’une saine administration de la justice, il ne s’ensuit pas que l’interprétation par la Commission du délai applicable *en l’espèce* doit être contrôlée selon la norme de la décision correcte. Ainsi, le sens du terme « l’événement » employé à l’art. 159 constitue un point technique d’interprétation législative dans un contexte très précis. En effet, les notions juridiques que l’on peut qualifier de complexes (telle la possibilité de découvrir le préjudice) et qui, selon l’appelante, commandent la norme de la décision correcte (voir m.r.a., par. 9) sont expressément *exclues* aux fins de l’application de l’art. 159. L’appelante le reconnaît dans d’autres éléments de sa plaidoirie (m.a., par. 25, citant *British Columbia Securities Commission c. Bapty*, 2006 BCSC 638 (CanLII), par. 28). Par conséquent, il n’y a pas de question de droit qui revêt une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble, et encore moins de question qui est étrangère au domaine d’expertise de la Commission.

[29] Second, while it is true that reasonableness review in this context necessarily entails the possibility that other provincial and territorial securities commissions may arrive at different interpretations of their own statutory limitation periods, I cannot agree that such a result provides a basis for correctness review — and thus judicially mandated “consisten[cy] . . . across the country” (A.R.F., at para. 13). No one disputes that each of the provincial and territorial legislatures can enact entirely different limitation periods. Indeed, one of them has; see Manitoba’s *Securities Act*, C.C.S.M., c. S50, s. 137 (providing an eight-year period, instead of the six-year norm). By the same token, it may be the case that provincial and territorial securities regulators come to differing (but nonetheless reasonable) interpretations of those limitation periods (though that has yet to occur). If there is a problem with such a hypothetical outcome, it is a function of our Constitution’s federalist structure — not the administrative law standards of review.

[30] Third, and most significantly, the problem with the appellant’s argument is her narrow view of the Commission’s expertise. In particular, the appellant argues that limitation periods “are not in themselves part of substantive securities regulation, the area of the [Commission’s] specialised expertise” (A.R.F., at para. 9). The argument presupposes a neat division between what one might call a “lawyer’s question” and a “bureaucrat’s question”. The logic seems to be that because the meaning of “the events” in s. 159 cannot possibly require any great technical expertise — there is, after all, no specialized “bureaucratese” to interpret — why should the matter be left to the Commission?

[31] While such a view may have carried some weight in the past, that is no longer the case. The modern approach to judicial review recognizes that courts “may not be as well qualified as a given agency to provide interpretations of that agency’s constitutive statute that make sense given the broad policy

[29] Deuxièmement, il est vrai que l’application de la norme de la raisonabilité dans ce contexte suppose forcément que d’autres commissions provinciales ou territoriales des valeurs mobilières puissent interpréter différemment leurs dispositions établissant un délai de prescription. Mais je ne saurais convenir qu’une telle éventualité justifie l’application de la norme de la décision correcte et, par conséquent, une [TRADUCTION] « uniformité [imposée par les tribunaux] à la grandeur du pays » (m.r.a., par. 13). Nul ne conteste qu’un législateur provincial ou territorial peut prévoir un délai de prescription différent de ceux applicables dans les autres ressorts. C’est d’ailleurs ce que fait l’un d’eux; voir l’art. 137 de la *Loi sur les valeurs mobilières* du Manitoba, C.P.L.M., ch. S50 (délai de huit ans au lieu des six ans habituels). Dans le même ordre d’idées, il se peut que les organismes provinciaux et territoriaux de réglementation des valeurs mobilières interprètent différemment (mais raisonnablement) ces délais de prescription (même si ce n’est encore jamais arrivé). Toute difficulté liée à ce risque éventuel tient à notre Constitution de type fédéral, et non aux normes de contrôle en droit administratif.

[30] Troisièmement, la principale faille de l’argumentaire de l’appelante réside dans la conception étroite de l’expertise de la Commission qui le sous-tend. L’appelante prétend notamment que le délai de prescription [TRADUCTION] « ne fait pas partie en soi des dispositions substantielles sur les valeurs mobilières et échappe au domaine d’expertise de la [Commission] » (m.r.a., par. 9). Or, le bien-fondé de sa prétention suppose une distinction nette entre ce qui relève du juriste et ce qui relève du fonctionnaire. Parce que l’interprétation du terme « l’événement » employé à l’art. 159 ne saurait exiger de grandes connaissances d’ordre technique — après tout, il ne s’agit pas d’un terme « administratif » —, il semble logique de se demander pourquoi il faudrait confier à la Commission la tâche d’en déterminer le sens.

[31] Bien qu’un tel point de vue ait pu avoir un certain fondement dans le passé, ce n’est plus le cas. L’approche moderne en matière de contrôle judiciaire reconnaît qu’une cour de justice « [n’est] peut-être pas aussi bien qualifié[e] qu’un organisme administratif déterminé pour donner à la loi

context within which that agency must work” (*National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, at p. 1336, *per* Wilson J.; see also *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650, at para. 92; *Mowat*, at para. 25).

[32] In plain terms, because legislatures do not always speak clearly and because the tools of statutory interpretation do not always guarantee a single clear answer, legislative provisions will on occasion be susceptible to multiple *reasonable* interpretations (*Dunsmuir*, at para. 47; see also *Construction Labour Relations v. Driver Iron Inc.*, 2012 SCC 65, [2012] 3 S.C.R. 405). Indeed, that is the case here, as I will explain in a moment. The question that arises, then, is *who gets to decide among these competing reasonable interpretations?*

[33] The answer, as this Court has repeatedly indicated since *Dunsmuir*, is that the resolution of unclear language in an administrative decision maker’s home statute is usually best left to the decision maker. That is so because the choice between multiple reasonable interpretations will often involve policy considerations that we presume the legislature desired *the administrative decision maker* — not the courts — to make. Indeed, the exercise of that interpretative discretion is part of an administrative decision maker’s “expertise”.

B. *The Commission’s Interpretation of Section 159 Was Reasonable*

(1) Overview

(a) *The Appellant’s Position*

[34] In a nutshell, the appellant argues that s. 161(6) merely “codifies the [Commission’s] already-existing ability to rely on convictions, findings, orders, or agreements as *evidence* of a person’s conduct contrary to the public interest” (A.F.,

constitutive de cet organisme des interprétations qui ont du sens compte tenu du contexte des politiques générales dans lequel doit fonctionner cet organisme » (*National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, p. 1336, la juge Wilson; voir également *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650, par. 92; *Mowat*, par. 25).

[32] En clair, une disposition législative fera parfois l’objet de plusieurs interprétations *raisonnables*, car le législateur ne s’exprime pas toujours de manière limpide et les moyens d’interprétation législative ne garantissent pas toujours l’obtention d’une seule solution précise (*Dunsmuir*, par. 47; voir également *Construction Labour Relations c. Driver Iron Inc.*, 2012 CSC 65, [2012] 3 R.C.S. 405). Tel est effectivement le cas en l’espèce, comme je l’explique ci-après. Il faut donc se demander à *qui il appartient de choisir entre ces interprétations divergentes raisonnables*.

[33] Comme l’a maintes fois rappelé notre Cour depuis l’arrêt *Dunsmuir*, mieux vaut généralement laisser au décideur administratif le soin de clarifier le texte ambigu de sa loi constitutive. La raison en est que le choix d’une interprétation parmi plusieurs qui sont raisonnables tient souvent à des considérations de politique générale dont on présume que le législateur a voulu confier la prise en compte *au décideur administratif* plutôt qu’à une cour de justice. L’exercice de ce pouvoir discrétionnaire d’interprétation relève en effet de l’« expertise » du décideur administratif.

B. *Caractère raisonnable de l’interprétation de l’art. 159 par la Commission*

(1) Aperçu

a) *La thèse de l’appelante*

[34] L’appelante prétend en somme que le par. 161(6) ne fait que [TRANSCRIPTION] « légaliser la possibilité qu’avait déjà la [Commission] de prendre appui sur une déclaration de culpabilité, une conclusion, une ordonnance ou un règlement pour

at para. 40 (emphasis in original)). The law is clear that the Commission could — and did — issue reciprocal orders using its existing power under s. 161(1) on the strength of factual findings in other jurisdictions prior to the introduction of s. 161(6); see, e.g., *Woods (Re)*, 1997 LNBCSC 11 (QL), at p. 5 (where the Commission relied on “the findings of fact and law of the Ontario courts, and the enforcement orders made by the Ontario Securities Commission”); *Seto (Re)*, 2006 BCSECCOM 569 (CanLII), at para. 4 (where the Commission drew the facts “solely from the decision and order of the [Alberta Securities Commission] and the judgment of the Alberta Provincial Court”).

[35] In those earlier cases, “the events” meant the underlying misconduct — and no one suggests otherwise. As such, the Commission’s choice to rely on the “procedural shortcut” reflected in s. 161(6)(d) does not change the nature of the proceedings such that the *agreement* becomes *the event* (A.F., at para. 40). Rather, because s. 161(6)(d) must be fused with s. 161(1), the proceedings remain s. 161(1) proceedings — and “the events” must thus remain the underlying misconduct.

(b) *The Respondent’s Position*

[36] The respondent says that the appellant’s argument is untenable because the plain wording of s. 161(6) says nothing about decisions, orders, or settlement agreements being admissible as “evidence”. Rather, “the provisions empower the Commission to make an order in specific circumstances (*i.e.*, if a person is subject to another regulator’s order or has agreed to be subject to sanctions)” (R.F., at para. 53). Because securities investigations do not always conclude within the six-year window, the purpose of s. 161(6)(d) would be undermined if the Commission were “barred from making an order in any case where the extra-provincial proceeding concludes more than six

prouver que la conduite d’une personne est contraire à l’intérêt public » (m.a., par. 40 (en italique dans l’original)). Il est clairement établi en droit que, avant l’adoption du par. 161(6), la Commission pouvait rendre — et a effectivement rendu — des ordonnances réciproques dans l’exercice du pouvoir que lui conférait le par. 161(1), sur la foi de conclusions de fait tirées dans d’autres ressorts (voir, p. ex., *Woods (Re)*, 1997 LNBCSC 11 (QL), p. 5, où la Commission s’appuie sur [TRADUCTION] « les conclusions de fait et de droit des cours de justice de l’Ontario et les ordonnances d’exécution de la Commission des valeurs mobilières de l’Ontario », et *Seto (Re)*, 2006 BCSECCOM 569 (CanLII), par. 4, où la Commission établit les faits [TRADUCTION] « uniquement à partir de la décision et de l’ordonnance de l’[Alberta Securities Commission] et du jugement de la Cour provinciale de l’Alberta »).

[35] Dans ces décisions antérieures, le terme « l’événement » s’entendait de l’inconduite en cause, et nul ne le conteste. Ainsi, le choix de la Commission de se servir du « raccourci procédural » offert à l’al. 161(6)d ne change pas la nature de l’instance de telle sorte que le *règlement* devienne *l’événement* (m.a., par. 40). Au contraire, comme l’al. 161(6)d doit s’appliquer de pair avec le par. 161(1), l’instance demeure fondée sur le par. 161(1), et les mots « l’événement » continuent donc de s’entendre de l’inconduite en cause.

b) *La thèse de l’intimé*

[36] Pour l’intimé, la prétention de l’appelante ne peut être retenue car aucun élément du libellé clair du par. 161(6) n’indique que les décisions, les ordonnances ou les règlements sont admissibles comme « éléments de preuve ». Au contraire, [TRADUCTION] « la disposition habilite la Commission à rendre une ordonnance dans certaines situations précises lorsqu’une personne est visée par l’ordonnance d’un autre organisme de réglementation ou qu’elle a accepté de faire l’objet de sanctions » (m.i., par. 53). Étant donné que, dans le domaine des valeurs mobilières, une enquête ne prend pas toujours fin avant l’expiration du délai de six ans, l’objectif de l’al. 161(6)d serait compromis

years after the date of the wrongdoer’s misconduct” (R.F., at para. 84). Put simply, on the appellant’s interpretation, the limitation period could expire before the event referred to in s. 161(6)(d) ever occurs — and that would all but defeat the purpose of the provision.

(c) *The Choice Between the Two Interpretations*

[37] For the reasons that follow, I conclude that both interpretations are reasonable. Here, the statutory language is less than crystal clear. Or, as Professor Willis once put it, “the words are ambiguous enough to induce two people to spend good money in backing two opposing views as to their meaning” (J. Willis, “Statute Interpretation in a Nutshell” (1938), 16 *Can. Bar Rev.* 1, at pp. 4-5, cited in *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at para. 30).

[38] It will not always be the case that a particular provision permits multiple reasonable interpretations. Where the ordinary tools of statutory interpretation lead to a single reasonable interpretation and the administrative decision maker adopts a different interpretation, its interpretation will necessarily be unreasonable — no degree of deference can justify its acceptance; see, e.g., *Dunsmuir*, at para. 75; *Mowat*, at para. 34. In those cases, the “range of reasonable outcomes” (*Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at para. 4) will necessarily be limited to a single reasonable interpretation — and the administrative decision maker must adopt it.

[39] But, as I say, this is not one of those clear cases. As between the two possible interpretations put forward with respect to the meaning of s. 159 as it applies to s. 161(6)(d), both find some support in the text, context, and purpose of the statute. In a word, both interpretations are *reasonable*. The litmus test, of course, is that if the Commission had adopted the other interpretation — that is, if the Commission had agreed with the appellant —

si la Commission [TRADUCTION] « ne pouvait plus rendre d’ordonnance dès le moment où une instance extraprovinciale n’est pas menée à terme au plus tard six ans après l’inconduite » (m.i., par. 84). Plus simplement, selon l’interprétation de l’appelante, le délai de prescription pourrait expirer avant que l’événement visé à l’al. 161(6)d ne se produise, ce qui contrecarrerait dans les faits l’objectif de la disposition.

c) *Le choix entre les deux interprétations*

[37] Pour les motifs qui suivent, j’estime que les deux interprétations sont raisonnables. Le libellé de la loi n’est pas parfaitement limpide. Comme le dit le professeur Willis, [TRADUCTION] « le texte est suffisamment ambigu pour inciter deux personnes à dépenser des sommes considérables pour faire valoir deux interprétations divergentes » (J. Willis, « Statute Interpretation in a Nutshell » (1938), 16 *R. du B. can.* 1, p. 4-5, cité dans *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, par. 30).

[38] Une disposition ne se prête pas toujours à plusieurs interprétations raisonnables. Lorsque les méthodes habituelles d’interprétation législative mènent à une seule interprétation raisonnable et que le décideur administratif en retient une autre, celle-ci est nécessairement déraisonnable, et nul droit à la déférence ne peut justifier sa confirmation (voir, p. ex., *Dunsmuir*, par. 75; *Mowat*, par. 34). Dans ce cas, les « issues raisonnables possibles » (*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, par. 4) se limitent nécessairement à une seule, que le décideur administratif doit adopter.

[39] Mais, je le répète, nous ne sommes pas saisis de l’un de ces cas clairs. Les deux interprétations possibles de l’art. 159 avancées eu égard à son application à l’al. 161(6)d trouvent un certain appui dans le texte, le contexte et l’objet de la loi. En un mot, les deux interprétations sont *raisonnables*. Bien entendu — et là réside le critère décisif —, si la Commission avait retenu l’autre interprétation et donné raison à l’appelante, j’ai peine à imaginer

I am hard-pressed to conclude that we would have rejected its decision as unreasonable.

[40] The bottom line here, then, is that the Commission holds the interpretative upper hand: under reasonableness review, we defer to *any* reasonable interpretation adopted by an administrative decision maker, *even if* other reasonable interpretations may exist. Because the legislature charged the administrative decision maker rather than the courts with “administer[ing] and apply[ing]” its home statute (*Pezim*, at p. 596), it is the decision maker, first and foremost, that has the discretion to resolve a statutory uncertainty by adopting any interpretation that the statutory language can reasonably bear. Judicial deference in such instances is itself a principle of modern statutory interpretation.

[41] Accordingly, the appellant’s burden here is not only to show that her competing interpretation is reasonable, but also that the Commission’s interpretation is *unreasonable*. And that she has not done. Here, the Commission, with the benefit of its expertise, chose the interpretation it did. And because that interpretation has not been shown to be an unreasonable one, there is no basis for us to interfere on judicial review — even in the face of a competing reasonable interpretation.

(2) Ordinary Meaning

[42] Beginning with the ordinary meaning of “the events”, on the surface it would appear that “the even[t]” giving rise to a proceeding under s. 161(6)(d) is the fact of “ha[ving] agreed with a securities regulatory authority” to be subject to regulatory action. By ordinary meaning, I refer simply to the “natural meaning which appears when the provision is simply read through” (*Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. Canadian Air Line Pilots Assn.*, [1993] 3 S.C.R. 724, at p. 735). The ordinary meaning would thus appear to support the Commission’s interpretation.

que nous aurions rejeté sa décision au motif qu’elle était déraisonnable.

[40] L’élément décisif en l’espèce réside dans le privilège dont jouit la Commission en matière d’interprétation : suivant la norme de la raisonnable, nous devons déférer à *toute* interprétation raisonnable du décideur administratif, *même lorsque* d’autres interprétations raisonnables sont possibles. Le législateur ayant confié au décideur administratif, et non à une cour de justice, le mandat d’« appliquer » sa loi constitutive (*Pezim*, p. 596), c’est avant tout à ce décideur qu’appartient le pouvoir discrétionnaire de lever toute incertitude législative en retenant une interprétation que permet raisonnablement le libellé de la disposition en cause. La déférence judiciaire constitue alors en elle-même un principe d’interprétation législative moderne.

[41] Partant, il incombe à l’appelante de prouver non seulement que son interprétation divergente est raisonnable, mais aussi que celle de la Commission est *déraisonnable*. Elle ne l’a pas fait. Forte de son expertise, la Commission a opté pour une interprétation en particulier. Et comme le caractère déraisonnable de celle-ci n’a pas été démontré, rien ne nous permet d’intervenir dans le cadre d’un contrôle judiciaire même si une autre interprétation raisonnable est possible.

(2) Sens ordinaire

[42] Considérons d’abord le sens ordinaire de « l’événement ». À première vue, l’événement qui donne lieu à l’instance fondée sur l’al. 161(6)(d) paraît être le fait, pour la personne en cause, de [TRADUCTION] « [convenir] avec un organisme de réglementation des valeurs mobilières » de faire l’objet d’une mesure réglementaire. J’entends seulement par sens ordinaire le « sens naturel qui se dégage de la simple lecture de la disposition » (*Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Assoc. canadienne des pilotes de lignes aériennes*, [1993] 3 R.C.S. 724, p. 735). Le sens ordinaire semble donc étayer l’interprétation de la Commission.

[43] However, satisfying oneself as to the ordinary meaning of the phrase “is not determinative and does not constitute the end of the inquiry” (*ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140, at para. 48). Although it is presumed that the ordinary meaning is the one intended by the legislature, courts are obliged to look at other indicators of legislative meaning as part of their work of interpretation. That is so because

[w]ords that appear clear and unambiguous may in fact prove to be ambiguous once placed in their context. The possibility of the context revealing a latent ambiguity such as this is a logical result of the modern approach to interpretation.

(*Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 SCC 62, [2005] 3 S.C.R. 141, at para. 10)

[44] That possibility is realized here. Though the ordinary meaning seems apparent enough, digging deeper into the context and purpose of the provision casts some doubt on that conclusion — and introduces the possibility of another reasonable interpretation.

(3) Drafting History

[45] The limitation period in s. 159 predates the addition of s. 161(6) by roughly a decade. Before s. 161(6) was introduced by the *Securities Amendment Act, 2006*, S.B.C. 2006, c. 32, it was clear that s. 159 ran from the date of the underlying misconduct; see, e.g., *Dennis (Re)*, 2005 BCSECCOM 65, 2004 LNBCSC 705 (QL), at para. 38; *Bapty*, at para. 28. As mentioned, the parties do not contend otherwise.

[46] It was only with the addition of s. 161(6) that the start date for the limitations clock became unclear. Given that the legislature chose not to change the wording of s. 159 after it added s. 161(6), it stands to reason that the legislature intended “the events” in s. 159 to continue to refer to the misconduct at issue, regardless of the addition of s. 161(6). In other words, the original meaning of “the events” did not change overnight. And

[43] Toutefois, arrêter le sens ordinaire du terme « n’est pas déterminant et ne met pas fin à l’analyse » (*ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140, par. 48). Même si le sens ordinaire est présumé être celui voulu par le législateur, une cour de justice doit tenir compte d’autres éléments pour interpréter un texte législatif, et ce, pour la raison suivante :

Des mots en apparence clairs et exempts d’ambiguïté peuvent, en fait, se révéler ambigus une fois placés dans leur contexte. La possibilité que le contexte révèle une telle ambiguïté latente découle logiquement de la méthode moderne d’interprétation.

(*Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 CSC 62, [2005] 3 R.C.S. 141, par. 10)

[44] Cette possibilité se réalise en l’espèce. Bien que le sens ordinaire semble assez manifeste, un examen approfondi du contexte de la disposition et de son objet suscite un certain doute quant à cette interprétation et permet d’envisager l’existence d’une autre interprétation raisonnable.

(3) L’historique de la disposition

[45] Le délai de prescription prévu à l’art. 159 existait depuis environ 10 ans lors de l’adjonction du par. 161(6) en 2006 (*Securities Amendment Act, 2006*, S.B.C. 2006, ch. 32). Il ne faisait jusqu’alors aucun doute que ce délai commençait à courir à compter de l’inconduite reprochée (voir, p. ex., *Dennis (Re)*, 2005 BCSECCOM 65, 2004 LNBCSC 705 (QL), par. 38; et *Bapty*, par. 28). Rappelons que les parties en conviennent.

[46] Ce n’est qu’avec l’adjonction du par. 161(6) que le moment auquel débutait la computation du délai est devenu incertain. Comme le législateur a décidé de ne pas modifier l’art. 159 après cette adjonction, on peut seulement lui prêter l’intention que les mots « l’événement » employés à l’art. 159 continuent de s’entendre de l’inconduite en cause. Autrement dit, le sens initial de « l’événement » n’a pas changé du jour au lendemain. Et comme

as Dickson J. (as he then was) observed, “words must be given the meanings they had at the time of enactment” (*Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232, at p. 265, citing E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 163). If one accepts this line of reasoning, it lends support to the appellant’s interpretation.

[47] On the other hand, one could argue that the original meaning of “the events” never changed — all that did was what qualified as an “event” in a particular context. It is important to distinguish between these two concepts. As Professor Sullivan has explained, “even though the meaning of a word remains constant, the things or events that fall within its ambit may change dramatically over time” (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at p. 149; see also P.-A. Côté, in collaboration with S. Beaulac and M. Devinat, *The Interpretation of Legislation in Canada* (4th ed. 2011), at pp. 287-88). This argument, which lends support to the Commission’s interpretation, is best illustrated by a contextual reading of s. 159, to which I now turn.

(4) The Provision Read in Context

[48] The use of the phrase “the events that give rise to the proceedings” in s. 159 is relatively open-ended, as can be seen when contrasted with the language used in other limitations provisions in the *Act*. For example, s. 140(a), which provides for limitation periods for actions for rescission, speaks of “180 days after the date of the transaction that gave rise to the cause of action”. Section 140.94, which concerns actions related to secondary market disclosure, speaks of “3 years after the date on which the document containing the misrepresentation was first released”.

[49] The distinctive diction of s. 159 arguably makes sense in context. Unlike ss. 140 and 140.94, which refer to specific proceedings in the *Act*, s. 159 is a residual limitation provision applicable to *all* other proceedings. Thus, it stands to reason that “the

l’a signalé le juge Dickson (plus tard Juge en chef), « les termes [. . .] doivent recevoir le sens qu’ils avaient au moment de [l’]adoption » de la loi (*Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232, p. 265, citant E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 163). Ce raisonnement, si on y adhère, appuie l’interprétation de l’appelante.

[47] En revanche, on peut prétendre que le sens initial de « l’événement » n’a jamais changé, la modification ayant uniquement visé ce qui constituait « l’événement » dans un contexte particulier. Il importe d’ailleurs de distinguer les deux. Comme l’explique la professeure Sullivan, [TRADUCTION] « même si le sens d’un terme demeure inchangé, les choses ou les événements qu’il vise peuvent changer radicalement avec le temps » (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5^e éd. 2008), p. 149; voir également P.-A. Côté, avec la collaboration de S. Beaulac et M. Devinat, *Interprétation des lois* (4^e éd. 2009), p. 310-311). La validité de cette prétention favorable à l’interprétation de la Commission est d’autant plus évidente lorsque l’on considère l’art. 159 dans son contexte, ce que je fais ci-après.

(4) Interprétation de la disposition dans son contexte

[48] Le libellé [TRADUCTION] « l’événement qui [. . .] donne lieu [à l’instance] » figurant à l’art. 159 est assez large par comparaison à celui d’autres dispositions de la *Loi* qui établissent un délai de prescription. Par exemple, l’al. 140a), qui prévoit le délai pour intenter une action en annulation, accorde « 180 jours à compter de l’opération qui fait naître la cause d’action ». L’article 140.94, portant sur l’action relative à l’obligation d’information sur le marché secondaire, précise que le délai est de « 3 ans à compter de la publication initiale du document qui renferme la déclaration inexacte ».

[49] On peut soutenir que la formulation particulière de l’art. 159 fait sens dans le contexte. Contrairement aux art. 140 et 140.94, qui renvoient à des actions précises prévues par la *Loi*, l’art. 159 établit par défaut le délai de la prescription pour

events” is a deliberately open-ended phrase because it must be capable of applying to a variety of different contexts. As applied to s. 161(1)(a)(i), “the events” read in its ordinary sense means the date of the misconduct whereby a person was “contravening . . . a provision of [the] Act”. That, of course, was the interpretation as understood prior to the introduction of s. 161(6). But it is also easy to see how, as applied to s. 161(6)(a), “the events” can mean the date the person “has been convicted . . . of an offence”. And as applied to s. 161(6)(d), the provision at issue here, “the events” can mean the date the person “has agreed with a securities regulatory authority [. . .] to be subject to sanctions, conditions, restrictions or requirements”.

[50] What the appellant asks the Commission to do is to interpret “the events that give rise to the proceedings” restrictively as “the *misconduct* that gives rise to the proceedings”. Indeed, that is essentially how Manitoba’s general limitation provision reads; see *Securities Act*, s. 137 (“the proceedings to prosecute a person or company for an offence under this Act shall not be commenced after eight years after the date on which the offence was committed”). It cannot be said, however, that a contextual reading of s. 159 points toward such a restrictive interpretation. Rather, a flexible reading of “the events” — capable of adapting to the various provisions to which it is applied, including new provisions added over time, such as s. 161(6)(d) itself — makes more sense in context. Accordingly, and setting aside whatever quibbles one might have with the significance of the provision’s drafting history, a contextual reading of s. 159 supports the Commission’s interpretation.

(5) The Nature of Secondary Proceedings

[51] For better or worse, securities regulation in Canada remains largely a matter of provincial and territorial jurisdiction. However, given the reality of

toute autre instance. Il est donc logique que le législateur ait voulu conférer un sens assez large au terme « l’événement » afin qu’il puisse s’appliquer à différentes situations. Pour les besoins du sous-al. 161(1)a(i), le sens ordinaire de « l’événement » s’entend de l’inconduite et renvoie au jour où la personne [TRADUCTION] « a contrevenu [. . .] à une disposition de [la] Loi ». Telle était assurément l’interprétation qui avait cours avant l’adjonction du par. 161(6). Mais on constate aussi aisément que, pour l’application de l’al. 161(6)a, « l’événement » peut renvoyer au jour où la personne [TRADUCTION] « a été déclarée coupable [. . .] d’une infraction ». Pour les besoins de l’al. 161(6)d) — la disposition en cause dans la présente affaire —, « l’événement » peut s’entendre du moment où la personne « a convenu avec un organisme de réglementation des valeurs mobilières [. . .] de faire l’objet de sanctions, de conditions, de restrictions ou d’exigences ».

[50] L’appelante demande à la Commission de ne voir dans « l’événement qui [. . .] donne lieu [à l’instance] » que « *l’inconduite* qui donne lieu à l’instance ». C’est d’ailleurs essentiellement dans cette optique qu’est rédigée la disposition générale manitobaine sur la prescription : voir la *Loi sur les valeurs mobilières*, art. 137 (« la poursuite contre une personne ou une compagnie pour infraction à la présente loi se prescrit par huit ans à compter de la date à laquelle l’infraction a été commise »). Toutefois, on ne saurait affirmer qu’une interprétation contextuelle de l’art. 159 milite en faveur de cette interprétation restrictive. En effet, il est plus logique, dans le contexte, d’interpréter « l’événement » avec souplesse, de manière que le terme puisse s’adapter aux diverses dispositions auxquelles l’article s’applique, y compris celles ajoutées au fil du temps, comme l’al. 161(6)d). Par conséquent, et sans égard aux désaccords éventuels sur l’importance de l’historique de la disposition, l’interprétation contextuelle de l’art. 159 appuie l’interprétation retenue par la Commission.

(5) La nature de l’instance secondaire

[51] Pour le meilleur ou pour le pire, au Canada, la réglementation des valeurs mobilières relève largement de la compétence des provinces et des territoires.

interprovincial, if not international, capital markets, “[t]here can be no disputing the indispensable nature of interjurisdictional co-operation among securities regulators today” (*Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, 2000 SCC 21, [2000] 1 S.C.R. 494, at para. 27). That is where provisions such as s. 161(6)(d) come in.

[52] In 2004, recognizing the inefficiencies of the existing framework, all the provinces and territories (except Ontario, for reasons that are not relevant here) signed a memorandum of understanding (“MOU”); see *A Provincial/Territorial Memorandum of Understanding Regarding Securities Regulation* (online). The MOU set up a “passport system” for securities regulation, which provides a single window of access to market participants. Under this passport system,

host jurisdictions will rely on the securities regulator in the primary jurisdiction of a market participant for the enforcement of the requirements of securities laws applicable to those areas covered by the passport system.

- The securities regulator in a host jurisdiction that receives a complaint about a market participant will conduct a preliminary assessment of the complaint and refer the complaint along with their findings and the documents compiled to the primary jurisdiction for further investigation and, if appropriate, enforcement action.
- The host securities regulator will await the outcome of the primary securities regulator’s investigation and will undertake its own investigation and, if appropriate, enforcement action if it is in the public interest to do so or if the primary securities regulator has referred the matter back to the host securities regulator for further action. [Emphasis added; para. 5.6.]

[53] Not long after the MOU was signed, the B.C. legislature introduced legislation to implement its provisions, including the secondary proceeding

Toutefois, étant donné la nature interprovinciale, voire internationale, des marchés financiers, « [i]l ne fait pas de doute que, de nos jours, la coopération des organismes de réglementation de divers ressorts est indispensable » (*Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2000 CSC 21, [2000] 1 R.C.S. 494, par. 27). C’est dans cette optique que sont adoptées des dispositions comme l’al. 161(6)d.

[52] En 2004, reconnaissant les éléments d’inefficacité du cadre législatif d’alors, toutes les provinces et tous les territoires (sauf l’Ontario, pour des raisons qui ne sont pas pertinentes en l’espèce) ont signé le *Protocole d’entente provincial-territorial sur la réglementation des valeurs mobilières* (en ligne) (« protocole »). Le protocole établit, aux fins de la réglementation des valeurs mobilières, un « régime de passeport » doté d’un guichet unique pour les participants du marché :

Les juridictions hôtes s’en remettent à l’organisme de réglementation des valeurs mobilières de la juridiction principale du participant du marché quant à l’application des dispositions de la législation sur les valeurs mobilières relatives aux éléments concernés par le régime de passeport.

- L’organisme de réglementation des valeurs mobilières d’une juridiction hôte qui reçoit une plainte au sujet d’un participant du marché effectuera une évaluation préliminaire, puis adressera la plainte, ainsi que ses observations et les documents pertinents, à l’organisme de réglementation principal, qui poursuivra l’enquête et prendra des mesures en conséquence, s’il y a lieu.
- L’organisme de réglementation des valeurs mobilières de la juridiction hôte attendra les résultats de l’enquête de l’organisme de réglementation principal pour effectuer ses propres vérifications et, s’il le juge nécessaire, prendra ses propres mesures s’il est dans l’intérêt public de le faire ou si l’organisme de réglementation principal renvoie l’affaire à l’organisme de réglementation de la juridiction hôte pour que des mesures soient prises. [Je souligne; par. 5.6.]

[53] Peu après la signature du protocole, le législateur de la C.-B. a proposé des mesures législatives en vue de mettre en œuvre ses dispositions, y

powers now found in s. 161(6); see Bill 20, *Securities Amendment Act, 2006*; Bill 28, *Securities Amendment Act, 2007*. Section 161(6)(d), of course, recognizes settlement agreements in other jurisdictions; other provisions speak to convictions for securities-related offences (s. 161(6)(a)), judicial findings as to securities laws (s. 161(6)(b)), and regulatory orders (s. 161(6)(c)).

[54] As a consequence of these legislative amendments, while the Commission cannot abrogate its responsibility to make its own determination as to whether an order is in the public interest, one could argue, as the respondent does, that s. 161(6) obviates the need for inefficient parallel and duplicative proceedings in British Columbia by expressly providing a new basis on which to initiate proceedings. In other words, s. 161(6) achieves the legislative goal of facilitating interprovincial cooperation by providing a triggering “event” *other than the underlying misconduct*. The corollary to this point must be the ability to actually rely on that triggering event — that is, the other jurisdiction’s settlement agreement (or conviction or judicial finding or order, as the case may be) — in commencing a secondary proceeding. But the appellant’s reading of s. 159 as it applies to s. 161(6) leads to the troublesome conclusion that the Commission could be time-barred from proceeding under this provision *before the triggering event even exists*.

[55] The appellant’s response is that where there is a risk that the six-year limitation window could expire before the primary jurisdiction has completed its proceeding, British Columbia and every other secondary province and territory should initiate their own proceedings in reliance on s. 161(1) alone — or, in the case of another province or territory, their provincial or territorial equivalent of that section — with the possibility that s. 161(6) or its equivalent could be invoked

compris le pouvoir d’intenter une instance secondaire que confère désormais le par. 161(6) (voir le projet de loi 20 intitulé *Securities Amendment Act, 2006*, et le projet de loi 28 intitulé *Securities Amendment Act, 2007*). Bien entendu, l’al. 161(6)d reconnaît le règlement intervenu dans un autre ressort; les autres alinéas visent la déclaration de culpabilité d’une infraction liée aux valeurs mobilières (al. 161(6)a), les conclusions d’une cour de justice sur l’application des dispositions sur les valeurs mobilières (al. 161(6)b) et l’ordonnance d’un organisme de réglementation (al. 161(6)c)).

[54] Par suite de cette modification législative, et bien que la Commission ne puisse renoncer à son pouvoir de décider elle-même si une ordonnance est dans l’intérêt public, on pourrait prétendre, comme le fait d’ailleurs l’intimé, que le par. 161(6) rend inutiles en Colombie-Britannique les instances parallèles et répétitives — d’où leur caractère inefficace — en offrant expressément un nouveau fondement à l’introduction d’une instance. En d’autres termes, le par. 161(6) réalise l’objectif législatif d’une coopération interprovinciale accrue en prévoyant un autre « événement » déclencheur *en sus de l’inconduite en cause*. Dès lors, pour engager une instance secondaire, il faut être en mesure d’invoquer effectivement pareil événement déclencheur, à savoir le règlement dans l’autre ressort (ou, selon le cas, la déclaration de culpabilité, le jugement ou l’ordonnance). Or, l’interprétation de l’art. 159 que préconise l’appellante pour les besoins du par. 161(6) mène à la conclusion embêtante que la prescription pourrait être opposable à toute démarche de la Commission fondée sur ce paragraphe *avant même que l’événement déclencheur ne se produise*.

[55] L’appelante réplique que dans les cas où le délai de prescription de six ans risque d’expirer avant la fin de l’instance engagée dans le ressort principal, la Colombie-Britannique et chacun des autres ressorts secondaires doivent introduire leur propre instance sur le fondement du seul par. 161(1) (ou, dans le cas des autres ressorts, de la seule disposition provinciale ou territoriale équivalente), sous réserve de la possibilité d’invoquer le par. 161(6) (ou la disposition équivalente) ultérieurement. De

later on. Of course, the implication of this approach is clear: the appellant says that s. 161(6) does not change anything with respect to the timing of when a secondary proceeding must begin.

[56] The facts of this case, however, illustrate how problematic the appellant's interpretation can prove in practice. Though the OSC was first alerted to the issues at Hucamp in 2001, it did not commence formal proceedings until 2005 (four years later). A settlement agreement was not reached until 2008 (a further three years later, and a full seven years after the last event of misconduct). No one suggests this lengthy period reflects any foot-dragging on the OSC's part. And yet, on the appellant's view, as the calendar turned to 2007, the B.C. Commission should have commenced its own proceeding under s. 161(1) so as to preserve its ultimate authority to make an order using both ss. 161(1) and 161(6)(d). If that had been done, the appellant seems to accept that the Commission could then have waited until the conclusion of the OSC's proceeding to make its actual order.

[57] The difficulty with the appellant's approach is that if each province and territory has to initiate proceedings before its limitations clock runs out — instead of relying on the outcome of the proceedings in the primary jurisdiction — overlapping cases would clog up the legal system and overburden the securities commissions. A multiplicity of simultaneous proceedings would also place a high burden on the target of the proceedings, who could well face multiple proceedings all across the country, all needing to be defended simultaneously.

[58] On the other hand, allowing secondary jurisdictions to use s. 161(6) such that they can wait until the *conclusion* of the primary proceeding avoids some of these complications. That can happen only if the secondary jurisdictions are allowed to begin their work (and their limitation clocks start ticking) once the original proceeding has actually concluded — and no earlier. As such, it can be said that *the very purpose of s. 161(6) is to provide a*

toute évidence, sa thèse suppose nettement que le par. 161(6) ne modifie en rien le délai dans lequel l'instance secondaire doit être engagée.

[56] Toutefois, les faits de la présente affaire montrent à quel point l'interprétation de l'appelante peut se révéler problématique dans la réalité. Bien que la CVMO ait été informée initialement des irrégularités chez Hucamp en 2001, elle n'a engagé l'instance qu'en 2005 (soit quatre ans plus tard). Le règlement n'est intervenu qu'en 2008 (encore trois ans plus tard, et sept années complètes après la dernière inconduite). Nul ne laisse entendre que ce long délai est imputable à quelque inaction de la CVMO. Et pourtant, à l'aube de l'année 2007, la Commission de la C.-B. aurait dû, selon l'appelante, se pourvoir aux termes du par. 161(1) afin de préserver son pouvoir ultime de rendre une ordonnance sur le fondement à la fois du par. 161(1) et de l'al. 161(6)d). Si elle l'avait fait, la Commission aurait alors pu — selon ce que l'appelante semble reconnaître — attendre la conclusion de l'instance de la CVMO avant de rendre sa propre ordonnance.

[57] La difficulté que pose l'interprétation de l'appelante est que si chacun des ressorts doit introduire une instance avant l'expiration de son délai de prescription — au lieu de s'en remettre à l'issue de l'instance dans le ressort principal —, le chevauchement des instances aura pour effet d'engorger le système de justice et de surcharger les commissions des valeurs mobilières. En outre, un lourd fardeau sera imposé aux personnes visées, car elles pourront alors faire l'objet de nombreuses instances introduites à la grandeur du pays et dans lesquelles elles devront se défendre simultanément.

[58] En revanche, permettre aux ressorts secondaires d'invoquer le par. 161(6) et d'attendre le *dénouement* de l'instance principale écarte certaines de ces complications. Cela n'est possible que s'il leur est permis d'entreprendre leurs démarches (et de faire ainsi en sorte que leurs délais de prescription commencent à courir) une fois que l'instance initiale a bel et bien été menée à terme, pas avant. Par conséquent, on peut affirmer que *l'objet*

new limitation clock. Unless it is interpreted in this manner, s. 161(6) is no solution to the challenges inherent in the decentralized structure of securities regulation in Canada.

[59] In the end, the Commission’s interpretation is a reasonable one because it furthers the legislature’s manifest goal of improving interprovincial cooperation. The appellant’s interpretation, by contrast, fits uneasily with the broader indicators of legislative intent available to us. In reducing s. 161(6) to a belts-and-suspenders codification of what is already common practice, her interpretation does little to improve interprovincial cooperation. I do not say that the appellant’s interpretation is inconsistent with such efforts — only that it does not further them to the same extent as the Commission’s interpretation.

(6) The Purpose of Limitation Periods

[60] I would be wary of focussing only on the legislative purpose of secondary provisions while overlooking the legislative purpose of limitation periods. Instead, regard must also be had for the legislative purpose of both s. 161(6)(d) and s. 159.

[61] The appellant fears that the Commission’s interpretation undermines two of the three purposes of limitation periods, namely, allowing for repose and encouraging diligence (*Novak v. Bond*, [1999] 1 S.C.R. 808, at para. 67). Most notable is the possibility that allowing the limitations clock to start with each new proceeding would allow a string of secondary proceedings, piggy-backing on each other, which could stretch for decades. We are told that “[w]ith twelve jurisdictions having such provisions, a person could be subject to serial proceedings for *seventy-four years*” (A.F., at para. 54 (emphasis in original)).

[62] There is also a related concern with respect to s. 161(6)(c), which provides that the Commission may commence a proceeding so long as a person is

même du par. 161(6) est de prévoir un nouveau délai de prescription. À défaut d’une telle interprétation, le par. 161(6) n’apporte pas de solution aux difficultés inhérentes à la réglementation décentralisée des valeurs mobilières au Canada.

[59] En définitive, l’interprétation de la Commission est raisonnable en ce qu’elle favorise une coopération interprovinciale accrue, ce qui correspond à l’objectif manifeste du législateur. À l’opposé, celle de l’appelante ne cadre pas bien avec les indices généraux qui nous permettent de cerner l’intention du législateur. En réduisant l’adoption du par. 161(6) à la légalisation prudente d’une pratique existante, l’interprétation que préconise l’appelante contribue peu à accroître la coopération interprovinciale. Ce n’est pas que son interprétation soit incompatible avec l’objectif, mais elle ne favorise pas autant sa réalisation que celle retenue par la Commission.

(6) L’objectif d’un délai de prescription

[60] Je me garde de m’attacher au seul objectif législatif des dispositions relatives à l’instance secondaire et de négliger celui du délai de prescription. Il faut plutôt tenir compte de l’objectif législatif de l’al. 161(6)d) et de celui de l’art. 159.

[61] L’appelante dit craindre que l’interprétation de la Commission ne compromette la réalisation de deux des trois objectifs d’un délai de prescription, à savoir assurer la tranquillité d’esprit et encourager la diligence (*Novak c. Bond*, [1999] 1 R.C.S. 808, par. 67). Mais surtout, permettre que le délai commence à courir dès l’introduction de chaque nouvelle instance entraînerait une cascade d’instances secondaires se greffant les unes aux autres et se succédant ainsi pendant des décennies. Selon l’appelante, [TRADUCTION] « [l]es douze ressorts étant dotés de telles dispositions, une personne pourrait faire l’objet d’instances successives pendant *soixante-quatorze ans* » (m.a., par. 54 (en italique dans l’original)).

[62] L’appelante s’inquiète également de ce que l’al. 161(6)c) permet à la Commission d’engager une instance tant que la personne « fait l’objet

“subject to an order” by another regulator. Public interest orders may last 20 years or more; see, e.g., *Friedland (Re)*, 2010 BCSECCOM 654 (CanLII) (20 years); *Nielsen (Re)*, 2013 LNONOSC 254, 36 O.S.C.B. 3478 (25 years); *Robinson (Re)*, 2013 LNBASC 295, 2013 ABASC 317 (CanLII) (permanent); *Maitland Capital Ltd. (Re)*, 2012 LNONOSC 95, 35 O.S.C.B. 1729 (permanent). Were the Commission able to commence a secondary proceeding six years *after* a person is no longer “subject to” such a primary order, that approach could radically expand the length of the limitation period — even beyond 74 years.

[63] Such concerns, in my view, are not idle. Limitations periods exist for good reasons, two of which deserve mention here. First, “[t]here comes a time . . . when a potential defendant should be secure in his reasonable expectation that he will not be held to account for ancient obligations” (*M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6, at p. 29). Second, at some point “[i]t is better that the negligent [plaintiff], who has omitted to assert his right within the prescribed period, should lose his right, than that an opening should be given to interminable litigation” (*Cholmondeley v. Clinton* (1820), 2 Jac. & W. 1, 37 E.R. 527, at p. 577; see also *M. (K.)*, at p. 30).

[64] Against those rationales, the appellant’s interpretation has something to it. Manifestly, the Commission’s reading significantly extends the duration of time for which a person may be subject to regulatory action. Common sense suggests that the authorities will always want more time to go after law-breakers, but fairness demands their chase eventually come to an end. Absent more, regard for the purpose of limitation periods thus counsels in favour of the appellant’s interpretation.

[65] There is, however, a simple answer to the disquieting hypotheticals raised by the appellant. Although securities commissions are conferred with broad discretion to make orders in the public interest, their authority “is not unlimited” (*Asbestos*

d’une ordonnance » rendue par un autre organisme de réglementation. La durée d’une ordonnance rendue dans l’intérêt public peut atteindre 20 ans, voire plus (se reporter, p. ex., à *Friedland (Re)*, 2010 BCSECCOM 654 (CanLII) (20 ans); *Nielsen (Re)*, 2013 LNONOSC 254, 36 O.S.C.B. 3478 (25 ans); *Robinson (Re)*, 2013 LNBASC 295, 2013 ABASC 317 (CanLII) (en permanence); *Maitland Capital Ltd. (Re)*, 2012 LNONOSC 95, 35 O.S.C.B. 1729 (en permanence)). Si la Commission pouvait introduire une instance secondaire six ans *après* qu’une personne a cessé de « faire l’objet » de l’ordonnance principale, le délai de prescription pourrait en être substantiellement accru et même dépasser 74 ans.

[63] À mon avis, ces préoccupations ne sont pas futiles. Les délais de prescription existent pour de bonnes raisons, dont deux valent d’être mentionnées en l’espèce. Premièrement, « [i] arrive un moment [. . .] où un éventuel défendeur devrait être raisonnablement certain qu’il ne sera plus redevable de ses anciennes obligations » (*M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6, p. 29). Deuxièmement, arrivé à un certain point, [TRADUCTION] « [i] vaut mieux que le [demandeur] négligent, qui n’a pas fait valoir son droit dans le délai prescrit, perde ce droit, que de laisser la porte ouverte à des litiges interminables » (*Cholmondeley c. Clinton* (1820), 2 Jac. & W. 1, 37 E.R. 527, p. 577; voir également *M. (K.)*, p. 30).

[64] Au vu de ces raisons d’être, l’interprétation de l’appelante a un certain fondement. De toute évidence, l’interprétation que défend la Commission a pour effet de prolonger considérablement la période pendant laquelle une personne s’expose à une mesure réglementaire. Les autorités réclameront toujours plus de temps pour réprimer les contraventions à la loi, mais l’équité commande que les contrevenants ne puissent plus être poursuivis après un certain temps. À défaut d’autres considérations, l’objectif d’un délai de prescription milite donc en faveur de l’interprétation de l’appelante.

[65] Les inquiétudes exprimées par l’appelante peuvent cependant être aisément écartées. Bien que les commissions des valeurs mobilières soient investies d’un grand pouvoir discrétionnaire pour rendre des ordonnances dans l’intérêt public, leur

Minority Shareholders, at para. 41). Accordingly, no order — secondary or otherwise — is immune from appellate review for its reasonableness; see, e.g., *Lines v. British Columbia (Securities Commission)*, 2012 BCCA 316, 35 B.C.L.R. (5th) 281 (where the court found the Commission’s order under s. 161(6)(d) unreasonable because it imposed a severe sanction in sole reliance on another jurisdiction’s settlement agreement in which no wrongdoing was admitted).

[66] “[T]here is always a perspective within which a statute is intended to operate” (*Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, at p. 140). And keeping the appellant’s concerns in mind, it seems to me that a regulator that sought to act on these scenarios would run afoul of the legislative purpose of limitation periods and distort the purpose of secondary proceeding provisions.

[67] To his credit, the respondent acknowledges as much in his oral and written submissions (see transcript, at p. 55; R.F., at para. 90). In what I believe is a reasonable and responsible approach, he accepts the following three propositions:

1. Regardless of which of the four secondary proceeding clauses in s. 161(6) is at issue, “the events” refers to the date the relevant action first occurred. Accordingly, if a settlement agreement is entered into on January 1, 2013 and terminates on January 1, 2015, it is the *first* date, not the second, which starts the clock.
2. A secondary proceeding may not be commenced under s. 161(6) if the period of the original order has already lapsed. In other words, using the same example, the Commission could not commence a secondary proceeding on February 1, 2015, because the original order would no longer be in place at that time.

compétence à cet égard « n’est toutefois pas illimitée » (*Actionnaires minoritaires de la Société Asbestos*, par. 41). Par conséquent, nulle ordonnance — secondaire ou autre — n’échappe au contrôle de sa raisonabilité en appel; voir, p. ex., *Lines c. British Columbia (Securities Commission)*, 2012 BCCA 316, 35 B.C.L.R. (5th) 281 (où la cour conclut que l’ordonnance de la Commission rendue en application de l’al. 161(6)d est déraisonnable parce qu’elle inflige une sanction sévère sur le seul fondement du règlement intervenu dans un autre ressort sans aveu de quelque inconduite).

[66] [TRADUCTION] « [U]ne loi est toujours censée s’appliquer dans une certaine optique » (*Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, p. 140). Gardant présentes à l’esprit les craintes formulées par l’appelante, il me semble que l’organisme de réglementation qui chercherait à agir de la manière que redoute l’appelante contrecarrerait l’objectif législatif du délai de prescription et dénaturerait l’objectif des dispositions prévoyant l’introduction d’une instance secondaire.

[67] L’intimé le reconnaît dans sa plaidoirie orale et dans son mémoire — et c’est tout à son honneur (voir la transcription, p. 55; m.i., par. 90). Selon une approche qui me paraît à la fois raisonnable et responsable, il convient de la justesse des trois assertions suivantes :

1. Peu importe que l’on applique l’un ou l’autre des quatre alinéas du par. 161(6) qui donnent ouverture à l’instance secondaire, « l’événement » renvoie à l’acte lorsqu’il se produit pour la première fois. Par conséquent, si un règlement intervient le 1^{er} janvier 2013 et expire le 1^{er} janvier 2015, c’est à la *première* date, non à la seconde, que le délai de prescription commence à courir.
2. Une instance secondaire ne peut être introduite aux termes du par. 161(6) lorsque l’ordonnance initiale a déjà expiré. Autrement dit, si nous poursuivons avec le même exemple, la Commission ne pourrait engager d’instance secondaire le 1^{er} février 2015, car l’ordonnance initiale ne serait plus applicable.

3. Any order initiated using s. 161(6) must be based on an *original* proceeding in the primary jurisdiction. Secondary proceedings cannot be “stacked” on top of one another in the manner feared by the appellant.

Although this is not the case to put our stamp of approval on these concessions, to my mind, they make eminent good sense. Thus, to the extent that regulators commence secondary proceedings in these situations, they must, as always, be prepared to defend the reasonableness of their decisions on appellate review.

[68] While it is true that the application of s. 159 to the secondary proceeding provisions such as s. 161(6)(d) will have the effect, as a practical matter, of extending the period under which the cloud of potential regulatory action hangs over a person, that, of itself, is not offensive to the legislative purpose of limitation provisions. Limitations periods are always “driven by specific policy choices of the legislatures” (*Manitoba Metis Federation Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2013 SCC 14, [2013] 1 S.C.R. 623, at para. 230, *per* Rothstein J., dissenting), as they attempt to “balance the interests of both sides” (*Murphy v. Welsh*, [1993] 2 S.C.R. 1069, at p. 1080).

[69] The Commission’s interpretation strikes a reasonable balance between facilitation of inter-provincial cooperation and the underlying purposes of limitation periods. Thus, notwithstanding the appellant’s reasonable concerns, I am unable to conclude that the Commission’s interpretation is rendered unreasonable in light of the purpose of limitation periods.

(7) Conclusion on the Commission’s Interpretation

[70] A review of the ordinary meaning, the context, and the purpose of both ss. 159 and 161(6) reasonably supports the conclusion that “the even[t]” giving rise to a proceeding under s. 161(6)(d) is the fact of “ha[ving] agreed with a securities regulatory authority” to be subject to regulatory action. That is not to say that the appellant’s interpretation

3. Toute ordonnance rendue aux termes du par. 161(6) doit être fondée sur une instance *initiale* dans le ressort principal. Les instances secondaires ne peuvent se « succéder » les unes aux autres comme le craint l’appelante.

Point n’est besoin d’avaliser ou non ces concessions, mais elles me paraissent éminemment sensées. Ainsi, l’organisme de réglementation qui introduit une instance secondaire dans les situations considérées doit toujours être prêt à défendre la raisonabilité de sa décision lors d’un contrôle en appel.

[68] L’application de l’art. 159 à l’instance secondaire engagée par exemple sur le fondement de l’al. 161(6)d) a certes l’effet concret de prolonger la période pendant laquelle une personne peut craindre de faire l’objet de mesures réglementaires, mais il n’en résulte pas en soi d’atteinte à l’objectif législatif du délai de prescription. Les délais de prescription « procèdent [toujours] de décisions de principe arrêtées par le législateur » (*Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 R.C.S. 623, par. 230, le juge Rothstein, dissident) puisqu’ils visent à « établir un équilibre entre les intérêts des deux parties » (*Murphy c. Welsh*, [1993] 2 R.C.S. 1069, p. 1080).

[69] L’interprétation de la Commission établit un équilibre raisonnable entre l’accroissement de la coopération interprovinciale et les objectifs d’un délai de prescription. Par conséquent, malgré les craintes concevables de l’appelante, je ne puis conclure que l’interprétation de la Commission soit déraisonnable eu égard à l’objectif d’un délai de prescription.

(7) Conclusion sur l’interprétation de la Commission

[70] Le sens ordinaire, le contexte et l’objet de l’art. 159 et du par. 161(6) permettent de conclure raisonnablement que « l’événement » qui donne lieu à une instance fondée sur l’al. 161(6)d) s’entend du fait de « conven[ir] avec un organisme de réglementation des valeurs mobilières » de faire l’objet d’une mesure réglementaire. Je ne dis pas que

is not a reasonable alternative. But as I have said, when faced with two competing reasonable interpretations that result from a lack of clarity in its home statute, the Commission, with the benefit of its expertise, is entitled to choose between them. Courts must respect that choice.

C. *The Commission's Failure to Give Reasons*

[71] Briefly, I note that the Commission here failed to give reasons for its interpretation of s. 159. Instead, the Commission issued its order and, in doing so, impliedly decided that the proceeding was not time-barred. As noted in *Alberta Teachers*, “deference under the reasonableness standard is best given effect when administrative decision makers provide intelligible and transparent justification for their decisions” (at para. 54; see also *Dunsmuir*, at para. 47). Nonetheless, “when a reasonable basis for the decision is apparent to the reviewing court, it will generally be unnecessary to remit the decision to the tribunal” (at para. 55; see also *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559, at para. 58).

[72] Unlike *Alberta Teachers*, in the case at bar, we do not have the benefit of the Commission’s reasoning from its decisions in other cases involving the same issue (see paras. 56-57). However, a basis for the Commission’s interpretation is apparent from the arguments advanced by the respondent, who is also empowered to make orders under (and thus to interpret) s. 161(1) and (6). These arguments follow from established principles of statutory interpretation. Accordingly, though reasons would have been preferable, there is nothing to be gained here from requiring the Commission to explain on remand what is readily apparent now.

VI. Disposition

[73] For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

l’interprétation de l’appelante n’est pas raisonnable, mais, je le répète, lorsque deux interprétations raisonnables divergentes sont possibles à cause d’une ambiguïté de la loi constitutive, la Commission, forte de son expertise, peut opter pour l’une ou l’autre, à son gré. Les cours de justice doivent respecter son choix.

C. *L’absence de motifs*

[71] Je signale brièvement que, dans la présente affaire, la Commission ne motive pas son interprétation de l’art. 159. Elle rend plutôt son ordonnance et, de ce fait, conclut tacitement que l’instance n’est pas prescrite. Comme le dit la Cour dans l’arrêt *Alberta Teachers*, « la déférence inhérente à la norme de la raisonabilité se manifeste optimalement lorsqu’une décision administrative est justifiée de façon intelligible et transparente » (par. 54; voir également *Dunsmuir*, par. 47). Néanmoins, « lorsque la décision a un fondement raisonnable manifeste, il n’est généralement pas nécessaire de renvoyer l’affaire au tribunal administratif » (par. 55; voir également *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559, par. 58).

[72] Dans le présent dossier, contrairement à l’affaire *Alberta Teachers*, nous ne disposons pas du raisonnement de la Commission dans d’autres affaires portant sur le même point (voir les par. 56-57). Toutefois, le bien-fondé de l’interprétation de la Commission ressort de l’argumentaire de l’intimé, lequel est également habilité à rendre des ordonnances suivant les par. 161(1) et (6) (et donc à interpréter ces dispositions). De plus, ces arguments s’appuient sur des principes d’interprétation législative établis. Par conséquent, bien qu’il eût été préférable que la Commission motive son ordonnance, il n’y a aucun avantage en l’espèce à lui renvoyer l’affaire pour qu’elle explique ce qui est déjà manifeste.

VI. Dispositif

[73] Pour ces motifs, je suis d’avis de rejeter le pourvoi, avec dépens.

The following are the reasons delivered by

[74] KARAKATSANIS J. — I agree with Justice Moldaver’s proposed disposition of this appeal and with much of his analysis. I accept his conclusion that the British Columbia Securities Commission was reasonable in interpreting the limitation period contained in s. 159 of the British Columbia *Securities Act*, R.S.B.C. 1996, c. 418, to require that secondary proceedings under s. 161(6) of the Act must be initiated within six years of a person being sanctioned in another jurisdiction, not within six years of the underlying misconduct.

[75] However, I part company with my colleague when he suggests that the opposite interpretation urged by the appellant — that the limitation period runs from the time of the underlying misconduct, not the Ontario Securities Commission order — is also reasonable. I do not agree.

[76] While the text of the provision, or its drafting history, might bear different interpretations if considered in a vacuum, the legislative objective of facilitating interjurisdictional cooperation weighs heavily against the appellant’s interpretation.

[77] Here, legislatures across Canada have enacted similar provisions to permit secondary proceedings in furtherance of interjurisdictional cooperation and consistency in securities regulation and enforcement across the country.⁴ These objectives are also reflected in the *Provincial/Territorial Memorandum of Understanding Regarding Securities Regulation*. As my colleague notes, this Court has recognized

⁴ See *Securities Act*, R.S.A. 2000, c. S-4, s. 198(1.1); *Securities Act*, R.S.B.C. 1996, c. 418, s. 161(6); *The Securities Act*, C.C.S.M., c. S50, s. 148.4(1); *Securities Act*, S.N.B. 2004, c. S-5.5, s. 184(1.1); *Securities Act*, R.S.N.L. 1990, c. S-13, s. 127(1.1); *Securities Act*, R.S.N.S. 1989, c. 418, s. 134(1A); *Securities Act*, S.N.W.T. 2008, c. 10, s. 60(3); *Securities Act*, S.Nu. 2008, c. 12, s. 60(3); *Securities Act*, R.S.O. 1990, c. S.5, s. 127(10); *Securities Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. S-3.1, s. 60(3); *The Securities Act, 1988*, S.S. 1988-89, c. S-42.2, s. 134(1.1); *Securities Act*, S.Y. 2007, c. 16, s. 60(3).

Version française des motifs rendus par

[74] LA JUGE KARAKATSANIS — Je souscris au dispositif que propose le juge Moldaver en l’espèce, ainsi qu’à une grande partie de son analyse. Je conviens avec lui que la British Columbia Securities Commission interprète raisonnablement l’art. 159 de la *Securities Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1996, ch. 418, lorsqu’elle conclut que le délai de prescription qui y est prévu fait en sorte qu’une instance secondaire fondée sur le par. 161(6) de la Loi doit être engagée au plus tard six ans après que la personne en cause s’est vu infliger une sanction dans un autre ressort, et non dans les six ans de son inconduite.

[75] Cependant, je ne partage pas son avis selon lequel l’interprétation contraire préconisée par l’appelante — à savoir que le délai de prescription court à compter de l’inconduite, et non du prononcé de l’ordonnance de la CVMO — est également raisonnable. Je ne suis pas d’accord.

[76] Bien que le libellé de la disposition en cause ou son historique puissent donner lieu à des interprétations différentes dans l’abstrait, l’objectif législatif de faciliter la coopération entre les ressorts milite fortement contre l’interprétation avancée par l’appelante.

[77] Au moyen de dispositions apparentées, les différentes législatures provinciales et territoriales ont doté leurs organismes de réglementation du pouvoir d’engager des instances secondaires⁴. Elles l’ont fait aux fins de la coopération intergouvernementale, de l’uniformité de la réglementation des valeurs mobilières et de l’application de celle-ci à la grandeur du pays, des objectifs qui sous-tendent

⁴ Voir *Securities Act*, R.S.A. 2000, ch. S-4, par. 198(1.1); *Securities Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 418, par. 161(6); *Loi sur les valeurs mobilières*, C.P.L.M., ch. S50, par. 148.4(1); *Loi sur les valeurs mobilières*, L.N.-B. 2004, ch. S-5.5, par. 184(1.1); *Securities Act*, R.S.N.L. 1990, ch. S-13, par. 127(1.1); *Securities Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 418, par. 134(1A); *Loi sur les valeurs mobilières*, L.T.N.-O. 2008, ch. 10, par. 60(3); *Securities Act*, S.Nu. 2008, ch. 12, par. 60(3); *Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.O. 1990, ch. S.5, par. 127(10); *Securities Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. S-3.1, par. 60(3); *The Securities Act, 1988*, S.S. 1988-89, ch. S-42.2, par. 134(1.1); *Loi sur les valeurs mobilières*, L.Y. 2007, ch. 16, par. 60(3).

that interjurisdictional cooperation is “indispensable” to securities regulation: *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, 2000 SCC 21, [2000] 1 S.C.R. 494, at para. 27. It is particularly important in light of *Reference re Securities Act*, 2011 SCC 66, [2011] 3 S.C.R. 837.

[78] On the appellant’s reading, the British Columbia Securities Commission may only initiate secondary proceedings against a person if it does so within six years of the underlying misconduct. This would mean that in cases — like this one — where an investigation in another jurisdiction does not conclude in an order or settlement within six years of the underlying misconduct, the Commission could not use its secondary proceedings power unless it had already started proceedings before the six year clock had elapsed. The appellant’s solution, that the Commission could instead initiate its own primary proceedings before the other jurisdiction’s had concluded, strikes me as duplication that is inconsistent with the objectives of the secondary proceedings regime.

[79] In this context, I am not persuaded that it would have been open to the Commission to reasonably interpret the limitation period as the appellant urges. It is at odds with a purposive interpretation.

[80] My colleague’s conclusion that both interpretations are reasonable would permit securities commissions in different jurisdictions across the country to come to completely opposite conclusions about the application of essentially equivalent statutory provisions enacted for the same purposes. Such a result has the potential to thwart the legislative objectives of consistency and cooperation that underlie the secondary proceedings regime.

également le *Protocole d’entente provincial-territorial sur la réglementation des valeurs mobilières*. Comme le signale mon collègue, la Cour a reconnu que la coopération intergouvernementale est « indispensable » à la réglementation des valeurs mobilières (*Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2000 CSC 21, [2000] 1 R.C.S. 494, par. 27). Cette coopération revêt une importance particulière eu égard au *Renvoi relatif à la Loi sur les valeurs mobilières*, 2011 CSC 66, [2011] 3 R.C.S. 837.

[78] Selon l’interprétation que préconise l’appelante, la British Columbia Securities Commission ne peut introduire une instance secondaire contre une personne que dans les six ans de l’inconduite en cause. Dès lors, lorsque — comme dans la présente affaire — l’enquête dans l’autre ressort ne débouche pas sur une ordonnance ou un règlement dans les six ans de l’inconduite, la Commission ne pourrait exercer son pouvoir d’introduire une instance secondaire que si elle avait déjà engagé une instance avant l’expiration du délai de prescription de six ans. Je vois dans cette solution — que la Commission introduise plutôt sa propre instance principale avant la conclusion de l’enquête dans l’autre ressort — un dédoublement incompatible avec les objectifs du régime qui permet l’introduction d’instances secondaires.

[79] Dans ce contexte, je ne suis pas convaincue qu’il aurait été raisonnable pour la Commission d’interpréter le délai de prescription comme nous y exhorte l’appelante. Pareille interprétation serait allée à l’encontre de la démarche téléologique.

[80] La conclusion de mon collègue selon laquelle les deux interprétations sont raisonnables fait en sorte que les commissions des valeurs mobilières des différents ressorts canadiens pourront tirer des conclusions diamétralement opposées relativement à l’application de dispositions législatives qui sont essentiellement équivalentes et qui visent les mêmes objectifs. Pareil résultat risque de contrecarrer les objectifs d’uniformité et de coopération qui sous-tendent le régime des instances secondaires.

[81] As my colleague notes, the disposition of this appeal does not require us to decide whether the appellant's alternative interpretation is reasonable.

[82] Accordingly, with this reservation regarding my colleague's reasons, I too would dismiss the appeal.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Stockwoods, Toronto.

Solicitor for the respondent: British Columbia Securities Commission, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Financial Advisors Association of Canada: Blaney McMurtry, Toronto.

Solicitor for the intervener the Ontario Securities Commission: Ontario Securities Commission, Toronto.

[81] Comme le souligne mon collègue, statuer sur le présent pourvoi n'exige pas que nous décidions si l'interprétation proposée par l'appelante est raisonnable ou non.

[82] En conséquence, mise à part cette réserve à l'égard des motifs de mon collègue, je suis également d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Stockwoods, Toronto.

Procureur de l'intimé : British Columbia Securities Commission, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Association des conseillers en finances du Canada : Blaney McMurtry, Toronto.

Procureur de l'intervenante la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario : Commission des valeurs mobilières de l'Ontario, Toronto.

TAB F

*Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney
General), 2014 SCC 40*



SUPREME COURT OF CANADA

CITATION: Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General), 2014 SCC 40

DATE: 20140523
DOCKET: 35145

BETWEEN:

Canadian National Railway Company
Appellant
and
**Attorney General of Canada,
Peace River Coal Inc. and
Canadian Industrial Transportation Association**
Respondents

CORAM: McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell, Karakatsanis and Wagner JJ.

REASONS FOR JUDGMENT: Rothstein J. (McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Cromwell, (paras. 1 to 69) Karakatsanis and Wagner JJ. concurring)

NOTE: This document is subject to editorial revision before its reproduction in final form in the *Canada Supreme Court Reports*.

CANADIAN NATIONAL RAILWAY v. CANADA (A.G.)

Canadian National Railway Company

Appellant

v.

**Attorney General of Canada,
Peace River Coal Inc. and
Canadian Industrial Transportation Association**

Respondents

Indexed as: Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General)

2014 SCC 40

File No.: 35145.

2014: January 14; 2014: May 23.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell, Karakatsanis and Wagner JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Administrative law — Transportation law — Boards and tribunals —
Judicial review — Standard of review — Governor in Council rescinding decision of
Canadian Transportation Agency — Whether Governor in Council empowered to
vary or rescind decision of Agency — Whether applicable standard of review is*

correctness or reasonableness — *Canadian Transportation Act, S.C. 1996, c. 10, ss. 40, 41, 120.1.*

The confidential contract between PRC and CN for shipping coal specified that a fuel surcharge set out in Tariff 7402 would be applied when the monthly average price of highway diesel fuel equalled or exceeded the “strike price”. Tariff 7402 set the strike price at US\$1.25 per gallon. CN could make unilateral changes to Tariff 7402, and the contract provided no mechanism for PRC to challenge any such change.

Shortly after the confidential contract took effect, CN introduced Tariff 7403, which provided for a higher strike price. Tariff 7402 and its lower strike price would remain in effect until the expiration of those contracts to which it applied. CN refused to apply the higher strike price to PRC’s traffic, and the Canadian Transportation Agency (“Agency”) dismissed PRC’s application under s. 120.1 of the *Canada Transportation Act* (“CTA”) for an order that the strike price in Tariff 7402 be varied to reflect the higher strike price in Tariff 7403. The Canadian Industrial Transportation Association then filed a petition under s. 40 of the *CTA* requesting that the Governor in Council vary the Agency’s decision and direct the Agency that the confidential contract does not preclude the Agency from assessing the reasonableness of the fuel surcharge in Tariff 7402. The Governor in Council rescinded the Agency’s decision. On judicial review, the Federal Court found that the issue before the Governor in Council was one of pure jurisdiction, applied the correctness standard

and set aside the Order of the Governor in Council, and restored the Agency's decision. The Federal Court of Appeal, applying a reasonableness standard, set aside the judgment of the Federal Court and dismissed CN's application for judicial review of the Governor in Council's decision.

Held: The appeal should be dismissed.

Section 40 of the *CTA* confers broad authority on the Governor in Council to address any orders or decisions of the Agency, including those involving questions of law. Where Parliament intends to limit the Governor in Council's authority, it does so expressly, but the only inherent limitation on the authority conferred by s. 40 is that the Governor in Council's authority is limited to matters already dealt with by the Commission. Limitations like those placed on the right to appeal a decision of the Agency to the Federal Court of Appeal or on the Governor in Council's authority under other legislation are not found in s. 40.

The *Dunsmuir* framework, which applies to administrative decision-makers generally and not just to administrative tribunals, applies to adjudicative decisions of the Governor in Council made under s. 40, and the applicable standard of review is reasonableness. It is now well established that deference will usually result where a decision maker is interpreting its own statute or statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity. Parliament has recognized that the Governor in Council has particular familiarity in the area of economic regulation and transportation law and policy is closely connected to the Governor in

Council's review function. The presumption of deference applies and is not rebutted. Whether a party to a confidential contract can bring a complaint under s. 120.1 is a question of law which does not fall within one of the established categories of questions to which correctness review applies. There is no issue of constitutionality or competing jurisdiction between tribunals. The question at issue is not a question of central importance to the legal system as a whole. Finally, it is an issue of statutory interpretation and could not be a true question of jurisdiction or *vires* of the Governor in Council.

The Governor in Council's conclusion that a party to a confidential contract is able to bring a complaint under s. 120.1 in certain circumstances was reasonable. It is supported by the facts and the wording of s. 120.1(1). The conclusion that the existence of a confidential contract did not bar a shipper from applying for a reasonableness assessment under s. 120.1(1), is consistent with the terms of the *CTA*, which do not preclude the Agency from reviewing the reasonableness of a charge contained in a tariff applicable to more than one shipper, whether or not it is incorporated by reference into a confidential contract. In addition, it was open to the Governor in Council to conclude that Parliament's intent in enacting s. 120.1 was to provide a measure of protection for shippers. Accordingly, without deciding whether in any particular case a confidential contract would preclude a shipper from relief under s. 120.1, leaving access to the s. 120.1 complaint mechanism available to parties to confidential contracts can reasonably be said to be

consistent with that intention. The Governor in Council's interpretation of s. 120.1 was reasonable.

Cases Cited

Referred to: *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735; *Public Mobile Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 194, [2011] 3 F.C.R. 344; *British Columbia (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 S.C.R. 41; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471; *Placer Dome Canada Ltd. v. Ontario (Minister of Finance)*, 2006 SCC 20, [2006] 1 S.C.R. 715; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Katz Group Canada Inc. v. Ontario (Health and Long-Term Care)*, 2013 SCC 64, [2013] 3 S.C.R. 810; *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654.

Statutes and Regulations Cited

Broadcasting Act, S.C. 1991, c. 11, s. 28.

Canada Marine Act, S.C. 1998, c. 10, ss. 52(2), 94(3).

Canada Oil and Gas Operations Act, R.S.C. 1985, c. O-7, s. 51.

Canada Transportation Act, S.C. 1996, c. 10, ss. 40, 41, 120.1, 126, 161, 162(1), 165(1), (3).

National Transportation Act, S.C. 1966-67, c. 69.

National Transportation Act, 1987, S.C. 1987, c. 34, s. 120.

Pilotage Act, R.S.C. 1985, c. P-14, s. 35(7).

Railway Act, S.C. 1888, c. 29, s. 11(r).

Railway Act, 1868, S.C. 1868, c. 68, s. 23.

Railway Act, 1903, S.C. 1903, c. 58.

Telecommunications Act, S.C. 1993, c. 38, s. 12.

Authors Cited

Canada. House of Commons. *Debates of the House of Commons of the Dominion of Canada*, vol. LVIII, 3rd Sess., 9th Parl., March 20, 1903, pp. 248 and 259.

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. XI, 1st Sess., 27th Parl., January 10, 1967, p. 11630.

Canada. House of Commons. Standing Committee on Transport, Infrastructure and Communities. *Evidence*, No. 2, 2nd Sess., 39th Parl., November 22, 2007, pp. 1-2.

Canada. House of Commons. Standing Committee on Transport, Infrastructure and Communities. *Evidence*, No. 3, 2nd Sess., 39th Parl., November 27, 2007, pp. 1-2.

Canada. Parliamentary Information and Research Service. Legislative Summary LS-569E. “Bill C-8: An Act to Amend the Canada Transportation Act (Railway Transportation)”, by David Johansen, Law and Government Division, November 2, 2007, revised June 27, 2008.

Canada. Transport Canada. *Freedom to Move: The Legislation: Overview of National Transportation Legislation 1986*. Ottawa: Transport Canada, 1986.

Coyne, H. E. B. *The Railway Law of Canada*. Toronto: Canada Law Book Co., 1947.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Dawson, Gauthier and Stratas JJ.A.), 2012 FCA 278, 440 N.R. 217, [2012] F.C.J. No. 1438 (QL), 2012 CarswellNat 4527, setting aside a decision of Hughes J., 2011 FC 1201, 398 F.T.R. 218, [2011] F.C.J. No. 1469 (QL), 2011 CarswellNat 4297. Appeal dismissed.

Guy J. Pratte, Nadia Effendi and Éric Harvey, for the appellant.

Peter Southey and Sean Gaudet, for the respondent the Attorney General of Canada.

Forrest C. Hume and Cynthia A. Millar, for the respondents Peace River Coal Inc. and the Canadian Industrial Transportation Association.

The judgment of the Court was delivered by

ROTHSTEIN J. —

I. Overview

[1] In *The Railway Act, 1868*, S.C. 1868, c. 68, the Governor in Council was given the power to approve railway freight rates in Canada. In 1903, the regulation of freight rates devolved to the Board of Railway Commissioners and the role of the Governor in Council changed to that of a reviewing body with the power to vary or rescind decisions of the Board of Railway Commissioners. Section 40 of the *Canada Transportation Act*, S.C. 1996, c. 10 (“CTA”), continues this role for the Governor in Council to vary or rescind any decision or order of the Canadian Transportation Agency (“Agency”).

[2] The questions at issue in this appeal centre on whether the Governor in Council was empowered to vary or rescind a decision of the Agency on a point of law. In my respectful opinion, the Governor in Council has such authority.

II. Facts

[3] This appeal concerns a confidential contract between the Canadian National Railway Company (“CN”) and Peace River Coal Inc. (“PRC”). PRC operates a coal loading facility at Trend, British Columbia. The confidential contract, effective for the period from January 1, 2008 to June 30, 2010, was for shipping coal from Trend to Ridley Terminals in Prince Rupert, British Columbia.

[4] The confidential contract incorporated by reference all applicable tariffs, rules and regulations. In particular, it incorporated “Fuel Surcharge Tariff CN 7402 series, supplements thereto or reissues thereof”, which provided for the addition of a

mileage-based fuel surcharge to the base rate CN charged for carriage of freight. The surcharge would be applied when the monthly average price of highway diesel fuel equalled or exceeded a set price called the “strike price”. Tariff 7402 set the strike price at US\$1.25 per gallon. CN and PRC both understood that, during the lifetime of the contract, CN could unilaterally make changes to Tariff 7402. The contract did not provide a mechanism for PRC to challenge any change to the Tariff unilaterally made by CN.

[5] On February 21, 2008, CN advised its customers that, effective April 1, 2008, it would be introducing Tariff 7403, which provided for a strike price of US\$2.30 per gallon. However, Tariff 7402 would remain in effect until the expiration of those contracts to which Tariff 7402 applied.

[6] PRC asked CN to apply Tariff 7403 to PRC’s traffic as of April 1, 2008. CN declined this request.

[7] On April 22, 2008, PRC applied to the Agency under s. 120.1 of the *CTA* for an order establishing a reasonable fuel surcharge to apply to PRC’s traffic. PRC requested that the Agency require CN to vary its charges in Tariff 7402 to reflect the charges in Tariff 7403; that is, that its rates for the movement of its coal from Trend to Ridley Terminals in its confidential contract could not be increased by a fuel surcharge until the strike price of US\$2.30 per gallon was equalled or exceeded.

[8] On motion by CN, the Agency dismissed PRC's application on the ground that PRC was asking the Agency to amend its confidential contract, which the Agency said it did not have the jurisdiction to do. PRC did not seek leave to appeal to the Federal Court of Appeal, despite having the option to do so pursuant to s. 41 of the Act, which provides for a right of appeal, on leave being obtained, on a matter of law or jurisdiction brought within one month of the Agency's decision.

[9] Six months after the Agency's decision, the Canadian Industrial Transportation Association ("CITA"), a trade association representing the interests of shippers, filed a petition with the Governor in Council requesting a variance of the Agency's decision pursuant to s. 40 of the *CTA*. PRC is a member of CITA. CITA asked the Governor in Council to direct the Agency that the confidential contract between PRC and CN does not preclude the Agency from assessing the reasonableness of the fuel surcharge in Tariff 7402. On June 10, 2010, the Governor in Council rescinded the Agency's decision.

III. Relevant Statutory Provisions

[10] The relevant statutory provisions are contained in the Appendix. The statutory provisions most directly at issue in this appeal are ss. 40, 41 and 120.1 of the *CTA*.

IV. Administrative Decisions

A. *The Decision of the Agency*

[11] CN brought a preliminary motion before the Agency, seeking to dismiss PRC's application on two grounds: (1) the Agency did not have jurisdiction to amend the terms of a confidential contract under s. 120.1 of the *CTA* and (2) the fuel surcharge was part of the rate for the movement of traffic such that s. 120.1(7) would preclude review of the surcharge under s. 120.1 of the *CTA*.

[12] The Agency found that PRC was seeking to have the fuel surcharge provided for in the contract changed to reflect a different fuel surcharge.

[13] Citing certainty and predictability of contract, the Agency found that the parties were bound by the contract and that it had no jurisdiction to change the terms of a contract under s. 120.1. The Agency did not find it necessary to go on to consider whether the fuel surcharge forms part of the rate for the movement of traffic within the meaning of s. 120.1(7). The Agency dismissed PRC's application.

B. *The Decision of the Governor in Council*

[14] The Governor in Council rescinded the Agency's decision. The Order in Council, P.C. 2010-749, stated that s. 120.1 of the *CTA* is a complaint-based regulatory remedy against unreasonable charges for the movement of traffic imposed by a railway company. Section 120.1 is aimed at benefiting all shippers subject to the charges in the challenged tariff rather than only benefiting the complainant. The

complaint filed by PRC was for the benefit of all shippers subject to the charge contained in Tariff 7402, which applies to more than one shipper.

[15] The Order in Council stated that the Governor in Council was of the opinion that, while the existence and terms and conditions of a confidential contract are relevant to whether PRC will benefit from an order made by the Agency under s. 120.1, the confidential contract had no bearing on the reasonableness of a charge in a tariff that applies to more than one shipper and is not a tariff referred to in s. 165(3) of the *CTA*.

V. Judicial History

A. *Federal Court of Canada, 2011 FC 1201, 398 F.T.R. 218*

[16] CN sought judicial review of the Governor in Council's decision. Hughes J. set aside the Order of the Governor in Council and restored the Agency's decision. Hughes J. characterized the issue before the Governor in Council as one of "pure jurisdiction" as it centred on the Agency's jurisdiction over PRC's application and determined that the applicable standard of review was correctness (para. 68).

[17] Hughes J. found that PRC was seeking to have the fuel surcharge in the contract changed to reflect a different fuel surcharge. He also held that Tariff 7402 was part of the "rate" for the movement of traffic and was therefore exempt from review by the Agency on the basis of s. 120.1(7). The Agency had no power to vary

a contract entered into by the parties and did not have jurisdiction to review rates which are covered by the s. 120.1(7) exemption. Although the Governor in Council has the authority to determine questions of law and jurisdiction, the decision of the Governor in Council to rescind the Agency's decision was incorrect.

B. *Federal Court of Appeal, 2012 FCA 278, 440 N.R. 217*

[18] The Federal Court of Appeal set aside the judgment of the Federal Court and dismissed CN's application for judicial review of the Governor in Council's decision.

[19] Applying a reasonableness standard, Dawson J.A. held that the decision of the Governor in Council was reasonable. She determined that "the effect of the Governor in Council's decision was to impugn the Agency's factual determination that [PRC's] application sought an order requiring new fuel surcharge rates to apply to the contract" (para. 43). The Governor in Council substituted its own view, which was that PRC's application was for the benefit of all shippers. Dawson J.A. held that the characterization by the Governor in Council of the nature of PRC's application to the Agency was a question of fact that carried a policy component. Accordingly, it was not necessary for the Federal Court of Appeal to consider whether the Governor in Council is a proper forum for determining questions of law and jurisdiction.

[20] Dawson J.A. concluded that the specific remedy sought, together with the fact that s. 120.1 is "aimed at benefiting all shippers subject to the challenged tariff,

provided a basis upon which the Governor in Council could reasonably conclude that PRC's application was for the benefit of all shippers subject to the alleged charge" (para. 50). She held that the Governor in Council's decision was supported by the evidence and fell within a range of outcomes defensible in respect of the facts and law. The decision was therefore reasonable. In addition, as the Agency declined to decide whether the fuel surcharge was part of the rate for the movement of traffic within the meaning of s. 120.1(7), the Federal Court judge sitting on judicial review erred by determining this issue, which remained a live issue before the Agency. The s. 120.1(7) issue was not a proper basis for setting aside the decision of the Governor in Council. Making the judgment that the Federal Court ought to have pronounced, the Federal Court of Appeal dismissed CN's application for judicial review.

VI. Issues

[21] This appeal raises four issues:

- (1) What was the nature of the question answered by the Governor in Council in this case?
- (2) What is the scope of the Governor in Council's authority under s. 40 of the *CTA*?
- (3) What is the applicable standard of review?
- (4) Does the Governor in Council's decision withstand judicial review?

VII. Background to the Regulatory Scheme

A. *Section 120.1 of the CTA*

[22] Section 120.1 was added to the legislation following a 2001 statutory review of the Act and as part of amendments aimed at updating the legislative framework (Parliamentary Information and Research Service, Legislative Summary LS-569E “Bill C-8: An Act to Amend the Canada Transportation Act (Railway Transportation)”, revised June 27, 2008, at p. 1). Shippers had expressed concerns about incidental or ancillary charges, applied over and above freight rates for the movement of traffic. Examples of such charges include those imposed for cleaning cars, storing cars, weighing product and demurrage, a charge imposed for taking longer than the permitted free time to load or unload a car. Unlike rates for the movement of traffic from origin to destination, which may be challenged through final offer arbitration, shippers had limited recourse to challenge incidental or ancillary charges established unilaterally by the railway companies (Standing Committee on Transport, Infrastructure and Communities, Evidence, No. 2, 2nd Sess., 39th Parl., November 22, 2007, at p. 2).

[23] The amendments came as part of a move towards partial re-regulation in the rail sector after two decades of deregulation. Beginning with legislative reform in 1987 and continuing with further amendments in 1996, the goals of deregulation were to increase efficiency and improve service in the rail industry in Canada (Standing Committee on Transport, Infrastructure and Communities, Evidence, No. 3, 2nd Sess., 39th Parl., November 27, 2007, at pp. 1-2). Although deregulation was seen to

achieve these aims, rail services were and are not provided in a perfectly competitive marketplace. In certain circumstances, the railway companies were seen to have superior market power to shippers. This superior market power of the railway companies, combined with the complaints of shippers over railway service and rates, led to Parliament's efforts to respond to these concerns (Standing Committee on Transport, Infrastructure and Communities, November 22, 2007, at p. 1). As the Honourable Lawrence Cannon, Minister of Transport, Infrastructure and Communities explained: "I believe the time has come to rebalance the legislative framework in favour of shippers" (*ibid.*, at p. 2).

[24] In the context of this "rebalancing" in favour of shippers, s. 120.1 was introduced to provide a new remedy for shippers who are subject to unreasonable charges or associated terms and conditions for the movement of traffic or for the provision of incidental services that are found in a tariff that applies to more than one shipper, other than a tariff resulting from a decision of an arbitrator in a final offer arbitration. It provides that, if, on complaint in writing to the Agency, the Agency finds that the charges or associated terms and conditions are unreasonable, the Agency may establish new charges or associated terms and conditions. Under s. 120.1(7), this complaint-based remedy does not apply to rates for the movement of traffic from origin to destination.

B. *Confidential Contracts*

[25] Under s. 126 of the *CTA*, carriers and shippers may enter into confidential contracts. A confidential contract may pertain to the rates to be charged by the railway company to the shipper, reductions or allowances pertaining to rates in tariffs, rebates or allowances pertaining to rates in tariffs or confidential contracts, any conditions relating to the traffic to be moved by the railway company and the manner in which the railway company shall fulfill its service obligations.

[26] Confidential contracts were introduced in 1987 amendments to railway legislation (*National Transportation Act, 1987*, S.C. 1987, c. 34, s. 120). Parliament provided for confidential contracts in order to promote flexibility in negotiations between railway companies and shippers for rates and services (*Freedom to Move: The Legislation: Overview of National Transportation Legislation 1986* (1986), at p. 8). Confidential contracts provide an alternative to the historic requirement that a railway company could only charge a rate in respect of the movement of traffic if the rate was set out in a tariff that had been issued and published by the railway company.

[27] Where a rate is not contained in a confidential contract, typically when a confidential contract expires, a shipper dissatisfied with the rate proposed by the railway company may submit the matter to the Agency for final offer arbitration (*CTA*, s. 161). The Agency itself does not conduct the final offer arbitration. Rather, if the parties do not agree upon the arbitrator or if no arbitrator is chosen, the arbitrator will be appointed by the Agency (*CTA*, s. 162(1)(a)). However, a party to a

confidential contract cannot submit a matter governed by the confidential contract to the Agency for final offer arbitration unless the parties consent (*CTA*, s. 126(2)).

[28] As the evidence in this case established, it is common railway industry practice to include a term in confidential contracts which incorporates by reference all of the railway's tariffs covering ancillary and incidental charges (*CITA* petition, at para. 27, cited in Federal Court of Appeal reasons, at para. 38).

VIII. Analysis

A. *The Nature of the Question Answered by the Governor in Council*

[29] The Governor in Council rescinded the Agency's decision. PRC argues, and the Federal Court of Appeal found, that the issue before the Governor in Council was predominantly fact-based and, in addition, carried a policy component. PRC submits that the Agency mischaracterized its application as it was not in fact seeking to have the Agency amend the terms of its confidential contract. Rather, PRC alleges that a finding by the Agency that the fuel surcharge in Tariff 7402 is unreasonable could result in an order from the Agency requiring CN to vary the fuel surcharge, such that a higher strike price would apply to shippers subject to Tariff 7402, including PRC. As I understand it, PRC's position is that, because the confidential contract states that fuel surcharges would be subject to supplements or reissuances of Tariff 7402, any variance of the fuel surcharge would be incorporated by reference into the confidential contract by reason of the issuance of a supplement to or

reissuance of Tariff 7402, without constituting an amendment to the contract. Accordingly, the Agency mischaracterized PRC's application and the Governor in Council simply disagreed with the Agency in this regard — a question of fact that it says carried a policy component in light of the purpose of s. 120.1.

[30] The Order in Council contained two key findings. First, the Governor in Council found that PRC's complaint was for the benefit of all shippers subject to the fuel surcharge contained in Tariff 7402. Tariff 7402 applied to more than one shipper and was not a tariff referred to in s. 165(3) of the *CTA* (a tariff resulting from a decision of a final offer arbitrator). As these are the statutory conditions for bringing a complaint, PRC's application met the requirements of s. 120.1 of the *CTA*.

[31] Second, the Governor in Council stated that while the existence of a confidential contract between a railway company and a complainant and the terms and conditions of such contract are relevant to the question of whether the complainant will benefit from any order made by the Agency under that section, a confidential contract has no bearing on the reasonableness of the charge that is found in a tariff that applies to more than one shipper.

[32] Having regard to these two findings, the Governor in Council determined that the Agency can hear a complaint brought by a party to a confidential contract under s. 120.1. The necessary implication of the Governor in Council's key findings is that, where an applicant meets the statutory requirements of s. 120.1(1), the Agency must consider the reasonableness of the charge, notwithstanding the existence of a

confidential contract. The decision therefore held that a confidential contract is not an impediment to a shipper's ability to bring a complaint under s. 120.1 about charges in a tariff that applies to more than one shipper. This decision was a matter of statutory interpretation.

[33] An issue of statutory interpretation is a question of law. In the present case, policy considerations that are at the heart of the complaint mechanism underlie the question of whether a party to a confidential contract can bring a complaint under s. 120.1. These policy considerations include the market power of a railway company in some circumstances and the relatively weaker position of shippers in those circumstances. These policy considerations may be at the root of the Governor in Council's interest in the statutory interpretation issue. However, although there may be policy considerations underlying the question at issue, that does not transform the nature of the question to one of policy or fact. The question of whether a party to a confidential contract can bring a complaint under s. 120.1 is one of law.

B. *The Scope of the Governor in Council's Authority Under Section 40 of the CTA*

[34] That the Governor in Council answered a question of law in this case raises the issue of whether the Governor in Council has the authority to do so. CN argues that s. 40 of the *CTA* does not confer authority on the Governor in Council to determine matters of law or jurisdiction. Rather, questions of law or jurisdiction must be appealed to the Federal Court of Appeal pursuant to s. 41 of the *CTA*. The

Governor in Council only has authority to determine questions of fact and policy.

With respect, I cannot agree.

[35] For ease of reference, I produce the text of ss. 40 and 41(1) here:

40. The Governor in Council may, at any time, in the discretion of the Governor in Council, either on petition of a party or an interested person or of the Governor in Council's own motion, vary or rescind any decision, order, rule or regulation of the Agency, whether the decision or order is made *inter partes* or otherwise, and whether the rule or regulation is general or limited in its scope and application, and any order that the Governor in Council may make to do so is binding on the Agency and on all parties.

41. (1) An appeal lies from the Agency to the Federal Court of Appeal on a question of law or a question of jurisdiction on leave to appeal being obtained from that Court on application made within one month after the date of the decision, order, rule or regulation being appealed from, or within any further time that a judge of that Court under special circumstances allows, and on notice to the parties and the Agency, and on hearing those of them that appear and desire to be heard.

[36] The basic rule of statutory interpretation is that “the words of an Act are to be read in their entire context, in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament”: R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at p. 1, citing E. A. Driedger, *The Construction of Statutes* (1974), at p. 67).

[37] Section 40 does not contain any express limitations on the Governor in Council's authority. Unlike s. 41, which places a number of restrictions on the right of appeal to the Federal Court of Appeal, s. 40 states that the Governor in Council

may at any time vary or rescind *any* decision, order, rule or regulation of the Agency on petition of a party or an interested person, or even on the Governor in Council's own motion. There is no language in the provision that suggests the Governor in Council's authority is in any way circumscribed, nor is the Governor in Council's authority restricted to answering issues of fact or policy.

[38] In *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735, this Court described s. 64 of the *National Transportation Act*, the predecessor provision to the current s. 40, as providing for an “unlimited or unconditional” right to petition the Governor in Council, a “quite different” avenue of review from the right of appeal on questions of law or jurisdiction to the Federal Court of Appeal (p. 745). Section 64 was substantially the same as the current s. 40.

[39] As Estey J. explained, “[t]here can be found in s. 64 nothing to qualify the freedom of action of the Governor in Council, or indeed any guidelines, procedural or substantive, for the exercise of its functions under subs. (1)” (p. 745) (Although Estey J.’s conclusion, at p. 759, that the trappings of procedural fairness could not be implied into the provision may not represent the current view of how natural justice operates in an administrative context, the issue of procedural fairness owed by the Governor in Council is not before this Court.) Of course, the Governor in Council is “constrained by statute” and cannot, in the course of exercising its authority under s. 40, enact or change a law of Parliament (*Public Mobile Inc. v.*

Canada (Attorney General), 2011 FCA 194, [2011] 3 F.C.R. 344, at para. 29; see *Inuit Tapirisat*, at p. 752).

[40] For the purposes of this appeal, it remains the case that the only inherent limitation is that the Governor in Council is not empowered to address issues arising under the *CTA ab initio*: “Cabinet’s authority is restricted to matters already dealt with by the Commission, and such matters must be orders, decisions, rules or regulations . . .” (*British Columbia (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 S.C.R. 41, at p. 119, citing B. S. Romaniuk and H. N. Janisch, “*Competition in Telecommunications: Who Polices the Transition?* (1986) 18 *Ottawa L. Rev.* 561, at p. 628). In this sense, the Governor in Council does not have any substantive law-making capacity by virtue of s. 40; however, this restriction does not mean that questions of law are excluded from the scope of the Governor in Council’s authority on review of Agency decisions.

[41] By contrast, where Parliament intended to circumscribe an avenue of review, it did so expressly. Section 41, for example, places a number of restrictions on the right to appeal a decision of the Agency to the Federal Court of Appeal: appeals under s. 41 are limited to questions of law or jurisdiction, leave to appeal must be obtained and the application for leave must be made within one month of the date of the decision, order, rule or regulation being appealed from, unless there are special circumstances which justify extending the time limit. The limitations contained in s. 41 provide strong indication that Parliament directed its attention to

the issue of restrictions on the avenues of review and included intended limitations expressly.

[42] Unlike s. 40 of the *CTA*, Parliament has expressly limited the scope of the Governor in Council's authority under other legislation. The *Broadcasting Act*, S.C. 1991, c. 11, empowers the Governor in Council to set aside or refer back decisions made by the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission only if the Governor in Council is "satisfied that the decision derogates from the attainment of the objectives of the broadcasting policy set out in subsection 3(1)" of the legislation (s. 28(1)). This kind of limitation is not found in s. 40 of the *CTA*. The indication is that where Parliament has intended to limit the Governor in Council's authority, it has done so expressly.

[43] CN argues that s. 40 should be read as limiting the Governor in Council's authority to questions of fact or policy on the basis of the legislative history of ss. 40 and 41. CN maintains that Parliament's intention was to leave questions of law to the courts.

[44] However, the legislative history is ambiguous. Although some of the Hansard references to which reference was made seem to indicate that Parliament's intention was for the Governor in Council to review questions of fact and policy (*Debates of the House of Commons of the Dominion of Canada*, vol. LVIII, 3rd Sess. 9th Parl. ("1903 Debates"), March 20, 1903, at p. 248, per Hon. A.G. Blair, and vol. XI, 1st Sess., 27th Parl. ("1967 Debates"), January 10, 1967, at p. 11630, per

Hon. J. W. Pickersgill), the Hansard also contains ministerial statements suggesting that the Governor in Council's power was intended to be untrammelled (*1903 Debates*, March 20, 1903, at p. 259, per Hon. A. G. Blair).

[45] The *1967 Debates* include a statement by the Minister of Transport that the legislation provided for "an appeal on questions of fact to the governor in council" (January 10, 1967, at p. 11630). Although this correctly states the Governor in Council's legislative authority to determine questions of fact, this statement does not provide evidence of Parliament's intention to limit the Governor in Council's authority to reviewing questions of fact alone. In addition, although he was Minister of Transport at the time of the 1967 enactment of the *National Transportation Act*, S.C. 1966-67, c. 69, Mr. Pickersgill's interpretation of earlier enactments by other parliaments do not provide evidence of the intent of the legislature at the time of the earlier enactments. As such, the Hansard evidence does not establish an unambiguous parliamentary intention to limit the authority of the Governor in Council.

[46] In my view, the Hansard evidence does confirm that Parliament intended to prevent questions of fact from being appealed to the Federal Court of Appeal. This does not, without more, demonstrate that the Governor in Council's role was intended to be limited to review of questions of fact or policy alone.

[47] This Court has observed that, while Hansard evidence is admitted as relevant to the background and purpose of the legislation, courts must remain mindful of the limited reliability and weight of such evidence (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*,

[1998] 1 S.C.R. 27, at para. 35; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463, at p. 484; Sullivan, *supra*, at pp. 608-14). Hansard references may be relied on as evidence of the background and purpose of the legislation or, in some cases, as direct evidence of purpose (*Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471, at para. 44, per LeBel and Cromwell JJ.). Here, Hansard is advanced as evidence of legislative intent. However, such references will not be helpful in interpreting the words of a legislative provision where the references are themselves ambiguous (*Placer Dome Canada Ltd. v. Ontario (Minister of Finance)*, 2006 SCC 20, [2006] 1 S.C.R. 715, at para. 39, per LeBel J.). Accordingly, the evidence relied on by CN in this case does not support the argument that an implied restriction to questions of fact and policy should be read into the otherwise broad and unrestricted language in s. 40.

[48] CN submits that it is rare for the Governor in Council to vary or rescind an administrative decision on a question of law. I accept that it is unusual for the Governor in Council to determine a question of law and agree that the Governor in Council is generally concerned with issues of policy and fact. Although it is rare for the Governor in Council to determine a question of law, this does not mean that the Governor in Council has no authority under the statute to do so. Indeed, parties may prefer to comply with the requirements of s. 41 and seek leave to appeal to the Federal Court of Appeal, where a traditional full hearing on the matter will be carried out. Although these may be practical or strategic considerations, they do not alter the

fact that the legislation does not restrict the Governor in Council from determining a question of law.

[49] Accordingly, petitions to the Governor in Council are not restricted to issues of fact or policy. The Governor in Council has the authority to answer legal questions. This authority is properly supervised by the courts in the course of judicial review.

C. *Standard of Review*

[50] Determining the appropriate standard of review in this case involves consideration of two issues. First, does the standard of review analysis set out by this Court in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, apply to decisions of the Governor in Council? Second, what is the applicable standard of review in this case?

(1) The Dunsmuir Framework Applies to Decisions of the Governor in Council

[51] This case is not about whether a regulation made by the Governor in Council was *intra vires* its authority. Unlike cases involving challenges to the *vires* of regulations, such as *Katz Group Canada Inc. v. Ontario (Health and Long-Term Care)*, 2013 SCC 64, [2013] 3 S.C.R. 810, the Governor in Council does not act in a legislative capacity when it exercises its authority under s. 40 of the *CTA* to deal with

a decision or order of the Agency. The issue is the review framework that should apply to such a determination by the Governor in Council. I am of the view that the *Dunsmuir* framework is the appropriate mechanism for the court's judicial review of a s. 40 adjudicative decision of the Governor in Council.

[52] When the Governor in Council exercises its statutory authority under s. 40 of the *CTA*, it engages in its own substantive adjudication of the issue brought before it. The decision of the Governor in Council is then subject to judicial review by the Federal Court (*Public Mobile*, at para. 26). In this way, the court exercises a supervisory function over the Governor in Council, a public authority exercising the statutory powers delegated to it under s. 40 of the *CTA*.

[53] *Dunsmuir* is not limited to judicial review of tribunal decisions (paras. 27-28; *Public Mobile*, at para. 30). Rather, in *Dunsmuir*, the standard of review analysis was discussed in the context of “various administrative bodies”, “all exercises of public authority”, “those who exercise statutory powers”, and “administrative decision makers” (paras. 27, 28 and 49).

[54] This Court has applied the *Dunsmuir* framework to a variety of administrative bodies (see, for example, *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5, at paras. 13 and 35, per McLachlin C.J.). The precedents instruct that the *Dunsmuir* framework applies to administrative decision-makers generally and not just to administrative tribunals. The *Dunsmuir* framework thus is applicable to adjudicative decisions of the Governor in Council.

(2) The Applicable Standard of Review

[55] It is now well established that deference will usually result where a decision maker is interpreting its own statute or statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity (*Dunsmuir*, at para. 54; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160, at para. 28; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at para. 30). In such cases, there is a presumption of deferential review, unless the question at issue falls into one of the categories to which the correctness standard applies: constitutional questions, questions of law that are of central importance to the legal system as a whole and that are outside of the adjudicator's expertise, questions regarding the jurisdictional lines between two or more competing specialized tribunals, and the exceptional category of true questions of jurisdiction (*Dunsmuir*, at paras. 58-61, and *Alberta Teachers' Association*, at para. 30, citing *Canada (Canadian Human Rights Commission)*, at para. 18, and *Dunsmuir*, at paras. 58-61).

[56] Economic regulation is an area with which the Governor in Council has particular familiarity. Authority similar to that conferred in s. 40 of the *CTA* — that is authority to vary or rescind decisions of other administrative bodies — is found in a variety of federal economic regulatory legislation (*Telecommunications Act*, S.C. 1993, c. 38, s. 12; *Broadcasting Act*, at s. 28; *Canada Marine Act*, s.c. 1998, c. 10, ss. 52(2) and 94(3); *Pilotage Act*, R.S.C. 1985, c. P-14, s. 35(7); *Canada Oil and Gas*

Operations Act, R.S.C. 1985, c. O-7, s. 51). The issues arising under these statutes are linked by the shared economic regulatory purpose of the legislation. The cluster of economic regulatory statutes in respect of which the Governor in Council is given authority to vary or rescind decisions of the tribunals administering the legislation is an indication of a parliamentary intention to recognize that the Governor in Council has particular familiarity with such matters. The presumption of reasonableness review therefore applies to adjudicative decisions of the Governor in Council under s. 40.

[57] Although this indication of parliamentary intent is sufficient to justify a reasonableness review of the decision of the Governor in Council in this case, further support is found in the history of the Governor in Council's involvement in the regulation of railways in Canada. The Governor in Council has always been closely connected to the regulation of railways in Canada. In the first session of the first Parliament of the Dominion, *The Railway Act, 1868*, was passed. This legislation, the first incarnation of the present Act, provided that "[t]he Governor General may, from time to time, appoint such Members of the Privy Council, to the number of four at least, as he may see fit, to constitute the Railway Committee of the Privy Council" (s. 23). In amendments to the Act in 1888, the jurisdiction of the Railway Committee of the Privy Council was extended beyond regulatory powers to include the power to hear and determine any application respecting "[a]ny manner, act or thing which by this . . . is sanctioned, required to be done, or prohibited" (*The Railway Act*, S.C.

1888, c. 29, s. 11(*r*); see also H. E. B. Coyne, *The Railway Law of Canada* (1947), at p. vi).

[58] Although primary administrative jurisdiction over *The Railway Act* was later delegated to the Board of Railway Commissioners (the body that later became the Agency) in order to further efficiency in addressing issues arising under *The Railway Act*, the Governor in Council maintained an oversight role (*The Railway Act, 1903*, S.C. 1903, c. 58; Coyne, at pp. vi-vii). The long history of the Governor in Council's involvement in transportation law and policy indicates that this is an area closely connected to the Governor in Council's review function. Parliament has maintained a robust role for the Governor in Council in this area through s. 40, which confers broad authority on the Governor in Council to address any orders or decisions of the Agency, including those involving questions of law. When reviewing orders or decisions of the Agency in its s. 40 role, the Governor in Council acts in an adjudicative capacity and determines *de novo* substantive issues that were before the Agency. In this way, Parliament has recognized the Governor in Council's longstanding involvement in this area. As such, the principle that deference will usually result where a tribunal is interpreting statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity, can be said to apply in this case.

[59] The presumption of deference is not rebutted here. The question at issue does not fall within one of the established categories of questions to which

correctness review applies. In the present case, there is no issue of constitutionality or competing jurisdiction between tribunals.

[60] This is also not a question of central importance to the legal system as a whole. The question at issue centres on the interpretation of s. 120.1 of the *CTA*. The question is particular to this specific regulatory regime as it involves confidential contracts as provided for under the *CTA* and the availability of a complaint-based mechanism that is limited to shippers that meet the statutory conditions under s. 120.1(1). This question does not have precedential value outside of issues arising under this statutory scheme.

[61] To the extent that questions of true jurisdiction or *vires* have any currency, the Governor in Council's determination of whether a party to a confidential contract can bring a complaint under s. 120.1 does not fall within that category. This is not an issue in which the Governor in Council was required to explicitly determine whether its own statutory grant of power gave it the authority to decide the matter (see *Dunsmuir*, at para. 59). Rather, it is simply a question of statutory interpretation involving the issue of whether the s. 120.1 complaint mechanism is available to certain parties. This could not be a true question of jurisdiction or *vires* of the Governor in Council — the decision maker under review in this case.

[62] In this case, the Governor in Council was interpreting the *CTA*, legislation closely related to its economic regulation review function. This issue of

statutory interpretation does not fall within any of the categories of questions to which a correctness review applies. As such, the applicable standard of review is reasonableness.

D. *Application of the Reasonableness Standard in This Case*

[63] In the present case, the Governor in Council concluded that a party to a confidential contract is able to bring a complaint under s. 120.1 of the *CTA* in certain circumstances. In my view, this decision was reasonable.

[64] The wording of s. 120.1 provides the basis for the Governor in Council's decision. Section 120.1(1) sets out the circumstances under which the Agency can inquire into the reasonableness of a charge imposed by a railway company: the shipper bringing the complaint must be subject to any charges and associated terms and conditions for the movement of traffic or for the provision of incidental services; the charges must be found in a tariff; the tariff must apply to more than one shipper; and the tariff must not be one referred to in s. 165(3) (a tariff resulting from a decision of a final offer arbitrator). As noted by the Governor in Council, PRC met all of these conditions. As such, the only reason to preclude PRC from bringing a complaint under s. 120.1 is the existence of the confidential contract between PRC and CN.

[65] The Governor in Council concluded that, while the terms of a confidential contract are relevant to whether PRC may benefit from any order made

by the Agency, the existence of a confidential contract does not bar a shipper from applying for a reasonableness assessment under s. 120.1(1). This conclusion is consistent with the terms of the *CTA*, which do not preclude the Agency from reviewing the reasonableness of a charge contained in a tariff applicable to more than one shipper, whether or not it is incorporated by reference into a confidential contract. There was also no evidence in this case that the parties attempted to contract out of the availability of the s. 120.1 remedy, nor is it necessary in this case to decide whether a shipper could contract out of the recourse provided by s. 120.1. The Governor in Council also did not resolve the question of whether PRC could benefit from any change to the tariff and this remains an open question.

[66] The Governor in Council's interpretation of s. 120.1(1) is also supported by a reasonable view of the provision's purpose. It was open to the Governor in Council to conclude that Parliament's intention in including this complaint-based mechanism in the Act was to rebalance the legislative framework in favour of shippers in an industry where there are circumstances of railway market power. We are not deciding in this case whether the confidential contract between PRC and CN would preclude PRC from any relief ordered by the Agency under s. 120.1 or whether a mileage-based fuel surcharge tariff is a rate for the movement of traffic under s. 120.1(7). However, there was evidence before the Governor in Council that confidential contracts are standard in the industry (CITA petition to the Governor in Council, at para. 27, found in the Federal Court of Appeal reasons, at para. 38). Accordingly, without deciding whether in any particular case a confidential contract

would preclude a shipper from relief under s. 120.1, the Governor in Council's interpretation of s. 120.1 was reasonable. Leaving access to the s. 120.1 complaint mechanism available to parties to confidential contracts can reasonably be said to be consistent with Parliament's intention to provide a measure of protection for shippers.

[67] The Governor in Council's decision is supported by the facts and the wording of s. 120.1(1), and it is consistent with Parliament's intention. The Governor in Council's decision was reasonable.

E. *Rate for the Movement of Traffic*

[68] I agree with the Federal Court of Appeal that, as the Agency did not consider the question of whether fuel surcharges are a component of the "rates for the movement of traffic" within the meaning of s. 120.1(7) and the Governor in Council did not make any finding in this regard, this question remains a live issue before the Agency (Federal Court of Appeal reasons, at paras. 52-56). It is within the Agency's jurisdiction to determine this question and it remains open for the Agency to do so.

IX. Conclusion

[69] I would dismiss the appeal with costs to the Attorney General of Canada and one set of costs to PRC and CITA.

APPENDIX

Canada Transportation Act, S.C. 1996, c. 10

40. The Governor in Council may, at any time, in the discretion of the Governor in Council, either on petition of a party or an interested person or of the Governor in Council's own motion, vary or rescind any decision, order, rule or regulation of the Agency, whether the decision or order is made *inter partes* or otherwise, and whether the rule or regulation is general or limited in its scope and application, and any order that the Governor in Council may make to do so is binding on the Agency and on all parties.

41. (1) An appeal lies from the Agency to the Federal Court of Appeal on a question of law or a question of jurisdiction on leave to appeal being obtained from that Court on application made within one month after the date of the decision, order, rule or regulation being appealed from, or within any further time that a judge of that Court under special circumstances allows, and on notice to the parties and the Agency, and on hearing those of them that appear and desire to be heard.

(2) No appeal, after leave to appeal has been obtained under subsection (1), lies unless it is entered in the Federal Court of Appeal within sixty days after the order granting leave to appeal is made.

(3) An appeal shall be heard as quickly as is practicable and, on the hearing of the appeal, the Court may draw any inferences that are not inconsistent with the facts expressly found by the Agency and that are necessary for determining the question of law or jurisdiction, as the case may be.

(4) The Agency is entitled to be heard by counsel or otherwise on the argument of an appeal.

...

120.1 (1) If, on complaint in writing to the Agency by a shipper who is subject to any charges and associated terms and conditions for the movement of traffic or for the provision of incidental services that are found in a tariff that applies to more than one shipper other than a tariff referred to in subsection 165(3), the Agency finds that the charges or

associated terms and conditions are unreasonable, the Agency may, by order, establish new charges or associated terms and conditions.

(2) An order made under subsection (1) remains in effect for the period, not exceeding one year, specified in the order.

(3) In deciding whether any charges or associated terms and conditions are unreasonable, the Agency shall take into account the following factors:

(a) the objective of the charges or associated terms and conditions;

(b) the industry practice in setting the charges or associated terms and conditions;

(c) in the case of a complaint relating to the provision of any incidental service, the existence of an effective, adequate and competitive alternative to the provision of that service; and

(d) any other factor that the Agency considers relevant.

(4) Any charges or associated terms and conditions established by the Agency shall be commercially fair and reasonable to the shippers who are subject to them as well as to the railway company that issued the tariff containing them.

(5) The railway company shall, without delay after the Agency establishes any charges or associated terms and conditions, vary its tariff to reflect those charges or associated terms and conditions.

(6) The railway company shall not vary its tariff with respect to any charges or associated terms and conditions established by the Agency until the period referred to in subsection (2) has expired.

(7) For greater certainty, this section does not apply to rates for the movement of traffic.

...

126. (1) A railway company may enter into a contract with a shipper that the parties agree to keep confidential respecting

(a) the rates to be charged by the company to the shipper;

(b) reductions or allowances pertaining to rates in tariffs that have been issued and published in accordance with this Division;

(c) rebates or allowances pertaining to rates in tariffs or confidential contracts that have previously been lawfully charged;

(d) any conditions relating to the traffic to be moved by the company; and

(e) the manner in which the company shall fulfill its service obligations under section 113.

(1.1) If a shipper wishes to enter into a contract under subsection (1) with a railway company respecting the manner in which the railway company must fulfil its service obligations under section 113, the shipper may request that the railway company make it an offer to enter into such a contract.

(1.2) The request must describe the traffic to which it relates, the services requested by the shipper with respect to the traffic and any undertaking that the shipper is prepared to give to the railway company with respect to the traffic or services.

(1.3) The railway company must make its offer within 30 days after the day on which it receives the request.

(1.4) Subject to subsection (1.5), the railway company is not required to include in its offer terms with respect to a matter that

(a) is governed by a written agreement to which the shipper and the railway company are parties;

(b) is the subject of an order, other than an interim order, made under subsection 116(4);

(c) is set out in a tariff referred to in subsection 136(4) or 165(3); or

(d) is the subject of an arbitration decision made under section 169.37.

(1.5) The railway company must include in its offer terms with respect to a matter that is governed by an agreement, the subject of an order or decision or set out in a tariff, referred to in subsection (1.4) if the agreement, order, decision or tariff expires within two months after the day on which the railway company receives the request referred to in subsection (1.1). The terms must apply to a period that begins after the agreement, order, decision or tariff expires.

(2) No party to a confidential contract is entitled to submit a matter governed by the contract to the Agency for final offer arbitration under section 161, without the consent of all the parties to the contract.

...

161. (1) A shipper who is dissatisfied with the rate or rates charged or proposed to be charged by a carrier for the movement of goods, or with any of the conditions associated with the movement of goods, may, if the matter cannot be resolved between the shipper and the carrier, submit the matter in writing to the Agency for a final offer arbitration to be conducted by one arbitrator or, if the shipper and the carrier agree, by a panel of three arbitrators.

...

162. (1) Notwithstanding any application filed with the Agency by a carrier in respect of a matter, within five days after final offers are received under subsection 161.1(1), the Agency shall refer the matter for arbitration

(a) if the parties did not agree that the arbitration should be conducted by a panel of three arbitrators, to the arbitrator, if any, named under paragraph 161(2)(e) or, if that arbitrator is not, in the opinion of the Agency, available to conduct the arbitration or no arbitrator is named, to an arbitrator on the list of arbitrators referred to in section 169 who the Agency chooses and determines is appropriate and available to conduct the arbitration; and

(b) if the parties agreed that the arbitration should be conducted by a panel of three arbitrators,

(i) to the arbitrators named by the parties under paragraph 161(2)(e) and to any arbitrator who those arbitrators have, within 10 days after the submission was served under subsection 161(2), notified the Agency that they have agreed on, or if those arbitrators did not so notify the Agency, to an arbitrator on the list of arbitrators referred to in section 169 who the Agency chooses and determines is appropriate and available to conduct the arbitration, or

(ii) if an arbitrator referred to in subparagraph (i) is not, in the opinion of the Agency, available to conduct the arbitration, to the arbitrators named in that subparagraph who are available and to an arbitrator chosen by the Agency from the list of arbitrators referred to in section 169 who the Agency

determines is appropriate and available to conduct the arbitration.

...

165. (1) The decision of the arbitrator in conducting a final offer arbitration shall be the selection by the arbitrator of the final offer of either the shipper or the carrier.

...

(3) The carrier shall, without delay after the arbitrator's decision, set out the rate or rates or the conditions associated with the movement of goods that have been selected by the arbitrator in a tariff of the carrier, unless, where the carrier is entitled to keep the rate or rates or conditions confidential, the parties to the arbitration agree to include the rate or rates or conditions in a contract that the parties agree to keep confidential.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Borden Ladner Gervais, Ottawa; Canadian National Railway Company, Montréal.

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

*Solicitors for the respondents Peace River Coal Inc. and the Canadian
Industrial Transportation Association: Davis, Vancouver.*





COUR SUPRÊME DU CANADA

RÉFÉRENCE : Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada **DATE :** 20140523
c. Canada (Procureur général), 2014 CSC 40 **DOSSIER :** 35145

ENTRE :

Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada
Appelante
et
Procureur général du Canada,
Peace River Coal Inc. et
Association canadienne de transport industriel
Intimés

TRADUCTION FRANÇAISE OFFICIELLE

CORAM : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Abella, Rothstein,
Cromwell, Karakatsanis et Wagner

MOTIFS DE JUGEMENT : Le juge Rothstein (avec l'accord de la juge en chef
(par. 1 à 69) McLachlin et des juges LeBel, Abella, Cromwell,
Karakatsanis et Wagner)

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

CHEMINS DE FER NATIONAUX DU CANADA *c.* CANADA (P.G.)

Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada

Appelante

c.

**Procureur général du Canada,
Peace River Coal Inc. et
Association canadienne de transport industriel**

Intimés

**Répertorié : Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada *c.* Canada
(Procureur général)**

2014 CSC 40

N° du greffe : 35145.

2014 : 14 janvier; 2014 : 23 mai.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell, Karakatsanis et Wagner.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Droit administratif — Droit des transports — Organismes et tribunaux
administratifs — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Gouverneur en conseil
annulant une décision de l'Office des transports du Canada — Le gouverneur en*

conseil est-il habilité à modifier ou à annuler une décision de l'Office? — La norme de contrôle applicable est-elle celle de la décision correcte ou celle de la décision raisonnable? — Loi sur les transports au Canada, L.C. 1996, ch. 10, art. 40, 41, 120.1.

Le contrat confidentiel conclu entre PRC et le CN pour le transport de charbon par voie ferrée précisait qu'un supplément carburant prévu au tarif 7402 s'appliquerait lorsque le prix moyen mensuel du carburant diesel pour véhicules routiers serait égal ou supérieur au « seuil » prévu. Le tarif 7402 fixait ce seuil à 1,25 \$ US le gallon. Le CN pouvait modifier unilatéralement le tarif 7402, et le contrat ne prévoyait aucun mécanisme permettant à PRC de contester un tel changement.

Peu après l'entrée en vigueur du contrat confidentiel, le CN a adopté le tarif 7403, qui prévoyait un seuil plus élevé. Le tarif 7402 et le seuil moins élevé qu'il prévoyait continueraient de s'appliquer jusqu'à l'expiration des contrats conclus à ce tarif. Le CN a refusé d'appliquer le seuil plus élevé aux services de transport qu'il fournissait à PRC, et l'Office des transports du Canada (l'« Office ») a rejeté la demande présentée par PRC en vertu de l'art. 120.1 de la *Loi sur les transports au Canada* (« Loi ») en vue d'obtenir une ordonnance modifiant le seuil prévu au tarif 7402 de façon à le faire correspondre à celui plus élevé établi par le tarif 7403. L'Association canadienne de transport industriel a alors demandé au gouverneur en conseil, par voie de requête fondée sur l'art. 40 de la *Loi*, de modifier la décision de

l'Office et d'ordonner à celui-ci de considérer que le contrat confidentiel ne l'empêchait pas de déterminer si le supplément carburant prévu au tarif 7402 était raisonnable. Le gouverneur en conseil a annulé la décision de l'Office. À l'issue d'un contrôle judiciaire, la Cour fédérale a conclu que la question soumise au gouverneur en conseil touchait véritablement à la compétence, a appliqué la norme de la décision correcte, a annulé le décret du gouverneur en conseil et a rétabli la décision de l'Office. Appliquant la norme de la décision raisonnable, la Cour d'appel fédérale a infirmé le jugement de la Cour fédérale et a rejeté la demande de contrôle judiciaire de la décision du gouverneur en conseil présentée par le CN.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

L'article 40 de la *Loi* confère au gouverneur en conseil un vaste pouvoir décisionnel à l'égard des arrêtés et des décisions de l'Office, y compris ceux qui soulèvent des questions de droit. Lorsque le législateur entend restreindre les pouvoirs du gouverneur en conseil, il le fait expressément, mais la seule limite inhérente au pouvoir conféré par l'art. 40 est que le pouvoir du gouverneur en conseil se limite à l'examen des questions déjà examinées par l'Office. Des restrictions comme celles relatives au droit de porter une décision de l'Office devant la Cour d'appel fédérale ou celles qu'imposent d'autres lois au pouvoir du gouverneur en conseil n'apparaissent pas à l'art. 40.

Le cadre énoncé dans l'arrêt *Dunsmuir*, qui s'applique aux décideurs administratifs en général et non seulement aux tribunaux administratifs, s'applique

aux décisions juridictionnelles prises par le gouverneur en conseil en vertu de l'art. 40, et la norme de contrôle est celle de la décision raisonnable. Il est aujourd'hui bien établi que la déférence est habituellement de mise lorsqu'un décideur interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie. Le législateur a reconnu au gouverneur en conseil une connaissance approfondie du secteur de la réglementation économique, et les lois et politiques en matière de transport sont liées de près à la fonction d'examen du gouverneur en conseil. La présomption de déférence s'applique et n'est pas réfutée. La question de savoir si une partie à un contrat confidentiel peut déposer une plainte en vertu de l'art. 120.1 constitue une question de droit qui n'appartient pas à l'une des catégories établies de questions auxquelles s'applique la norme de contrôle de la décision correcte. Aucune question de constitutionnalité ou de compétence concurrente entre tribunaux administratifs ne se pose. La question en litige ne revêt pas une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble. Enfin, il s'agit d'une question d'interprétation législative et il ne pouvait donc s'agir d'une question touchant véritablement la compétence ou la validité du pouvoir du gouverneur en conseil.

Le gouverneur en conseil a raisonnablement conclu qu'une partie à un contrat confidentiel peut dans certaines circonstances déposer une plainte en vertu de l'art. 120.1. Cette décision est étayée par les faits et par le libellé du par. 120.1(1). La conclusion suivant laquelle l'existence d'un contrat confidentiel n'empêchait pas un expéditeur de demander un examen du caractère raisonnable des frais en vertu du

par. 120.1(1) concorde avec les dispositions de la *Loi*, lesquelles n'empêchent pas l'Office d'examiner le caractère raisonnable des frais que contient un tarif applicable à plus d'un expéditeur, que le tarif soit ou non incorporé par renvoi dans un contrat confidentiel. En outre, le gouverneur en conseil pouvait conclure qu'en édictant l'art. 120.1, le législateur entendait offrir une certaine protection aux expéditeurs. En conséquence, sans décider si, dans un cas donné, un contrat confidentiel pourrait priver un expéditeur du recours prévu à l'art. 120.1, il est raisonnable d'affirmer que le fait de laisser aux parties à des contrats confidentiels l'accès au mécanisme des plaintes prévu à l'art. 120.1 serait conforme à cette intention du législateur. L'interprétation de l'art. 120.1 donnée par le gouverneur en conseil était raisonnable.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735; *Public Mobile Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 194, [2011] 3 R.C.F. 344; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 R.C.S. 41; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *Placer Dome Canada Ltd. c. Ontario (Ministre des Finances)*, 2006 CSC 20, [2006] 1 R.C.S. 715; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Katz Group Canada Inc. c. Ontario (Santé et Soins de longue durée)*, 2013 CSC 64, [2013] 3 R.C.S. 810; *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan*

(*District*), 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654.

Lois et règlements cités

Acte des chemins de fer, S.C. 1888, ch. 29, art. 11r).

Acte des chemins de fer, 1868, S.C. 1868, ch. 68, art. 23.

Acte des chemins de fer, 1903, S.C. 1903, ch. 58.

Loi maritime du Canada, L.C. 1998, ch. 10, art. 52(2), 94(3).

Loi nationale sur les transports, S.C. 1966-67, ch. 69.

Loi nationale de 1987 sur les transports, L.C. 1987, ch. 34, art. 120.

Loi sur la radiodiffusion, L.C. 1991, ch. 11, art. 28.

Loi sur le pilotage, L.R.C. 1985, ch. P-14, art. 35(7).

Loi sur les opérations pétrolières au Canada, L.R.C. 1985, ch. O-7, art. 51.

Loi sur les télécommunications, L.C. 1993, ch. 38, art. 12.

Loi sur les transports au Canada, L.C. 1996, ch. 10, art. 40, 41, 120.1, 126, 161, 162(1), 165(1), (3).

Doctrine et autres documents cités

Canada. Chambre des communes. L'infrastructure et des collectivités. 22 novembre 2007, p. 1-2.	Comité permanent des transports, de <i>Témoignages</i> , n° 2, 2 ^e sess., 39 ^e lég.,
--	--

Canada. Chambre des communes. L'infrastructure et des collectivités. 27 novembre 2007, p. 1-2.	Comité permanent des transports, de <i>Témoignages</i> , n° 3, 2 ^e sess., 39 ^e lég.,
--	--

- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. XI, 1^{re} sess., 27^e lég., 10 janvier 1967, p. 11630.
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes du Canada*, vol. LVIII, 3^e sess., 9^e lég., 20 mars 1903, p. 252 et 262.
- Canada. Service d'information et de recherche parlementaires. Résumé législatif LS-569F. « Projet de loi C-8 : Loi modifiant la Loi sur les transports au Canada (transport ferroviaire) », par David Johansen, Division du droit et du gouvernement, 2 novembre 2007, révisé 27 juin 2008.
- Canada. Transports Canada. *Aller sans entraves : l'étape de la législation : aperçu de la loi nationale sur les transports 1986*. Ottawa : Transports Canada, 1986.
- Coyne, H. E. B. *The Railway Law of Canada*. Toronto : Canada Law Book Co., 1947.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Dawson, Gauthier et Stratas), 2012 CAF 278, 440 N.R. 217, [2012] A.C.F. n° 1438 (QL), 2012 CarswellNat 5639, qui a infirmé une décision du juge Hughes, 2011 CF 1201, 398 F.T.R. 218, [2011] A.C.F. n° 1469 (QL), 2011 CarswellNat 5850. Pourvoi rejeté.

Guy J. Pratte, Nadia Effendi et Éric Harvey, pour l'appelante.

Peter Southey et Sean Gaudet, pour l'intimé le procureur général du Canada.

Forrest C. Hume et Cynthia A. Millar, pour les intimées Peace River Coal Inc. et l'Association canadienne de transport industriel.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ROTHSTEIN —

I. Aperçu

[1] L'Acte des chemins de fer, 1868, S.C. 1868, ch. 68, conférait au gouverneur en conseil le pouvoir d'approuver les prix du transport des marchandises par voie ferrée au Canada. En 1903, la réglementation des prix du transport des marchandises a été dévolue à la Commission des chemins de fer, et le gouverneur en conseil s'est vu confier un nouveau rôle, celui d'organisme de révision habilité à modifier ou à annuler les décisions de la Commission. L'art. 40 de la *Loi sur les transports au Canada*, L.C. 1996, ch. 10 (la « Loi ») a maintenu ce rôle du gouverneur en conseil en matière de modification et d'annulation des décisions et arrêtés de l'Office des transports du Canada (l'« Office »).

[2] Les questions en litige dans le présent pourvoi ont principalement trait au fait de savoir si le gouverneur en conseil est habilité à modifier ou à annuler une décision de l'Office sur un point de droit. À mon humble avis, le gouverneur en conseil a le pouvoir de le faire.

II. Faits

[3] Le présent pourvoi concerne un contrat confidentiel intervenu entre la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada (le « CN ») et Peace River Coal Inc. (« PRC »). PRC exploite une installation de chargement de charbon à Trend, en Colombie-Britannique. Ce contrat, qui a été en vigueur du 1^{er} janvier 2008 au 30 juin 2010, portait sur le transport de charbon par voie ferrée depuis Trend jusqu'à Ridley Terminals à Prince Rupert, en Colombie- Britannique.

[4] Le contrat confidentiel incorporait par renvoi tous les tarifs, les règles et les règlements applicables. En particulier, il incorporait le [TRADUCTION] « Tarif de supplément carburant CN 7402, ses ajouts ou ses rééditions » qui prévoyait l'ajout, au taux de base que facturait le CN pour le transport de marchandises, d'un supplément pour carburant calculé en fonction du millage parcouru. Le supplément carburant serait appliqué lorsque le prix moyen mensuel du carburant diesel pour véhicules routiers serait égal ou supérieur à un prix préétabli appelé le « seuil ». Le tarif 7402 fixait le seuil à 1,25 \$ US le gallon. Le CN et PRC savaient toutes deux que, pendant la durée du contrat, le CN pourrait modifier unilatéralement le tarif 7402. Le contrat ne prévoyait aucun mécanisme permettant à PRC de contester un changement que le CN apporterait unilatéralement à ce tarif.

[5] Le 21 février 2008, le CN a informé ses clients qu'il allait adopter le tarif 7403, avec effet à compter du 1^{er} avril 2008, et que le seuil serait de 2,30 \$ US le gallon. Cependant, le tarif 7402 continuerait à s'appliquer aux contrats conclus au tarif 7402 jusqu'à leur expiration.

[6] PRC a demandé au CN d'appliquer dès le 1^{er} avril 2008 le tarif 7403 aux services de transport qu'elle obtenait, mais le CN a refusé.

[7] Le 22 avril 2008, PRC a demandé à l'Office, en vertu de l'art. 120.1 de la *Loi*, de rendre une ordonnance fixant un supplément carburant raisonnable pour les services de transport qu'elle obtenait du CN. Elle a demandé à l'Office d'obliger le CN à modifier les frais prescrits par le tarif 7402 de façon à les faire correspondre à ceux que prévoyait le tarif 7403, c'est-à-dire d'ordonner que les taux prévus aux termes du contrat confidentiel concernant le transport de son charbon depuis le terminal de Trend jusqu'à Ridley Terminals, en Colombie-Britannique, ne soient pas assujettis à un supplément carburant avant que le seuil soit égal ou supérieur à 2,30 \$ US le gallon.

[8] Saisi d'une requête du CN, l'Office a rejeté la demande de PRC au motif que cette dernière lui demandait de modifier son contrat confidentiel, ce que l'Office affirmait ne pas avoir le pouvoir de faire. PRC n'a pas demandé l'autorisation d'interjeter appel de cette décision auprès de la Cour d'appel fédérale, même s'il lui était loisible de le faire aux termes de l'art. 41 de la *Loi*, lequel prévoit un droit d'appel, avec l'autorisation de la cour, sur une question de droit ou de compétence à la suite d'une demande présentée dans le mois suivant la date de la décision de l'Office.

[9] Six mois après la décision de l'Office, l'Association canadienne de transport industriel (l'« ACTI »), une association commerciale représentant les

intérêts des expéditeurs, a demandé par voie de requête au gouverneur en conseil de modifier la décision de l'Office en vertu de l'art. 40 de la *Loi*. PRC est membre de l'ACTI. Cette dernière a demandé au gouverneur en conseil d'ordonner à l'Office de considérer que le contrat confidentiel passé entre PRC et le CN n'empêchait pas l'Office de déterminer si le supplément carburant prévu au tarif 7402 était raisonnable. Le 10 juin 2010, le gouverneur en conseil a annulé la décision de l'Office.

III. Dispositions législatives applicables

[10] Les dispositions législatives applicables figurent à l'annexe. Les art. 40, 41 et 120.1 de la *Loi* sont plus directement en cause en l'espèce.

IV. Décisions administratives

A. *Décision de l'Office*

[11] Le CN a présenté à l'Office une requête préliminaire visant à faire rejeter la demande de PRC pour deux motifs : 1) l'Office n'était pas compétent pour modifier les modalités d'un contrat confidentiel en vertu de l'art. 120.1 de la *Loi*; 2) le supplément carburant faisait partie du prix relatif au transport, de sorte que le par. 120.1(7) empêchait que le supplément soit révisé en vertu de l'art. 120.1 de la *Loi*.

[12] L'Office a conclu que PRC demandait que le supplément carburant prévu au contrat soit modifié pour qu'il corresponde à un supplément carburant différent.

[13] Invoquant la certitude et la prévisibilité des contrats, l'Office a conclu que les parties étaient liées par le contrat et qu'il n'avait pas compétence pour modifier les modalités du contrat en vertu de l'art. 120.1. Il n'a pas jugé nécessaire d'examiner la question de savoir si le supplément carburant faisait partie du prix relatif au transport au sens du par. 120.1(7) et il a rejeté la demande de PRC.

B. *Décision du gouverneur en conseil*

[14] Le gouverneur en conseil a annulé la décision de l'Office. Le décret C.P. 2010-749 précisait que l'art. 120.1 de la *Loi* prévoit un recours administratif par voie de plainte à l'encontre des frais de transport déraisonnables appliqués par une compagnie de chemin de fer. L'art. 120.1 est censé bénéficier non pas seulement au plaignant mais également à l'ensemble des expéditeurs assujettis aux frais prévus dans le tarif contesté. La plainte déposée par PRC avait été présentée dans l'intérêt de tous les expéditeurs assujettis aux frais prévus par le tarif 7402, lequel s'applique à plus d'un expéditeur.

[15] Selon le décret, le gouverneur en conseil estimait que, même si l'existence et les modalités d'un contrat confidentiel avaient une incidence sur la question de savoir si PRC profiterait d'une ordonnance de l'Office rendue en vertu de l'art. 120.1, ce contrat confidentiel n'avait aucune incidence sur le caractère

raisonnable des frais prévus par un tarif qui est applicable à plus d'un expéditeur et qui n'est pas un tarif mentionné au par. 165(3) de la *Loi*.

V. Historique judiciaire

A. *Cour fédérale du Canada, 2011 CF 1201, 398 F.T.R. 218*

[16] Le CN a demandé le contrôle judiciaire de la décision du gouverneur en conseil. Le juge Hughes a annulé le décret du gouverneur en conseil et rétabli la décision de l'Office. Le juge a qualifié la question soumise au gouverneur en conseil de question touchant « véritablement à la compétence » car elle était axée sur la compétence de l'Office à l'égard de la demande de PRC, et il a conclu que la norme de contrôle applicable était celle de la décision correcte (par. 68).

[17] Le juge Hughes a estimé que PRC cherchait à faire modifier le supplément carburant prévu au contrat pour qu'il corresponde à un supplément différent. Il a aussi décidé que le tarif 7402 faisait partie du « prix » relatif au transport et que, aux termes du par. 120.1(7), l'Office ne pouvait donc pas l'examiner. L'Office n'avait pas le pouvoir de modifier un contrat passé entre les parties et n'avait pas compétence pour réviser des prix auxquels s'applique l'exemption prévue au par. 120.1(7). Même si le gouverneur en conseil était habilité à trancher des questions de droit et de compétence, sa décision d'annuler la décision de l'Office était mal fondée.

B. *Cour d'appel fédérale, 2012 CAF 278, 440 N.R. 217*

[18] La Cour d'appel fédérale a infirmé le jugement de la Cour fédérale et a rejeté la demande de contrôle judiciaire de la décision du gouverneur en conseil présentée par le CN.

[19] Appliquant la norme du caractère raisonnable, la juge Dawson a conclu que la décision du gouverneur en conseil était raisonnable. Elle a estimé que cette « décision du gouverneur en conseil a[vait] eu pour effet d'infirmar la conclusion de fait de l'Office selon laquelle [PRC] visait par sa plainte à obtenir une ordonnance exigeant l'application de nouveaux suppléments pour le carburant au contrat » (par. 43). Le gouverneur en conseil avait, selon elle, substitué sa propre opinion à celle de l'Office en estimant que PRC avait déposé sa plainte dans l'intérêt de tous les expéditeurs. La juge Dawson a conclu que la manière dont le gouverneur en conseil avait caractérisé la nature de la demande de PRC à l'Office était une question de fait qui comportait un élément de politique. Il n'était donc pas nécessaire que la Cour d'appel fédérale détermine si le gouverneur en conseil avait compétence pour trancher des questions de droit et de compétence.

[20] La juge Dawson a conclu que, en raison de la réparation précise demandée et du fait que l'art. 120.1 « doit profiter à tous les expéditeurs assujettis au tarif contesté, le gouverneur en conseil était fondé à conclure raisonnablement que la plainte de [PRC] visait l'intérêt de tous les expéditeurs assujettis aux frais allégués » (par. 50). Elle a estimé que la décision du gouverneur en conseil était étayée par la

preuve et appartenait aux issues pouvant se justifier au regard des faits et du droit. Cette décision était donc raisonnable. En outre, comme l'Office avait refusé de décider si le supplément carburant faisait partie du prix relatif au transport au sens du par. 120.1(7), le juge de la Cour fédérale saisi de la demande de contrôle judiciaire avait commis une erreur en tranchant cette question, dont l'Office demeurait encore saisi. La question relative au par. 120.1(7) n'était pas un motif valable permettant d'annuler la décision du gouverneur en conseil. Rendant le jugement que la Cour fédérale aurait dû rendre, la Cour d'appel fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire du CN.

VI. Questions en litige

[21] Le présent pourvoi soulève quatre questions :

- (1) Quelle est la nature de la question à laquelle le gouverneur en conseil a répondu en l'espèce?
- (2) Quelle est l'étendue du pouvoir que l'art. 40 de la *Loi* confère au gouverneur en conseil?
- (3) Quelle est la norme de contrôle applicable?
- (4) La décision du gouverneur en conseil résiste-t-elle à un contrôle judiciaire?

VII. Contexte du régime de réglementation

A. *L'article 120.1 de la Loi*

[22] L'article 120.1 a été ajouté à la suite d'un examen législatif de la *Loi* effectué en 2001 et dans le cadre de modifications visant à mettre à jour le cadre législatif (Service d'information et de recherche parlementaires, Résumé législatif LS-569F «Projet de loi C-8 : Loi modifiant la Loi sur les transports du Canada (transport ferroviaire)», révisé le 27 juin 2008, p. 1). Les expéditeurs avaient exprimé des préoccupations à propos de l'application de frais connexes ou accessoires s'ajoutant aux prix relatifs au transport de marchandises. Parmi ces frais figuraient, par exemple, ceux que l'on exige pour le nettoyage ou le remisage des wagons et la pesée des produits, ainsi que les frais de stationnement, que l'on exige lorsqu'il faut plus de temps que le délai de séjour autorisé pour charger ou décharger un wagon. Contrairement à ce qui existait dans le cas des frais relatifs au transport entre le point d'origine et celui de destination, lesquels peuvent être contestés par voie d'arbitrage, les expéditeurs disposaient de peu de recours pour contester les frais connexes ou accessoires que fixaient unilatéralement les compagnies de chemin de fer (Comité permanent des transports, de l'infrastructure et des collectivités, Témoignages, No 2, 2e sess., 39e législ., 22 novembre 2007, p. 2).

[23] Les modifications s'inscrivaient dans la foulée d'un retour partiel vers la réglementation dans le secteur ferroviaire après deux décennies de déréglementation. La déréglementation, qui avait dans un premier temps donné lieu à une réforme législative en 1987 pour se poursuivre par d'autres modifications en 1996, avait pour

objectifs d'accroître l'efficacité et d'améliorer les services au sein de l'industrie ferroviaire au Canada (Comité permanent des transports, de l'infrastructure et des collectivités, Témoignages, No 3, 2e sess., 39e législ., 27 novembre 2007, p. 1 et 2). Même si l'on considérait que la déréglementation permettait d'atteindre ces objectifs, les services ferroviaires n'étaient pas — et ne sont pas — fournis dans un marché parfaitement concurrentiel. Dans certaines circonstances, on considérait que les compagnies de chemin de fer avaient une puissance commerciale supérieure à celle des expéditeurs. Cette puissance commerciale supérieure des compagnies de chemin de fer, conjuguée aux plaintes des expéditeurs à l'égard des services et des prix du secteur ferroviaire, a amené le Parlement à répondre à ces préoccupations (Comité permanent des transports, de l'infrastructure et des collectivités, 22 novembre 2007, p. 1). Comme l'a expliqué l'honorable Lawrence Cannon, ministre des Transports, de l'Infrastructure et des Collectivités : « [j]e crois que le moment est venu de rééquilibrer le cadre législatif au profit des expéditeurs » (*Ibid.*, p. 2).

[24] Dans le contexte de ce « rééquilibrage » en faveur des expéditeurs, l'art. 120.1 a été introduit afin d'offrir un nouveau recours aux expéditeurs à qui sont appliqués, pour le transport ou la prestation de services connexes, des frais ou des conditions afférentes déraisonnables qui figurent dans un tarif applicable à plus d'un expéditeur, exception faite d'un tarif découlant d'une décision rendue par un arbitre dans le cadre d'un arbitrage. Cet article prévoit que si, à la suite du dépôt d'une plainte, l'Office estime que ces frais ou ces conditions sont déraisonnables, il peut fixer de nouveaux frais ou de nouvelles conditions. Aux termes du par. 120.1(7), ce

recours ne s'applique pas aux prix relatifs au transport entre le point d'origine et le point de destination.

B. *Les contrats confidentiels*

[25] Aux termes de l'art. 126 de la *Loi*, les transporteurs et les expéditeurs peuvent conclure des contrats confidentiels. Les contrats de cette nature peuvent porter sur les prix exigés de l'expéditeur par la compagnie ferroviaire, les baisses de prix, ou les allocations afférentes à ceux-ci, qui sont indiquées dans les tarifs établis, les rabais sur les prix, ou les allocations afférentes à ceux-ci, qui sont établis dans les tarifs ou dans les contrats confidentiels, les conditions relatives au transport à effectuer par la compagnie de chemin de fer, de même que les moyens pris par cette dernière pour s'acquitter de ses obligations en matière de services.

[26] Les contrats confidentiels ont été introduits dans les modifications apportées en 1987 aux dispositions législatives concernant le transport ferroviaire (*Loi nationale de 1987 sur les transports*, L.C. 1987, ch. 34, art. 120). Le législateur a prévu cette mesure afin de donner plus de souplesse aux négociations menées entre les compagnies de chemin de fer et les expéditeurs au sujet des prix et des services (*Aller sans entraves : l'étape de la législation : aperçu de la loi nationale sur les transports 1986* (1986), p. 8). Les contrats confidentiels offrent une solution de rechange à l'exigence historique selon laquelle une compagnie de chemin de fer ne pouvait facturer un prix relatif au transport que si ce prix était fixé dans un tarif établi et publié par cette compagnie.

[27] Lorsqu'un prix ne figure pas dans un contrat confidentiel, habituellement à l'expiration d'un tel contrat, l'expéditeur insatisfait du prix proposé par la compagnie de chemin de fer peut soumettre la question à l'Office en vue d'un arbitrage (art. 161 de la *Loi*). Ce n'est pas l'Office lui-même qui mène l'arbitrage. Mais si les parties ne s'entendent pas sur un arbitre ou si aucun arbitre n'est choisi, c'est l'Office qui le choisit (al. 162(1)a) de la *Loi*). Toutefois, une partie à un contrat confidentiel ne peut soumettre à l'Office pour arbitrage une question régie par le contrat confidentiel que si les parties y consentent (par. 126(2) de la *Loi*).

[28] Comme l'a établi la preuve produite en l'espèce, il est d'usage dans l'industrie du transport ferroviaire d'inclure dans un contrat confidentiel une clause qui incorpore par renvoi la totalité des tarifs de la compagnie de chemin de fer qui visent les frais connexes et accessoires (requête de l'ACTI, par. 27, citée dans les motifs de la Cour d'appel fédérale, par. 38).

VIII. Analyse

A. *Nature de la question à laquelle le gouverneur en conseil a répondu*

[29] Le gouverneur en conseil a annulé la décision de l'Office. PRC fait valoir — et la Cour d'appel fédérale a conclu — que la question soumise au gouverneur en conseil était de nature essentiellement factuelle et qu'elle comportait aussi un élément de politique. PRC soutient que l'Office a mal interprété sa demande, car elle ne cherchait pas en fait à faire modifier les conditions de son

contrat confidentiel. PRC allègue plutôt qu'une conclusion de l'Office selon laquelle le supplément carburant que prescrit le tarif 7402 est déraisonnable pourrait donner lieu à une ordonnance par laquelle l'Office obligerait le CN à modifier le supplément carburant, de sorte que les expéditeurs assujettis au tarif 7402 — et PRC en fait partie — seraient assujettis à un seuil supérieur. Si j'ai bien compris, PRC adopte cette position parce que le contrat confidentiel stipule que, comme les suppléments carburant feraient l'objet d'ajouts au tarif 7402 ou de rééditions de ce dernier, tout changement apporté au supplément carburant serait incorporé par renvoi au contrat confidentiel en raison de la publication d'un tel ajout ou d'une telle réédition, sans que cela constitue une modification au contrat. De ce fait, l'Office a mal interprété la demande de PRC et le gouverneur en conseil a simplement exprimé son désaccord avec l'Office à cet égard — une question de fait qui, dit-elle, comportait un élément de politique à la lumière de l'objet de l'art. 120.1.

[30] Le décret contenait deux conclusions clés. Premièrement, le gouverneur en conseil a conclu que la plainte de PRC était dans l'intérêt de tous les expéditeurs assujettis au supplément carburant contenu dans le tarif 7402. Ce tarif s'appliquait à plus d'un expéditeur et n'était pas visé au par. 165(3) de la *Loi* (un tarif découlant d'une décision d'un arbitre). Étant donné qu'il s'agit là des conditions que prévoit la *Loi* pour le dépôt d'une plainte, la demande de PRC satisfaisait aux exigences de l'art. 120.1 de la *Loi*.

[31] En second lieu, le gouverneur en conseil a décidé que, même si l'existence et les conditions d'un contrat confidentiel entre une compagnie de chemin de fer et un plaignant sont pertinentes pour déterminer si le plaignant profitera d'une ordonnance que rend l'Office en vertu de cette disposition, un contrat de cette nature n'a aucune incidence sur le caractère raisonnable des frais figurant dans un tarif applicable à plus d'un expéditeur.

[32] Compte tenu de ces deux conclusions, le gouverneur en conseil a décidé que l'Office pouvait instruire la plainte déposée par une partie à un contrat confidentiel en vertu de l'art. 120.1. Les conclusions clés du gouverneur en conseil impliquent forcément que, lorsqu'un demandeur satisfait aux exigences du par. 120.1(1), l'Office est tenu de décider si les frais sont raisonnables, indépendamment de l'existence d'un contrat confidentiel. La décision concluait donc que l'existence d'un contrat confidentiel ne fait pas obstacle à la capacité d'un expéditeur de déposer une plainte en vertu de l'art. 120.1 à propos des frais prévus par un tarif qui s'applique à plus d'un expéditeur. Cette décision constituait une question d'interprétation législative.

[33] Une question d'interprétation législative est une question de droit. En l'espèce, des questions de politique qui se situent au cœur même du mécanisme de plaintes sous-tendent la question de savoir si une partie à un contrat confidentiel peut déposer une plainte en vertu de l'art. 120.1. Ces questions de politique comprennent la puissance commerciale d'une compagnie de chemin de fer dans certaines

circonstances, de même que la position relativement plus faible des expéditeurs dans ces mêmes circonstances. Ces questions de politique sont peut-être à l'origine de l'intérêt que porte le gouverneur en conseil à la question de l'interprétation législative. Cependant, même s'il se peut que des questions de politique sous-tendent la question en litige, cela ne transforme pas cette dernière en une question de politique ou de fait. La question de savoir si une partie à un contrat confidentiel peut déposer une plainte en vertu de l'art. 120.1 est une question de droit.

B. Portée des pouvoirs que l'article 40 de la Loi confère au gouverneur en conseil

[34] Le fait que le gouverneur en conseil ait tranché une question de droit en l'espèce soulève la question de savoir s'il était habilité à le faire. Le CN plaide que l'art. 40 de la *Loi* ne confère pas au gouverneur en conseil le pouvoir de trancher des questions de droit ou de compétence. Celles-ci doivent plutôt faire l'objet d'un appel auprès de la Cour d'appel fédérale aux termes de l'art. 41 de la *Loi*. Le gouverneur en conseil n'a le pouvoir de trancher que des questions de fait et de politique. En toute déférence, je ne puis être d'accord.

[35] Par souci de commodité, je reproduis ici le texte de l'art. 40 et du par. 41(1) :

40. Le gouverneur en conseil peut modifier ou annuler les décisions, arrêtés, règles ou règlements de l'Office soit à la requête d'une partie ou d'un intéressé, soit de sa propre initiative; il importe peu que ces décisions ou arrêtés aient été pris en présence des parties ou non et que les règles ou règlements soient d'application générale ou particulière.

Les décrets du gouverneur en conseil en cette matière lient l'Office et toutes les parties.

41. (1) Tout acte — décision, arrêté, règle ou règlement — de l'Office est susceptible d'appel devant la Cour d'appel fédérale sur une question de droit ou de compétence, avec l'autorisation de la cour sur demande présentée dans le mois suivant la date de l'acte ou dans le délai supérieur accordé par un juge de la cour en des circonstances spéciales, après notification aux parties et à l'Office et audition de ceux d'entre eux qui comparaissent et désirent être entendus.

[36] Selon la règle fondamentale d'interprétation législative, [TRADUCTION] « il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'économie de la loi, son objet et l'intention du législateur » (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5e éd. 2008), p. 1, citant E. A. Driedger, *The Construction of Statutes* (1974), p. 67).

[37] L'article 40 ne comporte aucune restriction expresse aux pouvoirs du gouverneur en conseil. Contrairement à l'art. 41, qui impose un certain nombre de restrictions au droit d'interjeter appel à la Cour d'appel fédérale, l'art. 40 prévoit que le gouverneur en conseil peut en tout temps modifier ou annuler les décisions, arrêtés, règles ou règlements de l'Office, *quels qu'ils soient*, à la requête d'une partie ou d'un intéressé et même de sa propre initiative. Rien dans la disposition ne donne à penser que les pouvoirs du gouverneur en conseil sont circonscrits de quelque manière, ni que ces pouvoirs se limitent à répondre à des questions de fait ou de politique.

[38] Dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735, notre Cour a expliqué que l'art. 64 de la *Loi nationale sur les*

transports, S.R.C. 1970, ch. N-17 — la disposition ayant précédé l'art. 40 actuel — prévoyait un droit « illimité ou inconditionnel » de présenter une requête au gouverneur en conseil, ce qui constitue une voie de révision « très différente » du droit de porter en appel des questions de droit ou de compétence devant la Cour d'appel fédérale (p. 745). Le texte de l'art. 64 était essentiellement le même que celui de l'art. 40 actuel.

[39] Ainsi que l'a expliqué le juge Estey : « [r]ien dans l'art. 64 ne restreint la liberté d'action du gouverneur en conseil, il ne formule même pas de principe, de fond ou de procédure, concernant l'exercice de ses fonctions en vertu du par. (1) » (p. 745). (Même si la conclusion du juge Estey, à la p. 759, à savoir que l'on ne peut justifier l'introduction dans la disposition des exigences en matière d'équité procédurale, ne représente peut-être pas la manière actuelle dont on considère l'application de la justice naturelle dans un contexte administratif, notre Cour n'est pas saisie de la question de l'équité procédurale dont le gouverneur en conseil doit faire preuve.) Bien sûr, le gouverneur en conseil est « limité par la loi » et ne peut, dans l'exercice des pouvoirs que lui confère l'art. 40, édicter ou modifier une loi du Parlement (*Public Mobile Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 194, [2011] 3 R.C.F.344, par. 29; voir *Inuit Tapirisat*, p. 752).

[40] Pour les besoins du présent pourvoi, la seule limite inhérente est que le gouverneur en conseil n'est pas habilité à traiter *ab initio* de questions découlant de l'application de la *Loi* : « [l]e pouvoir du Cabinet est limité à l'examen de questions

déjà examinées par la Commission, et il doit s'agir de décisions, arrêtés, règles ou règlements » (*Colombie-Britannique (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*), [1994] 2 R.C.S. 41, p. 119, citant B. S. Romaniuk et H. N. Janisch, « *Competition in Telecommunications : Who Polices the Transition?* » (1986), 18 *Ottawa L.R.* 561, p. 628). En ce sens, le gouverneur en conseil n'a pas le pouvoir d'adopter des règles de fond en vertu de l'art. 40; mais cette restriction ne veut pas dire que les questions de droit sont exclues de la portée du pouvoir qu'à le gouverneur en conseil d'examiner les décisions de l'Office.

[41] Par contre, lorsque le législateur a voulu circonscrire une voie de recours, il l'a fait expressément. Par exemple, l'art. 41 impose un certain nombre de restrictions au droit de porter en appel une décision de l'Office devant la Cour d'appel fédérale : les appels interjetés en vertu de l'art. 41 se limitent à des questions de droit ou de compétence, l'appel doit être autorisé et cette autorisation doit être demandée dans le mois qui suit la date de la décision, de l'ordonnance, de la règle ou du règlement porté en appel, sauf si des circonstances spéciales justifient la prorogation de ce délai. Les limites prévues à l'art. 41 montrent bien que le législateur s'est penché sur la question des restrictions imposées aux voies de recours et qu'il les a expressément assorties de limites.

[42] Contrairement à l'art. 40 de la *Loi*, le législateur a, dans d'autres lois, expressément restreint la portée des pouvoirs du gouverneur en conseil. Ainsi, la *Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, ch. 11, n'habilite le gouverneur en conseil à

annuler ou à renvoyer une décision du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes que « s'il est convaincu que la décision en cause ne va pas dans le sens des objectifs de la politique canadienne de radiodiffusion » (par. 28(1)). Une limite de ce genre n'apparaît pas à l'art. 40 de la *Loi*, ce qui indique que, lorsque le législateur entend restreindre les pouvoirs du gouverneur en conseil, il le fait expressément.

[43] Le CN plaide qu'en raison de l'historique législatif des art. 40 et 41, il y a lieu de considérer que l'art. 40 limite les pouvoirs du gouverneur en conseil à des questions de fait ou de politique. Il soutient que le législateur entendait laisser aux tribunaux judiciaires le soin de trancher les questions de droit.

[44] L'historique législatif est toutefois ambigu. Même si certains extraits des Débats de la Chambre des communes auxquels il a été fait référence semblent indiquer que le législateur entendait permettre au gouverneur en conseil d'examiner des questions de fait et de politique (Débats de la Chambre des communes du Canada, Vol. LVIII, 3e sess., 9e législ. (« débats de 1903 »), 20 mars 1903, p. 252, l'hon. A. G. Blair, Vol. XI, 1ere sess., 27e législ. (« débats de 1967 »), 10 janvier 1967, p. 11630, l'hon. J. W. Pickersgill), on trouve également dans les Débats de la Chambre des communes des déclarations ministérielles donnant à penser qu'il était prévu que le gouverneur en conseil puisse exercer ses pouvoirs sans entraves (débat de 1903, 20 mars 1903, p. 262, l'hon. A. G. Blair).

[45] On trouve dans les débats de 1967 une déclaration du ministre des Transports selon laquelle la loi prévoyait « un appel au gouverneur en conseil pour des questions de fait » (10 janvier 1967, p. 11630). Bien qu'elle énonce correctement le pouvoir que la loi accorde au gouverneur en conseil de trancher des questions de fait, cette déclaration ne démontre pas que le législateur entendait limiter aux seules questions de fait le pouvoir d'examen du gouverneur en conseil. De plus, même si M. Pickersgill était ministre des Transports au moment de l'adoption de la *Loi nationale sur les transports*, S.C. 1966-67, ch. 69, en 1967, l'interprétation qu'il faisait de textes adoptés antérieurement par d'autres parlements n'est pas une preuve de l'intention qu'avait le législateur à l'époque des textes antérieurs. Dans ce contexte, les extraits des débats parlementaires n'établissent pas l'intention non équivoque du législateur de limiter les pouvoirs du gouverneur en conseil.

[46] À mon avis, les extraits des débats parlementaires confirment bel et bien que le législateur avait l'intention d'éviter que des questions de fait soient portées en appel devant la Cour d'appel fédérale. À défaut d'autres éléments de preuve, ces extraits des débats parlementaires ne démontrent pas qu'il était prévu que le rôle du gouverneur en conseil se borne à l'examen des seules questions de fait ou de politique.

[47] Notre Cour a fait remarquer que, bien que les débats parlementaires soient admis en preuve et soient pertinents quant au contexte et à l'objet d'un texte législatif, les tribunaux ne doivent pas oublier que leur fiabilité et leur poids sont

limités (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd (Re)*, [1988] 1 R.C.S. 27, par. 35; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463, p. 484; et *Sullivan*, p. 608-614). Les extraits des débats parlementaires peuvent être invoqués comme preuve de l'historique et de l'objet du texte législatif ou, dans certains cas, comme preuve directe de son objet (*Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471, par. 44, les juges LeBel et Cromwell). En l'espèce, les extraits des débats parlementaires visent à établir l'intention du législateur. Cependant, ces renvois ne seront pas utiles pour interpréter le libellé d'une disposition législative s'ils sont eux-mêmes ambigus (*Placer Dome Canada Ltd. c. Ontario (Ministre des Finances)*, 2006 CSC 20, [2006] 1 R.C.S. 715, par. 39, le juge LeBel). De ce fait, l'élément de preuve qu'invoque le CN en l'espèce n'étaye pas l'argument selon lequel il convient d'inclure dans le libellé par ailleurs large et non restreint de l'art. 40 une restriction implicite aux questions de fait et de politique.

[48] Le CN plaide que le gouverneur en conseil ne modifie ou n'annule que rarement une décision administrative sur une question de droit. Je conviens qu'il est inusité pour le gouverneur en conseil de trancher une question de droit et que ce dernier examine généralement des questions de politique et de fait. Bien que le gouverneur en conseil ne tranche que rarement des questions de droit, cela ne veut pas dire que la loi ne l'habilite pas à le faire. En fait, les parties peuvent préférer se conformer aux exigences de l'art. 41 et demander l'autorisation d'interjeter appel à la Cour d'appel fédérale, qui procédera à une audience en bonne et due forme selon la procédure habituelle. Bien qu'il puisse s'agir là de considérations pratiques ou

stratégiques, celles-ci ne changent pas le fait que la loi n'empêche pas le gouverneur en conseil de trancher une question de droit.

[49] De ce fait, les requêtes adressées au gouverneur en conseil ne se limitent pas à des questions de fait ou de politique. Le gouverneur en conseil est habilité à répondre à des questions de droit, et ce pouvoir est supervisé de manière adéquate par les tribunaux dans le cadre d'un contrôle judiciaire.

C. *La norme de contrôle applicable*

[50] La détermination de la norme de contrôle applicable en l'espèce comporte l'examen de deux questions. En premier lieu, l'analyse de la norme de contrôle à laquelle notre Cour a procédé dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, vaut-elle dans le cas des décisions du gouverneur en conseil? En second lieu, quelle est la norme de contrôle applicable en l'espèce?

- (1) Le cadre proposé dans l'arrêt *Dunsmuir* s'applique aux décisions du gouverneur en conseil

[51] Il ne s'agit pas en l'espèce de savoir si le gouverneur en conseil avait le pouvoir de prendre un règlement. Contrairement aux affaires qui, comme *Katz Group Canada Inc. c. Ontario (Santé et Soins de longue durée)*, 2013 CSC 64, [2013] 3 R.C.S. 810, mettent en cause une contestation de la validité d'un règlement, le gouverneur en conseil n'agit pas à titre de législateur lorsque, dans l'exercice du

pouvoir que lui confère l'art. 40 de la *Loi*, il examine une décision ou un arrêté de l'Office. Il faut donc déterminer le cadre d'analyse qui doit s'appliquer à une décision de ce genre du gouverneur en conseil. Je suis d'avis que le cadre proposé dans l'arrêt *Dunsmuir* est le mécanisme qui permettra au tribunal de procéder au contrôle judiciaire d'une décision de nature juridictionnelle rendue par le gouverneur en conseil en vertu de l'art. 40.

[52] Lorsque le gouverneur en conseil exerce les pouvoirs que lui confère l'art. 40 de la *Loi*, il se prononce lui-même sur le fond de la question qui lui est soumise. Sa décision peut alors faire l'objet d'un contrôle judiciaire devant la Cour fédérale (*Public Mobile*, par. 26). Ainsi, la Cour fédérale exerce un rôle de surveillance à l'égard du gouverneur en conseil, qui constitue une autorité publique exerçant les pouvoirs légaux qui lui sont délégués en vertu de l'art. 40 de la *Loi*.

[53] L'arrêt *Dunsmuir* ne réserve pas le contrôle judiciaire aux seules décisions des tribunaux administratifs (*Dunsmuir*, par. 27-28; *Public Mobile*, par. 30). Dans l'arrêt *Dunsmuir*, l'analyse relative à la norme de contrôle se situait plutôt dans le contexte de « divers organismes administratifs », de « tout exercice de l'autorité publique », de « [ceux qui exercent des] pouvoirs légaux » ainsi que des « décideurs administratifs » (par. 27, 28 et 49).

[54] Notre Cour a appliqué le cadre énoncé dans l'arrêt *Dunsmuir* à divers organismes administratifs (voir, par exemple, *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5, par. 13 et 35, la juge en chef

McLachlin). La jurisprudence nous enseigne que le cadre énoncé dans l'arrêt *Dunsmuir* s'applique aux décideurs administratifs en général, et non seulement aux tribunaux administratifs. Ce cadre est donc applicable aux décisions juridictionnelles du gouverneur en conseil.

(2) La norme de contrôle applicable

[55] Il est aujourd'hui bien établi que la déférence est habituellement de mise lorsqu'un décideur interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie (*Dunsmuir*, par. 54; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160, par. 28, *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, par. 30). En pareil cas, l'examen en fonction d'une norme déférente est présumé, sauf si la question en litige relève de l'une des catégories à laquelle s'applique la norme de la décision correcte, en l'occurrence, les questions constitutionnelles, les questions de droit qui revêtent une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et qui sont étrangères au domaine d'expertise du décideur, les questions portant sur la délimitation des compétences respectives de tribunaux spécialisés concurrents, de même que la catégorie exceptionnelle des questions touchant véritablement à la compétence (*Dunsmuir*, par. 58-61 et *Alberta Teachers' Association*, par. 30, citant *Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, par. 18 ainsi que *Dunsmuir*, par. 58-61).

[56] La réglementation économique est un secteur dont le gouverneur en conseil a une connaissance approfondie. Un pouvoir semblable à celui que confère l'art. 40 de la *Loi* - soit le pouvoir de modifier ou d'annuler les décisions d'autres organes administratifs, figure dans diverses lois fédérales de réglementation économique (*Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, ch. 38, art. 12; *Loi sur la radiodiffusion*, art. 28; *Loi maritime du Canada*, L.C. 1998, ch. 10, par. 52(2) et 94(3); *Loi sur le pilotage*, L.R.C. 1985, ch. P-14, par. 35(7); *Loi sur les opérations pétrolières au Canada*, L.R.C. 1985, ch. O-7, art. 51). Les questions soulevées dans le cadre de ces lois sont liées par l'objet de réglementation économique commun de la législation. Le regroupement des lois de réglementation économique qui confèrent au gouverneur en conseil le pouvoir de modifier ou d'annuler les décisions des tribunaux qui administrent ces lois témoigne de l'intention qu'avait le législateur de reconnaître au gouverneur en conseil une connaissance approfondie des questions de cette nature. La norme de la décision raisonnable est donc présumée s'appliquer au contrôle des décisions juridictionnelles que rend le gouverneur en conseil en application de l'art. 40.

[57] Même si cette indication de l'intention du législateur suffit pour justifier l'application de la norme de la décision raisonnable au contrôle de la décision que le gouverneur en conseil a rendue en l'espèce, on en trouve un autre appui dans l'historique de la participation du gouverneur en conseil à la réglementation des chemins de fer au Canada, un secteur auquel le gouverneur en conseil a toujours été lié de près. L'*Acte des chemins de fer, 1868* a été adopté au cours de la première

session de la première législature du Dominion. Cette loi, la première version de la *Loi* actuellement en vigueur, prévoyait que « [l]e Gouverneur-Général pourra de temps à autre nommer tels membres du conseil privé, au nombre de quatre au moins, qu'il jugera convenables, pour former le comité des chemins de fer du conseil privé » (art. 23). Dans des modifications apportées à cette loi en 1888, les pouvoirs du comité des chemins du fer du conseil privé ont été étendus au-delà des pouvoirs de réglementation de manière à inclure celui de statuer sur les demandes concernant « [t]oute matière, acte ou chose que le présent acte [. . .] sanctionne, prescrit ou défend » (*Acte des chemins de fer*, S.C. 1888, ch. 29, al. 11r); voir aussi H. E. B. Coyne, *The Railway Law of Canada* (1947), p. vi.)

[58] Même si la principale compétence administrative sur l'*Acte des chemins de fer* a plus tard été déléguée à la Commission des chemins de fer (devenue plus tard l'Office) de façon à pouvoir traiter plus efficacement des questions découlant de cette loi, le gouverneur en conseil a conservé un rôle de surveillance (*Acte des chemins de fer*, 1903, S.C. 1903, ch. 58; Coyne, p. vi-vii). Le long historique de la participation du gouverneur en conseil aux lois et aux politiques en matière de transport démontre qu'il s'agit là d'un secteur lié de près à la fonction d'examen du gouverneur en conseil. Le Parlement a laissé au gouverneur en conseil un rôle important dans ce domaine en lui accordant, à l'art. 40, un vaste pouvoir décisionnel à l'égard des arrêtés et des décisions de l'Office, y compris ceux qui soulèvent des questions de droit. Lorsqu'il examine des arrêtés et des décisions de l'Office aux termes de l'art. 40, le gouverneur en conseil exerce sa fonction d'adjudication et tranche de

nouveau les questions de fond que l'Office avait examinées. Ainsi, le Parlement a confirmé le rôle que le gouverneur en conseil joue depuis longtemps dans ce domaine. On peut alors affirmer que le principe selon lequel la déférence est habituellement de mise lorsqu'un tribunal administratif interprète une loi liée de près à son mandat et dont il a une connaissance approfondie s'applique à la présente affaire.

[59] La présomption de déférence n'est pas réfutée en l'espèce. La question en litige n'appartient pas à l'une des catégories établies de questions auxquelles s'applique la norme de contrôle de la décision correcte. Dans la présente affaire, il n'y a aucune question de constitutionnalité ou de compétence concurrente entre tribunaux administratifs.

[60] Il ne s'agit pas non plus d'une question qui revêt une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble. La question en litige concerne l'interprétation de l'art. 120.1 de la *Loi*. La question est propre à ce régime de réglementation particulier, car elle met en cause des contrats confidentiels prévus par la *Loi* ainsi que la possibilité de recourir à un mécanisme de plaintes qui se limite aux expéditeurs répondant aux conditions que prévoit le par. 120.1(1). La réponse qui est donnée à la question en litige n'a valeur de précédent que pour les questions relevant de ce régime législatif.

[61] Dans la mesure où des questions touchant véritablement à la compétence ou à la constitutionnalité se posent en l'espèce, la décision du gouverneur en conseil

quant à savoir si une partie à un contrat confidentiel peut déposer une plainte en vertu de l'art. 120.1 ne se range pas dans cette catégorie. Il ne s'agit pas d'une question qui obligerait le gouverneur en conseil à déterminer expressément si le pouvoir dont le législateur l'a investi l'autorise à trancher la question (voir *Dunsmuir*, par. 59). Il s'agit plutôt simplement d'une question d'interprétation législative soulevant la question de savoir si certaines parties peuvent se prévaloir du mécanisme de plaintes prévu à l'art. 120.1. Il ne pouvait donc s'agir d'une question touchant véritablement la compétence ou la validité du pouvoir du gouverneur en conseil — le décideur qui a pris la décision examinée en l'espèce.

[62] Dans le cas qui nous occupe, le gouverneur en conseil interprétait la *Loi*, un texte qui est lié de près à sa fonction d'examen de la réglementation économique. Cette question d'interprétation législative n'appartient à aucune des catégories de questions auxquelles s'applique la norme de contrôle de la décision correcte. Ainsi, la norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable.

D. *Application de la norme de la décision raisonnable à la présente espèce*

[63] Dans la présente affaire, le gouverneur en conseil a conclu qu'une partie à un contrat confidentiel pouvait dans certaines circonstances déposer une plainte en vertu de l'art. 120.1 de la *Loi*. À mon avis, cette décision était raisonnable.

[64] Le libellé de l'art. 120.1 sert de fondement à la décision du gouverneur en conseil. Le par. 120.1(1) énonce les circonstances dans lesquelles l'Office peut

examiner le caractère raisonnable des frais qu'impose une compagnie de chemin de fer : l'expéditeur qui dépose la plainte doit être assujéti à des frais relatifs au transport et à des services connexes ou des conditions afférentes; les frais doivent figurer dans un tarif; le tarif doit s'appliquer à plus d'un expéditeur; le tarif ne doit pas être visé au par. 165(3) (un tarif découlant d'une décision d'un arbitre). Comme l'a fait remarquer le gouverneur en conseil, PRC remplissait toutes ces conditions. Cela étant, le seul facteur qui empêche PRC de déposer une plainte en vertu de l'art. 120.1 est l'existence d'un contrat confidentiel entre elle et le CN.

[65] Le gouverneur en conseil a conclu que, même s'il y a lieu de tenir compte des modalités d'un contrat confidentiel pour répondre à la question de savoir si PRC peut bénéficier d'un arrêté de l'Office, l'existence d'un contrat confidentiel n'empêche pas un expéditeur de demander un examen du caractère raisonnable des frais en vertu du par. 120.1(1). Cette conclusion concorde avec les dispositions de la *Loi*, lesquelles n'empêchent pas l'Office d'examiner le caractère raisonnable des frais que contient un tarif applicable à plus d'un expéditeur, que le tarif soit ou non incorporé par renvoi dans un contrat confidentiel. En l'espèce, il n'y avait pas non plus de preuve que les parties avaient tenté d'écarter par contrat la réparation qu'offre l'art. 120.1, pas plus qu'il n'est nécessaire en l'espèce de décider si un expéditeur pourrait écarter par contrat un recours ouvert par l'art. 120.1. Également, le gouverneur en conseil n'a pas décidé si RPC pouvait bénéficier d'une modification du tarif, et cette question reste en suspens.

[66] L'interprétation du par. 120.1(1) par le gouverneur en conseil s'appuie également sur une interprétation raisonnable de l'objet de cette disposition. Le gouverneur en conseil pouvait conclure qu'en incluant ce mécanisme des plaintes dans la *Loi*, le législateur avait l'intention de rééquilibrer le cadre législatif en faveur des expéditeurs au sein d'une industrie dans laquelle les compagnies de chemin de fer peuvent bénéficier d'une puissance commerciale. Nous ne déterminons pas en l'espèce si le contrat confidentiel passé entre PRC et le CN empêcherait PRC de bénéficier d'une réparation ordonnée par l'Office en vertu de l'art. 120.1 ou si un supplément carburant basé sur le millage parcouru constitue un prix relatif au transport au sens du par. 120.1(7). Toutefois, la preuve indiquait au gouverneur en conseil que les contrats confidentiels sont la norme au sein de l'industrie (requête de l'ACTI au gouverneur en conseil, par. 27 citée dans les motifs de la Cour d'appel fédérale, par. 38). En conséquence, sans décider si, dans un cas donné, un contrat confidentiel pourrait priver un expéditeur d'un recours prévu à l'art. 120.1, l'interprétation de l'art. 120.1 donnée par le gouverneur en conseil était raisonnable. Il est raisonnable de conclure que le fait de laisser aux parties à des contrats confidentiels l'accès au mécanisme des plaintes prévu à l'art. 120.1 serait conforme à l'intention du législateur, qui est d'offrir une certaine protection aux expéditeurs.

[67] La décision du gouverneur en conseil est étayée par les faits ainsi que par le libellé du par. 120.1(1), et elle concorde avec l'intention du législateur. La décision du gouverneur en conseil était raisonnable.

E. *Le prix relatif au transport*

[68] Je conviens avec la Cour d'appel fédérale qu'étant donné que l'Office n'a pas examiné la question de savoir si le supplément carburant est un élément du « prix relatif au transport » au sens du par. 120.1(7) et que le gouverneur en conseil n'a pas tiré de conclusion à cet égard, l'Office demeure saisi de cette question (voir les motifs de la Cour d'appel fédérale, par. 52-56). Il relève du pouvoir de l'Office de trancher cette question et il lui est toujours loisible de le faire.

X. Conclusion

[69] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens en faveur du procureur général du Canada, et avec dépens en faveur de PRC et l'ACTI sur la base d'un seul mémoire de frais.

ANNEXE

Loi sur les transports au Canada, L.C. 1996, ch. 10

40. Le gouverneur en conseil peut modifier ou annuler les décisions, arrêtés, règles ou règlements de l'Office soit à la requête d'une partie ou d'un intéressé, soit de sa propre initiative; il importe peu que ces décisions ou arrêtés aient été pris en présence des parties ou non et que les règles ou règlements soient d'application générale ou particulière. Les décrets du gouverneur en conseil en cette matière lient l'Office et toutes les parties.

41. (1) Tout acte — décision, arrêté, règle ou règlement — de l'Office est susceptible d'appel devant la Cour d'appel fédérale sur une question de droit ou de compétence, avec l'autorisation de la cour sur demande présentée dans le mois suivant la date de l'acte ou dans le délai supérieur accordé par un juge de la cour en des circonstances spéciales, après notification aux parties et à l'Office et audition de ceux d'entre eux qui comparaissent et désirent être entendus.

(2) Une fois l'autorisation obtenue en application du paragraphe (1), l'appel n'est admissible que s'il est interjeté dans les soixante jours suivant le prononcé de l'ordonnance l'autorisant.

(3) L'appel est mené aussi rapidement que possible; la cour peut l'entendre en faisant toutes inférences non incompatibles avec les faits formellement établis par l'Office et nécessaires pour décider de la question de droit ou de compétence, selon le cas.

(4) L'Office peut plaider sa cause à l'appel par procureur ou autrement.

[. . .]

120.1 (1) Sur dépôt d'une plainte de tout expéditeur assujéti à un tarif applicable à plus d'un expéditeur — autre qu'un tarif visé au paragraphe 165(3) — prévoyant des frais relatifs au transport ou aux services connexes ou des conditions afférentes, l'Office peut, s'il les estime déraisonnables, fixer de nouveaux frais ou de nouvelles conditions par ordonnance.

(2) L'ordonnance précise la période de validité de ces frais ou conditions, qui ne peut excéder un an.

(3) Pour décider si les frais ou conditions sont déraisonnables, l'Office tient compte des facteurs suivants :

- a)* le but dans lequel les frais ou conditions sont imposés;
- b)* les pratiques suivies par l'industrie pour leur fixation;
- c)* dans le cas d'une plainte relative à des services connexes, l'existence d'une solution de rechange efficace, bien adaptée et concurrentielle;
- d)* tout autre facteur que l'Office estime pertinent.

(4) Les frais ou conditions fixés par l'Office doivent être commercialement équitables et raisonnables tant pour les expéditeurs qui

y sont assujettis que pour la compagnie de chemin de fer qui a établi le tarif les prévoyant.

(5) La compagnie de chemin de fer modifie le tarif en conséquence dès le prononcé de l'ordonnance par l'Office.

(6) La compagnie de chemin de fer ne peut modifier son tarif à l'égard des frais et conditions fixés par l'Office avant l'expiration de la période de validité précisée au titre du paragraphe (2).

(7) Il est entendu que le présent article ne s'applique pas aux prix relatifs au transport.

[. . .]

126. (1) Les compagnies de chemin de fer peuvent conclure avec les expéditeurs un contrat, que les parties conviennent de garder confidentiel, en ce qui concerne :

- a) les prix exigés de l'expéditeur par la compagnie;
- b) les baisses de prix, ou allocations afférentes à ceux-ci, indiquées dans les tarifs établis et publiés conformément à la présente section;
- c) les rabais sur les prix, ou allocations afférentes à ceux-ci, établis dans les tarifs ou dans les contrats confidentiels, qui ont antérieurement été exigés licitement;
- d) les conditions relatives au transport à effectuer par la compagnie;
- e) les moyens pris par la compagnie pour s'acquitter de ses obligations en application de l'article 113.

(1.1) L'expéditeur qui souhaite conclure avec une compagnie de chemin de fer un contrat en application du paragraphe (1) concernant les moyens que celle-ci doit prendre pour s'acquitter de ses obligations en application de l'article 113 peut demander à cette compagnie de lui présenter une offre en vue de la conclusion d'un tel contrat.

(1.2) La demande mentionne le transport en cause, les services exigés par l'expéditeur à l'égard de celui-ci et tout engagement que l'expéditeur est disposé à prendre envers la compagnie de chemin de fer relativement au transport ou aux services.

(1.3) La compagnie de chemin de fer est tenue de présenter l'offre dans les trente jours suivant la date de réception de la demande.

(1.4) Sous réserve du paragraphe (1.5), la compagnie de chemin de fer n'est toutefois pas tenue d'inclure dans son offre une stipulation portant sur une question qui, selon le cas :

- a) fait l'objet d'un accord écrit auquel l'expéditeur et la compagnie de chemin de fer sont parties;
- b) est visée par un arrêté, autre qu'un arrêté provisoire, pris en vertu du paragraphe 116(4);
- c) figure dans un tarif visé aux paragraphes 136(4) ou 165(3);
- d) fait l'objet d'une décision arbitrale rendue en vertu de l'article 169.37.

(1.5) La compagnie de chemin de fer est toutefois tenue d'inclure dans son offre une telle stipulation si l'accord, l'arrêté, le tarif ou la décision arbitrale visés au paragraphe (1.4) expirent dans les deux mois suivant la date de réception de la demande prévue au paragraphe (1.1). La stipulation s'applique alors à la période postérieure à l'expiration.

(2) Toute demande d'arbitrage au titre de l'article 161 sur une question faisant l'objet d'un contrat confidentiel est subordonnée à l'assentiment de toutes les parties au contrat.

[. . .]

161. (1) L'expéditeur insatisfait des prix appliqués ou proposés par un transporteur pour le transport de marchandises ou des conditions imposées à cet égard peut, lorsque le transporteur et lui ne sont pas en mesure de régler eux-mêmes la question, la soumettre par écrit à l'Office pour arbitrage soit par un arbitre seul soit, si le transporteur et lui y consentent, par une formation de trois arbitres.

[. . .]

162. (1) Malgré la présentation par le transporteur de toute demande relative à la question, l'Office, dans les cinq jours suivant la réception des deux offres présentées conformément au paragraphe 161.1(1), renvoie la question :

- a) à défaut de choix par les parties de soumettre la question à une formation de trois arbitres, à l'arbitre unique visé à l'alinéa 161(2)e), s'il est disponible pour mener l'arbitrage ou, en l'absence de choix d'arbitre ou cas de non-disponibilité, selon l'Office, de l'arbitre choisi, à un arbitre que l'Office estime disponible et compétent et qui est inscrit sur la liste établie en vertu de l'article 169;

b) en cas de choix par les parties de soumettre la question à une formation de trois arbitres :

(i) aux arbitres visés à l'alinéa 161(2)e) et, soit à celui dont ils ont conjointement soumis le nom à l'Office dans les dix jours suivant la signification de la demande visée au paragraphe 161(2), soit, dans le cas où ils ne soumettent aucun nom à l'Office dans ce délai, à l'arbitre que l'Office estime disponible et compétent et qui est inscrit sur la liste établie en vertu de l'article 169,

(ii) si l'un des arbitres visés au sous-alinéa (i) n'est pas, selon l'Office, disponible, à ceux qui le sont et à celui que l'Office estime disponible et compétent et qui est inscrit sur la liste établie en vertu de l'article 169.

[. . .]

165. (1) L'arbitre rend sa décision en choisissant la dernière offre de l'expéditeur ou celle du transporteur.

[. . .]

(3) Le transporteur inscrit, sans délai après la décision de l'arbitre, les prix ou conditions liés à l'acheminement des marchandises choisis par l'arbitre dans un tarif du transporteur, sauf si, dans les cas où celui-ci a droit de ne pas dévoiler les prix ou conditions, les parties à l'arbitrage conviennent de les inclure dans un contrat confidentiel conclu entre les parties.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante : Borden Ladner Gervais, Ottawa; Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada, Montréal.

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

Procureurs des intimées Peace River Coal Inc. et l'Association canadienne de transport industriel : Davis, Vancouver.

TAB G

***Canadian Artist's Representation v. National Gallery of
Canada, 2014 SCC 42***



SUPREME COURT OF CANADA

CITATION: Canadian Artists' Representation v. National Gallery of Canada, 2014 SCC 42 **DATE:** 20140612
DOCKET: 35353

BETWEEN:

**Canadian Artists' Representation/Front des artistes canadiens and
Regroupement des artistes en arts visuels du Québec**

Appellants

and

National Gallery of Canada

Respondent

- and -

**Writers Guild of Canada, Canadian Screenwriters Collection Society,
Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et
éditeurs du Canada and SODRAC 2003 Inc.**

Interveners

CORAM: McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and
Wagner JJ.

REASONS FOR JUDGMENT: Rothstein J. (McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Cromwell,
(paras. 1 to 31) Moldaver and Wagner JJ. concurring)

APPEAL HEARD AND JUDGMENT RENDERED: May 14, 2014

REASONS DELIVERED: June 12, 2014

NOTE: This document is subject to editorial revision before its reproduction in final
form in the *Canada Supreme Court Reports*.

CARFAC v. NATIONAL GALLERY OF CANADA

**Canadian Artists' Representation/Front des artistes canadiens and
Regroupement des artistes en arts visuels du Québec** *Appellants*

v.

National Gallery of Canada *Respondent*

and

**Writers Guild of Canada,
Canadian Screenwriters Collection Society,
Société du droit de reproduction des auteurs,
compositeurs et éditeurs du Canada and
SODRAC 2003 Inc.** *Intervenors*

Indexed as: Canadian Artists' Representation v. National Gallery of Canada

2014 SCC 42

File No.: 35353.

Hearing and judgment: May 14, 2014.
Reasons delivered: June 12, 2014.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and
Wagner JJ.

Culture and entertainment law — Status of the artist — Copyright — Collective bargaining — Duty to bargain in good faith — Whether artists' associations are precluded from bargaining minimum fees for use of existing artistic works in agreements negotiated under Status of the Artist Act — Whether allowing agreements imposing minimum fees for provision of copyrights for existing works conflicts with Copyright Act — Whether Tribunal's finding that National Gallery of Canada failed to bargain in good faith was reasonable — Standard of review — Status of the Artist Act, S.C. 1992, c. 33 — Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42.

The *Status of the Artist Act* (“SAA”) governs professional relations between artists and certain federal government institutions that engage artists to provide an artistic production. The SAA provides for the certification of associations charged with representing the interests of an identified sector of artists and negotiating with institutions in order to conclude scale agreements that set out the “minimum terms and conditions for the provision of artists’ services and other related matters”. In 2003, CARFAC and RAAV, certified artists’ associations for Canadian visual artists, jointly commenced negotiating a scale agreement with the National Gallery of Canada (“NGC”). Those negotiations went on for four years, until the NGC obtained a legal opinion upon which it relied to refuse to include in the scale agreement minimum fees for the licensing or assignment of the copyright in existing artistic works. Negotiations broke down due to the NGC’s position on this issue.

CARFAC and RAAV filed a complaint with the Canadian Artists and Producers Professional Relations Tribunal that the NGC had failed to bargain in good faith.

The Tribunal concluded that the licensing or assignment of the copyright in existing works can be subject to binding minimum fees set forth in scale agreements negotiated pursuant to the *SAA*, provided that those agreements do not bind collective societies established under the *Copyright Act*. It also held that the NGC had failed to bargain in good faith by adopting an uncompromising position based solely on one legal opinion, a position that it should have known would not be accepted by CARFAC/RAAV. The majority in the Federal Court of Appeal allowed the NGC's application for judicial review, holding that allowing scale agreements to impose minimum fees for existing works would conflict with the *Copyright Act*. In light of this finding, the appellate court concluded that the NGC had not failed to bargain in good faith.

Held: The appeal should be allowed.

The Tribunal's conclusion was reasonable. Its interpretation of the *SAA* was not contrary to the plain meaning of that Act. There was no reason for the Federal Court of Appeal to overturn the Tribunal's conclusion that minimum fees for the provision of artists' copyrights for existing works are eligible for inclusion in scale agreements. Moreover, to conclude that such minimum fees are excluded from scale agreements would result in the *SAA* having a limited impact on the achievement

of Parliament's express recognition that artists should be compensated for the use of their works, including the public lending of those works.

The collective bargaining conducted by artists' associations in respect of scale agreements covering the licensing or assignment of copyrights to existing artistic works does not contradict any provision of the *Copyright Act*. Establishing a minimum fee for the use of existing works does not affect any of the rights conferred on copyright holders under s. 3 of the *Copyright Act* nor do the scale agreements bind collective societies governed by that same Act.

The Tribunal extensively canvassed the law regarding good faith bargaining and closely examined the evidence put forth by the parties on the issue. It concluded that the NGC had failed to bargain in good faith. On a reasonableness review, it is not for this Court to reweigh the evidence considered by the Tribunal. In view of the findings of fact of the Tribunal, it cannot be said that its decision was unreasonable.

Cases Cited

Referred to: *Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 1 S.C.R. 369; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Euro-Excellence Inc. v. Kraft Canada Inc.*, 2007 SCC 37, [2007] 3 S.C.R. 20; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339.

Statutes and Regulations Cited

Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, ss. 2 “collective society”, 3, 13(4), 70.1, 70.13, 70.15.

Jobs, Growth and Long-term Prosperity Act, S.C. 2012, c. 19, s. 532.

Status of the Artist Act, S.C. 1992, c. 33, ss. 2(e), 5 “artists’ association”, “producer”, “scale agreement”, 6(2), 7, 9(3), 25 to 27, 32, 33(1), 44.

Authors Cited

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Noël, Pelletier and Trudel J.J.A.), 2013 FCA 64, 443 N.R. 121, 54 Admin. L.R. (5th) 1, 2013 CarswellNat 507, [2013] F.C.J. No. 261 (QL), setting aside a decision of the Canadian Artists and Producers Professional Relations Tribunal, 2012 CAPPRT 053 (<http://decisia.lexum.com/cirb-ccri/saa-lsa/en/item/8107/index.do>), 2012 CarswellNat 4332, [2012] C.A.P.P.R.T.D. No. 1 (QL). Appeal allowed.

David Yazbeck, Michael Fisher and Wassim Garzouzi, for the appellants.

Guy P. Dancosse, Q.C., Sophie Roy-Lafleur and Guy Régimbald, for the respondent.

Joshua S. Phillips and *Karen Ensslen*, for the interveners the Writers Guild of Canada and the Canadian Screenwriters Collection Society.

Colette Matteau, for the interveners Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs du Canada and SODRAC 2003 Inc.

The judgment of the Court was delivered by

ROTHSTEIN J. —

[1] This appeal raises the issue of the scope of collective bargaining permitted by an Act specific to the artistic sector, and the relationship of that Act with the *Copyright Act*, R.S.C. 1985, c. C-42.

I. Background and History

[2] The *Status of the Artist Act*, S.C. 1992, c. 33 (“SAA”), was enacted “to establish a framework to govern professional relations between artists and producers” (s. 7), “producers” being limited to certain federal government institutions and broadcasting undertakings that engage artists to provide an artistic production (ss. 5 “producer” and 6(2)(a)). The SAA provides for the certification of “artists’ associations” to represent the professional and socio-economic interests of an

identified sector of artists (ss. 5 “artists’ association” and 25 to 27). Certified artists’ associations negotiate “scale agreements” with a producer or association of producers that set out the “minimum terms and conditions for the provision of artists’ services and other related matters” (s. 5 “scale agreement”). Once signed, scale agreements bind all artists in the identified sector — whether or not they are formal members of the artists’ association — in their dealings with that producer or association of producers, with the exception of work undertaken by defined employees in the course of employment (ss. 9(3), 33(1) and 44). At all relevant times for this appeal, the Canadian Artists and Producers Professional Relations Tribunal (“Tribunal”) was the administrative tribunal charged with applying and enforcing the SAA (in 2012, this responsibility was transferred to the Canada Industrial Relations Board pursuant to the *Jobs, Growth and Long-term Prosperity Act*, S.C. 2012, c. 19, s. 532). Nearly 180 scale agreements have been negotiated by artists’ associations certified by the Tribunal, many of them containing matters related to copyright.

[3] The *Copyright Act* contains several provisions that are relevant to the present appeal. Section 2 defines a “collective society” (sometimes referred to as a “copyright collective”) as a society, association or corporation that carries on the business of collective administration of copyright for the benefit of artists (among others) who assign, grant a licence, or otherwise authorize the society to act on their behalf with respect to their copyrights so assigned or authorized. Collective societies must either operate a licensing scheme for a repertoire of artists’ works whereby the society determines the conditions under which it will authorize the use of such works,

or collect and distribute royalties payable under the *Copyright Act* by users of such works. The Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs du Canada (“SODRAC”), an intervener in this case, is a collective society within the meaning of the *Copyright Act*.

[4] Copyrights assigned or exclusively licensed to the collective society must comply with the *Copyright Act* requirement that such assignments or exclusive licences be in writing and signed by the copyright holder or his or her agent (s. 13(4)). Collective societies may set tariffs for the use of such copyrights (ss. 70.1 and 70.13). The Copyright Board is responsible for certifying these tariffs (s. 70.15).

[5] The Canadian Artists’ Representation/Front des artistes canadiens (“CARFAC”) and Regroupement des artistes en arts visuels du Québec (“RAAV”) are, respectively, the certified artists’ associations for Canadian visual artists outside and within Quebec. In 2003, they jointly commenced negotiating an SAA scale agreement with the National Gallery of Canada (“NGC”). Among the list of items which CARFAC/RAAV sought to bargain was the establishment of minimum fees payable by the NGC for the use of existing works of visual artists. The NGC expressed reservations about including such minimum fees in the scale agreement, stating that it would be seeking legal advice on this issue. Over the next four years, the NGC nevertheless proceeded to negotiate a draft scale agreement that included existing works.

[6] In 2007, the NGC obtained a legal opinion upon which it relied to state that CARFAC/RAAV did not have the authority to negotiate scale agreements providing for minimum fees for the licensing or assignment of the copyright in existing works as it did not have written authorization from each artist covered by the agreement. On that basis, the NGC presented a revised draft scale agreement from which all references to existing works were removed. After some attempts to discuss the issue further, CARFAC/RAAV filed a complaint with the Tribunal that the NGC had breached s. 32 of the *SAA* by failing to bargain in good faith.

[7] The Tribunal concluded that the licensing or assignment of the copyright in existing works can be subject to binding minimum fees set forth in scale agreements, and that the NGC had failed to bargain in good faith (2012 CAPPRT 053 (online)). It found that previous decisions by the Tribunal had recognized that scale agreements can include minimum fees for the use of existing works, and inclusion of copyright matters has become standard in the cultural sector. It said that the *SAA* complements and supplements the *Copyright Act*, and that artists' associations can negotiate scale agreements under the *SAA* provided that those agreements do not bind collective societies established under the *Copyright Act* (paras. 99-104).

[8] With respect to s. 32 of the *SAA*, which requires artists' associations and producers to bargain in good faith, the Tribunal concluded that the NGC failed this duty by presenting a revised draft scale agreement which excluded all matters related to the use of existing artistic works "without prior notice" (para. 147) — in

contravention of its established negotiating practice with CARFAC/RAAV — without reasonable alternatives, and based solely on one legal opinion. The NGC’s position on minimum fees for the use of existing works was uncompromising, and one that the NGC should have known would not be accepted by CARFAC/RAAV. Applying this Court’s decision in *Royal Oak Mines Inc. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1996] 1 S.C.R. 369 (“*Royal Oak Mines*”), the Tribunal concluded that the NGC had violated s. 32 of the *SAA* by failing to bargain in good faith (paras. 147-52). It ordered the NGC to comply with the *SAA*, establish a bargaining schedule with CARFAC/RAAV and provide monthly reports to the Tribunal (paras. 171-73).

[9] The majority in the Federal Court of Appeal allowed the NGC’s application for judicial review. Applying the standard of review of correctness, the majority held that allowing scale agreements to impose minimum fees for existing works would conflict with the *Copyright Act* because only copyright holders can establish limits on how their copyright is exercised (2013 FCA 64, 443 N.R. 121, at para. 101). It found that there was no assignment in writing of copyright to CARFAC/RAAV by the artists in their sectors as required by s. 13(4) of the *Copyright Act*, meaning CARFAC/RAAV cannot impose any limits on how those artists exercise their copyrights (para. 111). In contrast, scale agreements can pertain to contracts for commissioned works as no copyright exists at the time an artist signs such a contract. Further, licensing or assigning the copyright in an existing work is simply a transfer of property; it is not a service or “other related matte[r]” as required by the definition of “scale agreement” in the *SAA* (paras. 102-8). As a result,

minimum fees for the use of existing works cannot be included in scale agreements. In light of that finding, the majority concluded that the NGC had not failed to bargain in good faith (para. 115).

[10] Pelletier J.A., writing in dissent, would have dismissed the application for judicial review. Applying the standard of review of reasonableness, he concluded that scale agreements can include minimum fees for the use of existing works. Granting a producer the right to use an existing work is analogous to the service provided by hotels and car rental agencies by allowing others to use their property (para. 83). The Tribunal's interpretation of "provision of services" was therefore reasonable (para. 86). Negotiating minimum fees for the use of existing works does not make an artists' association the agent of the artist for the purpose of granting licences to producers (para. 85). The choice of whether or not to grant a licence to a producer remains in the hands of the copyright holder and not the artists' association. Scale agreements do not apply to works for which the copyright has been assigned to a collective society such as SODRAC, but rather only where the artist alone has the right to grant licences to use his or her work. Accordingly, there is no conflict between the SAA and the *Copyright Act* (para. 87).

[11] Pelletier J.A. also concluded that it was reasonable for the Tribunal to find that the NGC had failed to bargain in good faith. The NGC had taken a rigid stance that it knew CARFAC/RAAV could never accept, based solely on one legal opinion and despite the fact that it had spent four years negotiating such fees. The

industry standard had been to include copyright matters in scale agreements. Applying *Royal Oak Mines*, Pelletier J.A. concluded that an objective assessment of the circumstances supported the Tribunal's finding that the NGC had failed to bargain in good faith (paras. 71-76).

II. Analysis

[12] I would allow the appeal and dismiss the application for judicial review.

A. *Standard of Review*

[13] Reasonableness is the presumptive standard of review when a tribunal is interpreting its home statute or a statute closely connected to its function and with which it will have particular familiarity. The SAA applies to, among other things, “authors of artistic . . . works within the meaning of the *Copyright Act*”, requiring the Tribunal to interpret and apply that statute (SAA, s. 6(2)(b)(i)). None of the exceptions to this presumption of reasonableness apply. No constitutional questions are at issue. The appeal raises no true question of jurisdiction, particularly in light of this Court's caution to interpret this category of questions narrowly when a tribunal is interpreting its home statute or statutes closely connected to its function (*Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at para. 34). No issue is at stake that is of central importance to the legal system as a whole and that is not within the Tribunal's area of expertise. Finally, all parties, interveners and the Tribunal do not dispute that scale agreements under the

SAA do not apply to collective societies governed by the *Copyright Act*. Accordingly, there is no serious question as to the jurisdictional lines between the Tribunal and the Copyright Board. The applicable standard of review is reasonableness.

B. *Scale Agreements Can Include Existing Works*

[14] In order to determine whether scale agreements negotiated under the SAA can include minimum fees for the use of existing works, it is necessary to address the interpretation of the SAA and whether it conflicts with the *Copyright Act*.

(1) “Provision of Artists’ Services” Includes the Use of Existing Works

[15] The first question to consider is whether it was reasonable for the Tribunal to conclude that the “provision of artists’ services” referred to in the definition of “scale agreement” in the SAA includes the provision of existing artistic works.

[16] I agree with Pelletier J.A. that there is no reason to overturn the Tribunal’s conclusion on this issue. The Tribunal’s interpretation of “provision of artists’ services” is not contrary to its plain meaning. Indeed, the analogy presented by Pelletier J.A. of the service provided by hotels and car rental agencies for the use of their property is persuasive. Furthermore, nothing in the SAA supports treating commissioned works differently from existing works.

[17] The definition of the artists who are bound by the *SAA* has three broad categories, the first of which includes “authors of artistic . . . works within the meaning of the *Copyright Act*” (*SAA*, s. 6(2)(b)(i)). In order to be an author of an artistic work within the meaning of the *Copyright Act*, an artist must have already produced the artistic work of which he or she is the author. If the *SAA* was not intended to apply to the provision of existing artistic works, this branch of the definition would be meaningless. It would not make sense for the *SAA* to apply to artists on the basis of their creation of such works, yet not permit scale agreements negotiated under the *SAA* to apply to those same works. Although not conclusive, the reference in s. 6(2)(b)(i) to authors of works within the meaning of the *Copyright Act* provides a strong indication that scale agreements were intended to apply to existing artistic works.

[18] To conclude that the provision of existing works is excluded from scale agreements authorized by the *SAA* would result in that Act having a limited impact, at least with respect to visual artists, on the achievement of Parliament’s express recognition that artists should “be compensated for the use of their works, including the public lending of them” (*SAA*, s. 2(e)). Fees for the use of *existing* works are the *central* issue for visual artists seeking compensation for their work, not an ancillary matter. The NGC acknowledged that it rarely commissions works, doing so “perhaps once every five years”. Installation, lectures, and tours are ancillary services that are not only unlikely to provide a source of income sufficient to properly compensate artists for their work, but are services that can all be provided by persons other than

the creator of the artistic work. Indeed, while they may qualify as “related matters” under the definition of “scale agreements” in s. 5, they may not often qualify as “artistic production[s]” in the sense of s. 6(2)(a) of the *SAA*, and would then not constitute a primary artistic service that can be included in scale agreements in their own right.

[19] For these reasons, the Tribunal’s conclusion that “provision of artists’ services” includes assigning or licensing a copyright was reasonable. As a result, minimum fees for the provision of artists’ copyrights for existing works are eligible for inclusion in scale agreements negotiated pursuant to the *SAA*.

(2) The *SAA* and the *Copyright Act* Do Not Conflict

[20] The second question to be addressed is whether the above conclusion — that “provision of artists’ services” includes the provision of copyrights for existing works — results in a conflict with the *Copyright Act*.

[21] In drafting the *SAA*, Parliament is presumed to have knowledge of the *Copyright Act* and to have intended that the two statutes not conflict (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at pp. 205 and 325). The *SAA*’s explicit reference to the *Copyright Act* in s. 6(2)(b)(i) supports that presumption. In the absence of evidence of conflict or that one of these laws is intended to provide an exhaustive declaration of the applicable law, the two statutes

must be read together in a manner that allows them to work in a complementary fashion.

[22] The collective bargaining conducted by artists' associations such as CARFAC/RAAV under the SAA in respect of scale agreements covering existing artistic works does not contradict any provision of the *Copyright Act*. Artists' associations are simply bargaining agents. They have not taken or granted, and do not purport to have taken or granted, any assignment or exclusive licence, or any property interest, in any artist's copyright (see *Euro-Excellence Inc. v. Kraft Canada Inc.*, 2007 SCC 37, [2007] 3 S.C.R. 20, at paras. 26-28). For this reason, s. 13(4) of the *Copyright Act*, which requires assignments and grants of exclusive licences of copyrights to be in writing, is not applicable.

[23] An artists' association's function is to bargain with producers for the fixing of what is analogous to a minimum wage for any artist who may agree to provide his or her artistic work to the producer. Establishing a minimum fee for the use of existing works does not affect any of the rights conferred on copyright holders under s. 3 of the *Copyright Act*. Minimum fees may, in some circumstances, affect whether and under what conditions artists will provide a producer with the right to use their artistic works, namely preventing an artist from doing so if no producer is willing to offer him or her the minimum amount under the applicable scale agreement. Ultimately, however, the decision of whether or not to provide the right to use an artistic work remains with the copyright holder.

[24] The above interpretation causes no conflict with the *Copyright Act*'s provisions regarding collective societies. As counsel for CARFAC/RAAV acknowledged at the oral hearing, minimum fees for existing works do not apply to or bind collective societies such as SODRAC. Collective societies have the power to determine tariffs for the works in which they hold the copyright, subject to the approval of the Copyright Board. However, the *SAA* and the Tribunal precedent are clear, and none of the parties to this appeal disagree: scale agreements do not bind collective societies. The *SAA* only governs the professional relations between federal governmental producers, as defined by that Act, and artists insofar as they choose to retain their copyrights.

[25] Artists therefore have two options when dealing with federal governmental producers for the use of their existing works. One option is to assign or license their copyright to a collective society or appoint that society as their authorized agent. In that case, tariffs set under the *Copyright Act*, and not the *SAA* and any scale agreements for their sector, will apply to the works. The other option is to deal directly with the producer, in which case they will be bound by any applicable *SAA* scale agreements. Within this option, artists may either accept the minimum fees, terms and conditions set out in the scale agreements and model contracts, or they can attempt to negotiate higher fees or more favourable terms.

C. *Duty to Bargain in Good Faith*

[26] Counsel for the NGC confirmed at oral hearing that if the Court concluded that minimum fees for the use of existing works may be included in scale agreements, the NGC would be willing to negotiate such fees. As this is, in essence, the outcome sought by CARFAC/RAAV, the issue of whether the NGC failed to bargain in good faith need not be examined in depth.

[27] The Tribunal focused on “the manner in which the negotiations were conducted”, though it also considered the content of the negotiations (para. 121 (emphasis added)). The Tribunal’s reasons set out in detail the facts supporting its conclusion that the NGC did not bargain in good faith (paras. 122-52). In brief, the Tribunal found that, despite raising some initial concerns in June 2003, the NGC did not seek to exclude minimum fees for existing artistic works from the draft scale agreement on the basis of its interpretation of the *Copyright Act* until October 2007.

[28] In light of this history, the Tribunal noted that the NGC did not follow the parties’ established practice of exchanging draft scale agreements prior to their meetings when it presented its revised draft scale agreement immediately after the legal opinion it had obtained was first discussed (paras. 123, 136, 138-39 and 147). It concluded that “putting forward such a proposal [that excluded minimum fees for the use of existing artistic works from the scale agreement] and taking a rigid stance which it should be known the other party could never accept must necessarily constitute a breach of the duty to bargain in good faith” (para. 151).

[29] It appears from the reasons that the Tribunal extensively canvassed the facts and the law regarding good faith bargaining. In proceedings before this Court, the NGC raised certain facts to support its argument that it had not failed to meet its duty to bargain in good faith. The Tribunal's reasons demonstrate that it was aware of those facts, namely that the NGC had expressed reservations about including minimum fees for the use of existing works in a negotiated scale agreement, that the NGC relied upon a legal opinion to refuse to include such minimum fees in the scale agreement, and that the NGC expressed a willingness to negotiate alternative solutions and remaining issues after presenting the revised draft scale agreement (paras. 124 and 140-42). The Tribunal nonetheless concluded that the NGC had failed to bargain in good faith.

[30] On a reasonableness review, it is not for courts to reweigh the evidence considered by the tribunal (*Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at para. 64, *per* Binnie J.). In view of the findings of fact of the Tribunal, it cannot be said that its decision is unreasonable.

III. Conclusion

[31] The appeal is allowed and the Tribunal's order is reinstated. Costs are awarded to the appellants CARFAC and RAAV on the appeals before this Court and the Federal Court of Appeal.

Appeal allowed with costs.

*Solicitors for the appellants: Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck,
Ottawa.*

*Solicitors for the respondent: Lapointe Rosenstein Marchand Melançon,
Montréal; Gowlings, Ottawa.*

*Solicitors for the interveners the Writers Guild of Canada and the
Canadian Screenwriters Collection Society: Ursel Phillips Fellows Hopkinson,
Toronto.*

*Solicitors for the interveners Société du droit de reproduction des
auteurs, compositeurs et éditeurs du Canada and SODRAC 2003 Inc.: Matteau
Poirier avocats inc., Montréal.*





COUR SUPRÊME DU CANADA

RÉFÉRENCE : Front des artistes canadiens c. Musée des beaux-arts
du Canada, 2014 CSC 42

DATE : 20140612
DOSSIER : 35353

ENTRE :

**Canadian Artists' Representation/Front des artistes canadiens et
Regroupement des artistes en arts visuels du Québec**

Appelants

et

Musée des beaux-arts du Canada

Intimé

- et -

**Writers Guild of Canada, Canadian Screenwriters Collection Society,
Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et
éditeurs du Canada et SODRAC 2003 Inc.**

Intervenantes

TRADUCTION FRANÇAISE OFFICIELLE

CORAM : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Abella, Rothstein,
Cromwell, Moldaver et Wagner

MOTIFS DE JUGEMENT :
(par. 1 à 31)

Le juge Rothstein (avec l'accord de la juge en chef
McLachlin et des juges LeBel, Abella, Cromwell, Moldaver
et Wagner)

APPEL ENTENDU ET JUGEMENT RENDU : Le 14 mai 2014

MOTIFS DÉPOSÉS : Le 12 juin 2014

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

CARFAC c. MUSÉE DES BEAUX-ARTS DU CANADA

**Canadian Artists' Representation/Front des artistes canadiens et
Regroupement des artistes en arts visuels du Québec**

Appelants

c.

Musée des beaux-arts du Canada

Intimé

et

**Writers Guild of Canada,
Canadian Screenwriters Collection Society,
Société du droit de reproduction des auteurs,
compositeurs et éditeurs du Canada et
SODRAC 2003 Inc.**

Intervenantes

Répertorié : Front des artistes canadiens c. Musée des beaux-arts du Canada

2014 CSC 42

N° du greffe : 35353.

Audition et jugement : 14 mai 2014.

Motifs déposés : 12 juin 2014.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Wagner.

Droit de la culture et du divertissement — Statut de l'artiste — Droit d'auteur — Négociation collective — Obligation de négociier de bonne foi — Les associations d'artistes sont-elles empêchées de négocier des tarifs minimums pour l'utilisation d'œuvres artistiques existantes dans des accords négociés en vertu de la Loi sur le statut de l'artiste? — Le fait de permettre l'inclusion, dans des accords-cadres, de tarifs minimums pour l'octroi des droits d'auteur sur des œuvres existantes entre-t-il en conflit avec la Loi sur le droit d'auteur? — La conclusion du Tribunal selon laquelle le Musée des beaux-arts du Canada n'avait pas négocié de bonne foi était-elle raisonnable? — Norme de contrôle — Loi sur le statut de l'artiste, L.C. 1992, ch. 33 — Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42.

La *Loi sur le statut de l'artiste* («*LSA*») régit les relations de travail entre les artistes et certaines institutions fédérales qui ont recours aux services d'artistes pour obtenir une prestation. La *LSA* prévoit l'accréditation d'associations chargées de défendre les intérêts des artistes d'un secteur déterminé et de négocier, avec des institutions, des accords-cadres qui énoncent les « dispositions relatives aux conditions minimales pour les prestations de services des artistes et à des questions connexes ». En 2003, le CARFAC et le RAAV, des associations d'artistes accréditées pour représenter les artistes canadiens en arts visuels, ont entrepris conjointement la négociation d'un accord-cadre avec le Musée des beaux-arts du Canada («*MBAC*»). Ces négociations se sont poursuivies pendant quatre ans jusqu'à ce que le MBAC

obtienne un avis juridique et se fonde sur celui-ci pour refuser d'inclure dans l'accord-cadre des tarifs minimums pour la concession de licences ou la cession des droits d'auteur sur des œuvres artistiques existantes. Les négociations ont avorté à cause de la position du MBAC à cet égard. Le CARFAC et le RAAV ont déposé au Tribunal canadien des relations professionnelles artistes-producteurs une plainte portant que le MBAC n'avait pas négocié de bonne foi.

Le Tribunal a conclu que la concession de licences ou la cession des droits d'auteur sur des œuvres existantes pouvait être l'objet de tarifs minimums prévus dans des accords-cadres négociés en vertu de la *LSA*, pourvu que ces accords ne lient pas les sociétés de gestion constituées sous le régime de la *Loi sur le droit d'auteur*. Toujours selon le Tribunal, le MBAC a omis de négocier de bonne foi en adoptant une position inflexible fondée uniquement sur un seul avis juridique, et il aurait dû savoir que le CARFAC/RAAV la rejeterait. Les juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale ont accueilli la demande de contrôle judiciaire présentée par le MBAC, décidant que permettre aux parties à des accords-cadres d'imposer des tarifs minimums pour des œuvres existantes entrerait en conflit avec la *Loi sur le droit d'auteur*. Étant donné cette conclusion, la cour d'appel a estimé que le MBAC n'avait pas omis de négocier de bonne foi.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

La conclusion du Tribunal était raisonnable. Son interprétation de la *LSA* n'était pas contraire au sens ordinaire de cette loi. La Cour d'appel fédérale n'avait

aucune raison d'infirmer la conclusion du Tribunal selon laquelle les tarifs minimums pour l'octroi des droits d'auteur des artistes sur des œuvres existantes peuvent être inclus dans les accords-cadres. En outre, si l'on conclut que de tels tarifs minimums sont exclus des accords-cadres, la *LSA* aurait une incidence limitée sur la réalisation de la reconnaissance expresse, par le législateur, de l'importance pour les artistes de recevoir une indemnisation pour l'utilisation, et notamment le prêt public, de ces œuvres.

La négociation collective engagée par des associations d'artistes relativement aux accords-cadres visant la concession de licences ou la cession des droits d'auteur sur des œuvres existantes ne contredit aucune disposition de la *Loi sur le droit d'auteur*. L'établissement d'un tarif minimum pour l'utilisation d'œuvres existantes n'a d'incidence sur aucun des droits conférés aux titulaires de droits d'auteur aux termes de l'art. 3 de la *Loi sur le droit d'auteur*, et les accords-cadres ne lient pas non plus les sociétés de gestion régies par cette loi.

Le Tribunal a examiné en profondeur le droit en matière de négociation de bonne foi et analysé en détail la preuve présentée par les parties à cet égard. Il a conclu que le MBAC n'avait pas négocié de bonne foi. Dans l'appréciation de la raisonnable, il n'appartient pas à la Cour de soupeser à nouveau la preuve examinée par le Tribunal. Vu les conclusions de fait du Tribunal, sa décision ne peut être qualifiée de déraisonnable.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 1 R.C.S. 369; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Euro-Excellence Inc. c. Kraft Canada Inc.*, 2007 CSC 37, [2007] 3 R.C.S. 20; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339.

Lois et règlements cités

Loi sur l'emploi, la croissance et la prospérité durable, L.C. 2012, ch. 19, art. 532.

Loi sur le droit d'auteur, L.R.C. 1985, ch. C-42, art. 2 « société de gestion », 3, 13(4), 70.1, 70.13, 70.15.

Loi sur le statut de l'artiste, L.C. 1992, ch. 33, art. 2e), 5 « accord-cadre », « association d'artistes », « producteur », 6(2), 7, 9(3), 25 à 27, 32, 33(1), 44.

Doctrine et autres documents cités

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Noël, Pelletier et Trudel), 2013 CAF 64, 443 N.R. 121, 54 Admin. L.R. (5th) 1, 2013 CarswellNat 508, [2013] A.C.F. n° 261 (QL), qui a infirmé une décision du Tribunal canadien des relations professionnelles artistes-producteurs, 2012 TCRPAP 053

(<http://decisia.lexum.com/cirb-ccri/saa-lsa/fr/item/8107/index.do>), 2012 CarswellNat 4332, [2012] D.T.C.R.P.A.P. n° 1 (QL). Pourvoi accueilli.

David Yazbeck, Michael Fisher et Wassim Garzouzi, pour les appelants.

Guy P. Dancosse, c.r., Sophie Roy-Lafleur et Guy Régimbald, pour l'intimé.

Joshua S. Phillips et Karen Ensslen, pour les intervenantes Writers Guild of Canada et Canadian Screenwriters Collection Society.

Colette Matteau, pour les intervenantes la Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs du Canada et SODRAC 2003 Inc.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ROTHSTEIN —

[1] Il est question en l'espèce de l'étendue de la négociation collective autorisée par une loi propre au secteur artistique et de la relation entre cette loi et la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, ch. C-42.

I. Contexte et historique

[2] La *Loi sur le statut de l'artiste*, L.C. 1992, ch. 33 (« *LSA* »), a pour objet « l'établissement et la mise en œuvre d'un régime de relations de travail entre producteurs et artistes » (art. 7), les « producteurs » ne s'entendant que de certaines institutions fédérales et entreprises de radiodiffusion qui ont recours aux services d'artistes en vue d'obtenir une prestation (art. 5 « producteur » et al. 6(2)a)). La *LSA* prévoit l'accréditation d'« associations d'artistes » chargées de défendre les intérêts professionnels et socio-économiques des artistes d'un secteur déterminé (art. 5 « association d'artistes » et art. 25-27). Les associations d'artistes accréditées négocient, avec un producteur ou une association de producteurs, des « accords-cadres » qui énoncent les « dispositions relatives aux conditions minimales pour les prestations de services des artistes et à des questions connexes » (art. 5 « accord-cadre »). Une fois signés, les accords-cadres lient tous les artistes du secteur déterminé — qu'ils adhèrent officiellement ou non à l'association d'artistes — dans leurs rapports avec ce producteur ou cette association de producteurs, à l'exception des « employés » ou « fonctionnaires » au sens de la *LSA* pour ce qui est des activités qui relèvent de leurs fonctions (par. 9(3) et 33(1) et art. 44). À toutes les époques pertinentes en l'espèce, le Tribunal canadien des relations professionnelles artistes-producteurs (« Tribunal ») était le tribunal administratif chargé de l'application et de l'exécution de la *LSA* (en 2012, cette responsabilité a été confiée au Conseil canadien des relations industrielles en vertu de la *Loi sur l'emploi, la croissance et la prospérité durable*, L.C. 2012, ch. 19, art. 532). Des associations

d'artistes accréditées par le Tribunal ont négocié près de 180 accords-cadres, dont bon nombre portaient sur des questions de droit d'auteur.

[3] La *Loi sur le droit d'auteur* renferme plusieurs dispositions qui sont pertinentes en l'espèce. L'article 2 définit une « société de gestion » (parfois appelée « société de perception des droits d'auteur ») comme une association, société ou personne morale autorisée — notamment par voie de cession, licence ou mandat — à se livrer à la gestion collective du droit d'auteur au profit des artistes (entre autres). Les sociétés de gestion doivent soit administrer un système d'octroi de licences pour un répertoire d'œuvres par lequel elles déterminent les modalités selon lesquelles elles autoriseront l'utilisation de ces œuvres, soit percevoir et répartir les redevances payables par les utilisateurs de ces œuvres aux termes de la *Loi sur le droit d'auteur*. La Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs du Canada (« SODRAC »), intervenante en l'espèce, est une société de gestion au sens de cette loi.

[4] Les droits d'auteur cédés ou concédés par licence exclusive à la société de gestion doivent respecter l'exigence de la *Loi sur le droit d'auteur* selon laquelle les cessions ou licences exclusives en question doivent être rédigées par écrit et signées par le titulaire du droit d'auteur ou par son agent (par. 13(4)). Les sociétés de gestion peuvent fixer des tarifs pour l'utilisation de ces droits d'auteur (art. 70.1 et 70.13). La Commission du droit d'auteur est chargée d'homologuer ces tarifs (art. 70.15).

[5] Le Canadian Artists' Representation/Front des artistes canadiens (« CARFAC ») et le Regroupement des artistes en arts visuels du Québec (« RAAV ») sont les associations d'artistes accréditées pour représenter, respectivement, les artistes canadiens en arts visuels à l'extérieur du Québec et dans cette province. En 2003, ils ont entrepris conjointement la négociation d'un accord-cadre visé par la *LSA* avec le Musée des beaux-arts du Canada (« MBAC »). L'établissement de tarifs minimums payables par le MBAC pour l'utilisation d'œuvres existantes d'artistes en arts visuels comptait parmi les points que le CARFAC/RAAV cherchait à négocier. Le MBAC a exprimé des réserves quant à l'inclusion dans l'accord-cadre de tels tarifs minimums, disant qu'il allait demander un avis juridique sur cette question. Il s'est néanmoins engagé, au cours des quatre années suivantes, dans la négociation d'un projet d'accord-cadre qui traitait des œuvres existantes.

[6] En 2007, le MBAC a obtenu un avis juridique sur lequel il s'est appuyé pour affirmer que le CARFAC/RAAV n'avait pas le pouvoir de négocier des accords-cadres prévoyant des tarifs minimums pour la concession de licences ou la cession des droits d'auteur sur des œuvres existantes car il n'avait pas obtenu l'autorisation écrite de tous les artistes visés par les accords-cadres. Sur le fondement de cet avis, le MBAC a présenté un projet révisé d'accord-cadre dans lequel toutes les mentions d'œuvres existantes avaient été supprimées. Après avoir tenté à quelques reprises de discuter davantage de cette question, le CARFAC/RAAV a déposé au

Tribunal une plainte portant que le MBAC avait violé l'art. 32 de la *LSA* en ne négociant pas de bonne foi.

[7] Le Tribunal a conclu que la concession de licences ou la cession des droits d'auteur sur des œuvres existantes pouvait être l'objet de tarifs minimums prévus dans des accords-cadres, et que le MBAC n'avait pas négocié de bonne foi (2012 TCRPAP 053 (en ligne)). Le Tribunal a conclu que, dans ses décisions précédentes, il avait reconnu que les accords-cadres pouvaient inclure des tarifs minimums pour l'utilisation d'œuvres existantes, et que l'inclusion de questions touchant aux droits d'auteur était devenue la norme dans le secteur culturel. Il a affirmé que la *LSA* complétait la *Loi sur le droit d'auteur*, et que les associations d'artistes pouvaient négocier un accord-cadre en vertu de la *LSA*, pourvu que cet accord ne lie pas les sociétés de gestion constituées sous le régime de la *Loi sur le droit d'auteur* (par. 99-104).

[8] Pour ce qui est de l'art. 32 de la *LSA*, qui oblige les associations d'artistes et les producteurs à négocier de bonne foi, le Tribunal a conclu que le MBAC avait manqué à cette obligation en présentant un projet révisé d'accord-cadre où il n'était nullement question de l'utilisation d'œuvres artistiques existantes « sans avis préalable » (par. 147) — contrairement à sa pratique habituelle de négociation avec le CARFAC/RAAV — sans solution de rechange raisonnable, et en s'appuyant uniquement sur un seul avis juridique. La position du MBAC sur les tarifs minimums pour l'utilisation d'œuvres existantes était inflexible, et le MBAC aurait dû savoir que

le CARFAC/RAAV la rejeterait. Appliquant l'arrêt de notre Cour dans *Royal Oak Mines Inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 1 R.C.S. 369 (« *Royal Oak Mines* »), le Tribunal a conclu que le MBAC avait violé l'art. 32 de la *LSA* en ne négociant pas de bonne foi (par. 147-152). Il a ordonné au MBAC de se conformer à la *LSA*, d'établir un calendrier des négociations avec le CARFAC/RAAV et de présenter des rapports mensuels au Tribunal (par. 171-173).

[9] Les juges majoritaires de la Cour d'appel fédérale ont accueilli la demande de contrôle judiciaire présentée par le MBAC. Se fondant sur la norme de contrôle de la décision correcte, ils ont décidé que permettre l'inclusion, dans des accords-cadres, de tarifs minimums pour des œuvres existantes entrerait en conflit avec la *Loi sur le droit d'auteur*, car seuls les titulaires du droit d'auteur peuvent limiter l'exercice de ce droit (2013 CAF 64, 443 N.R. 121, par. 101). Ils ont conclu que le droit d'auteur n'avait pas été cédé par écrit au CARFAC/RAAV par les artistes de leurs secteurs comme le prescrit le par. 13(4) de la *Loi sur le droit d'auteur*, de sorte que le CARFAC/RAAV ne pouvait aucunement limiter l'exercice par ces artistes de leurs droits d'auteur (par. 111). En revanche, un accord-cadre peut porter sur un contrat visant des œuvres commandées parce qu'il n'existe aucun droit d'auteur lorsque l'artiste signe pareil contrat. De plus, l'octroi de licence ou la cession du droit d'auteur sur une œuvre existante est simplement un transfert de bien; il ne s'agit pas d'un service ou « [d']une question connexe » suivant la définition d'« accord-cadre » dans la *LSA* (par. 102-108). Par conséquent, les tarifs minimums pour l'utilisation d'œuvres existantes ne sauraient être inclus dans les accords-cadres.

Étant donné cette conclusion, les juges majoritaires ont estimé que le MBAC n'avait pas omis de négocier de bonne foi (par. 115).

[10] Le juge Pelletier, dissident, aurait rejeté la demande de contrôle judiciaire. Se fondant sur la norme de contrôle de la décision raisonnable, il a conclu que les accords-cadres pouvaient inclure des tarifs minimums pour l'utilisation d'œuvres existantes. L'octroi à un producteur du droit d'utiliser une œuvre existante est analogue au service fourni par les hôtels et les agences de location d'automobiles qui permettent à autrui d'utiliser leur bien (par. 83). L'interprétation donnée par le Tribunal à l'expression « prestations de services » était donc raisonnable (par. 86). Le fait qu'une association d'artistes négocie des tarifs minimums pour l'utilisation d'œuvres existantes n'en fait pas l'agent des artistes aux fins de concession d'une licence à un producteur (par. 85). Le choix d'accorder ou non une licence à un producteur appartient toujours au titulaire du droit d'auteur et non à l'association d'artistes. Les accords-cadres ne s'appliquent pas aux œuvres dont le droit d'auteur a été cédé à une société de gestion comme la SODRAC; ils s'appliquent uniquement lorsque seul l'artiste a le droit d'accorder des licences pour l'utilisation de son œuvre, d'où l'absence de conflit entre la *LSA* et la *Loi sur le droit d'auteur* (par. 87).

[11] Le juge Pelletier a également conclu que le Tribunal pouvait raisonnablement conclure que le MBAC n'avait pas négocié de bonne foi. Le MBAC avait adopté une position inflexible qui ne pourrait, à sa connaissance, jamais être acceptée par le CARFAC/RAAV, sur la seule foi d'un avis juridique et malgré les

quatre années qu'il avait passées à négocier de tels tarifs. La pratique ayant cours dans le secteur d'activités consistait à inclure les questions touchant au droit d'auteur dans les accords-cadres. Appliquant *Royal Oak Mines*, le juge Pelletier a conclu qu'une appréciation objective des faits étayait la conclusion du Tribunal selon laquelle le MBAC n'avait pas négocié de bonne foi (par. 71-76).

II. Analyse

[12] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rejeter la demande de contrôle judiciaire.

A. *La norme de contrôle*

[13] La norme de la décision raisonnable est présumée s'appliquer lorsqu'un tribunal administratif interprète sa loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie. La *LSA* s'applique notamment aux « auteurs d'œuvres artistiques [. . .] au sens de la *Loi sur le droit d'auteur* », ce qui oblige le Tribunal à interpréter et à appliquer cette loi (*LSA*, sous-al. 6(2)b(i)). Aucune des exceptions à cette présomption d'assujettissement à la norme de la décision raisonnable ne s'applique. Aucune question constitutionnelle n'est en jeu. Le pourvoi ne soulève aucune véritable question de compétence, surtout au vu de la mise en garde de notre Cour qui appelle à donner une interprétation restrictive à cette catégorie de questions lorsqu'un tribunal administratif interprète sa loi constitutive ou des lois étroitement liées à son mandat (*Alberta (Information and Privacy*

Commissioner) c. Alberta Teachers' Association, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, par. 34). Il n'y a en l'espèce aucune question qui revêt une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et qui ne relève pas du champ d'expertise du Tribunal. Enfin, toutes les parties, les intervenantes et le Tribunal ne contestent pas que les accords-cadres visés par la *LSA* ne s'appliquent pas aux sociétés de gestion régies par la *Loi sur le droit d'auteur*. Par conséquent, aucune question de délimitation des compétences respectives du Tribunal et de la Commission du droit d'auteur ne se pose sérieusement. La norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable.

B. *Les accords-cadres peuvent inclure les œuvres existantes*

[14] Pour décider si les accords-cadres négociés en vertu de la *LSA* peuvent prévoir des tarifs minimums pour l'utilisation d'œuvres existantes, il faut interpréter la *LSA* et se demander si elle entre en conflit avec la *Loi sur le droit d'auteur*.

- (1) Les « prestations de services des artistes » comprennent l'utilisation d'œuvres existantes

[15] La première question qu'il faut se poser est de savoir si le Tribunal pouvait raisonnablement conclure que les « prestations de services des artistes » mentionnées dans la définition d'« accord-cadre » dans la *LSA* comprennent les prestations d'œuvres existantes.

[16] Je suis d'accord avec le juge Pelletier pour dire qu'il n'y a aucune raison d'infirmer la conclusion du Tribunal sur ce point. L'interprétation donnée par le Tribunal à l'expression « prestations de services des artistes » n'est pas contraire à son sens ordinaire. De fait, l'analogie que fait le juge Pelletier avec le service fourni par les hôtels et les agences de location d'automobiles pour l'utilisation de leur bien est convaincante. De plus, aucune disposition de la *LSA* ne permet de traiter les œuvres commandées différemment des œuvres existantes.

[17] La définition des artistes qui sont liés par la *LSA* comporte trois grandes catégories, dont la première regroupe les « auteurs d'œuvres artistiques [. . .] au sens de la *Loi sur le droit d'auteur* » (*LSA*, sous-al. 6(2)b(i)). Pour répondre à cette définition, l'artiste doit avoir déjà créé l'œuvre artistique dont il est l'auteur. Si la *LSA* n'était pas censée s'appliquer aux œuvres existantes, ce volet de la définition serait dénué de sens. Il serait illogique que la *LSA* s'applique aux artistes en raison de leur création de ces œuvres, mais ne permette pas l'application des accords-cadres négociés sous son régime à ces mêmes œuvres. À défaut d'être concluante, la mention au sous-al. 6(2)b(i) des auteurs d'œuvres au sens de la *Loi sur le droit d'auteur* donne fortement à penser que les accords-cadres étaient censés s'appliquer aux œuvres existantes.

[18] Si l'on conclut que la prestation d'œuvres existantes est exclue des accords-cadres autorisés par la *LSA*, cette loi aurait une incidence limitée — du moins en ce qui concerne les artistes en arts visuels — sur la réalisation de la reconnaissance

expresse, par le législateur, de l'importance pour les artistes « de recevoir une indemnisation pour l'utilisation, et notamment le prêt public, de leurs œuvres » (*LSA*, al. 2e)). Les tarifs pour l'utilisation d'œuvres *existantes* représentent la *principale* question qui intéresse les artistes en arts visuels voulant être rémunérés pour leur travail, et non pas une question accessoire. Le MBAC a reconnu qu'il commandait rarement des œuvres, [TRADUCTION] « peut-être une fois tous les cinq ans ». L'installation, les conférences et les visites guidées sont des services accessoires qui non seulement ne procurent vraisemblablement pas une source de revenu suffisant pour rémunérer comme il se doit les artistes pour leur travail, mais qui peuvent aussi tous être fournis par d'autres personnes que le créateur de l'œuvre artistique. En effet, même s'ils peuvent être considérés comme des « questions connexes » suivant la définition d'« accord-cadre » à l'art. 5, ils ne pourraient sans doute pas, dans bien des cas, être considérés comme « une prestation » au sens de l'al. 6(2)a) de la *LSA*, et ils ne constitueraient alors pas un service artistique principal susceptible d'être inclus lui-même dans un accord-cadre.

[19] Pour ces motifs, la conclusion du Tribunal selon laquelle les « prestations de services des artistes » comprennent la cession ou la concession de licence d'un droit d'auteur était raisonnable. Par conséquent, les tarifs minimums pour l'octroi des droits d'auteur des artistes sur des œuvres existantes peuvent être inclus dans les accords-cadres négociés en vertu de la *LSA*.

- (2) La *LSA* et la *Loi sur le droit d'auteur* n'entrent pas en conflit l'une avec l'autre

[20] La seconde question à traiter est de savoir si la conclusion susmentionnée — à savoir que les « prestations de services des artistes » comprennent l’octroi des droits d’auteur sur des œuvres existantes — crée un conflit avec la *Loi sur le droit d’auteur*.

[21] Il faut présumer qu’au moment où il a rédigé la *LSA*, le législateur connaissait la *Loi sur le droit d’auteur* et voulait éviter tout conflit entre ces deux lois (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5^e éd., 2008), p. 205 et 325). La mention explicite de la *Loi sur le droit d’auteur* au sous-al. 6(2)b(i) de la *LSA* appuie cette présomption en l’espèce. En l’absence de preuve démontrant qu’il existe un conflit ou qu’une de ces lois est censée énoncer de manière exhaustive le droit applicable, il faut lire les deux lois en corrélation de façon à ce qu’elles puissent s’appliquer de manière complémentaire.

[22] La négociation collective engagée par des associations d’artistes comme le CARFAC/RAAV sous le régime de la *LSA* relativement aux accords-cadres visant des œuvres artistiques existantes ne contredit aucune disposition de la *Loi sur le droit d’auteur*. Les associations d’artistes ne sont que des agents négociateurs. Elles n’ont ni acquis ni accordé, notamment par voie de cession ou de licence exclusive, quelque intérêt de propriété que ce soit sur le droit d’auteur d’un artiste, et elles ne prétendent pas le faire (voir *Euro-Excellence Inc. c. Kraft Canada Inc.*, 2007 CSC 37, [2007] 3 R.C.S. 20, par. 26-28). Pour cette raison, le par. 13(4) de la *Loi sur le droit d’auteur*,

suivant lequel les cessions et les licences exclusives de droits d'auteur doivent être rédigées par écrit, ne s'applique pas.

[23] Une association d'artistes a pour fonction de négocier avec les producteurs afin de fixer ce qui est analogue au salaire minimum de tout artiste qui peut accepter de fournir son œuvre à un producteur. L'établissement d'un tarif minimum pour l'utilisation d'œuvres existantes n'a d'incidence sur aucun des droits conférés aux titulaires de droits d'auteur aux termes de l'art. 3 de la *Loi sur le droit d'auteur*. Dans certaines situations, le tarif minimum peut influencer sur les conditions, s'il en est, auxquelles des artistes accorderont à un producteur le droit d'utiliser leurs œuvres, c'est-à-dire empêcher un artiste de le faire si aucun producteur n'est disposé à lui offrir le montant minimum prescrit par l'accord-cadre applicable. Toutefois, la décision d'accorder ou non le droit d'utiliser une œuvre appartient en définitive au titulaire du droit d'auteur.

[24] L'interprétation qui précède n'est pas incompatible avec les dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur* relatives aux sociétés de gestion. Comme l'avocat du CARFAC/RAAV l'a reconnu à l'audience, les tarifs minimums des œuvres existantes ne s'appliquent pas aux sociétés de gestion comme la SODRAC, et ne les lient pas. Les sociétés de gestion ont le pouvoir de fixer les tarifs des œuvres dont elles sont titulaires du droit d'auteur, sous réserve de l'approbation de la Commission du droit d'auteur. Cependant, la *LSA* et la jurisprudence du Tribunal sont claires, et aucunes des parties au présent pourvoi n'est en désaccord : les accords-cadres ne lient pas les

sociétés de gestion. La *LSA* ne régit que les relations de travail entre les producteurs qui relèvent du gouvernement fédéral, au sens de la loi, et les artistes, dans la mesure où ils choisissent de conserver leurs droits d'auteur.

[25] Les artistes ont donc deux possibilités quand ils traitent avec les producteurs relevant du gouvernement fédéral pour l'utilisation de leurs œuvres existantes. Premièrement, ils peuvent céder ou concéder par licence leur droit d'auteur à une société de gestion ou nommer cette société comme leur agent autorisé. Dans ce cas, les tarifs fixés sous le régime de la *Loi sur le droit d'auteur*, et non sous celui de la *LSA* et de tout accord-cadre conclu pour leur secteur, s'appliqueront aux œuvres en question. Deuxièmement, ils peuvent traiter directement avec le producteur, auquel cas ils seront liés par tout accord-cadre applicable au titre de la *LSA*. Dans ce dernier cas, les artistes peuvent soit accepter les tarifs minimums et les conditions énoncés dans les accords-cadres et les contrats types, soit tenter de négocier des tarifs supérieurs ou des conditions plus favorables.

C. *L'obligation de négocier de bonne foi*

[26] L'avocat du MBAC a confirmé à l'audience que, si la Cour concluait à la possibilité d'inclure dans les accords-cadres les tarifs minimums pour l'utilisation d'œuvres existantes, le MBAC serait disposé à négocier ces tarifs. Puisque c'est essentiellement ce que demande le CARFAC/RAAV en l'espèce, il n'est pas nécessaire d'examiner en profondeur la question de savoir si le MBAC a omis de négocier de bonne foi.

[27] Le Tribunal s'est concentré sur « la manière dont les négociations ont été menées », bien qu'il ait aussi examiné le contenu des négociations (par. 121 (je souligne)). Il a exposé en détail dans ses motifs les faits qui lui permettent de conclure que le MBAC n'avait pas négocié de bonne foi (par. 122-152). En bref, le Tribunal a conclu que, même si le MBAC avait exprimé quelques préoccupations en juin 2003, il n'a pas cherché avant octobre 2007 à exclure du projet d'accord-cadre les tarifs minimums des œuvres existantes sur la foi de son interprétation de la *Loi sur le droit d'auteur*.

[28] Compte tenu de ces faits, le Tribunal a signalé que le MBAC avait dérogé à la pratique établie par les parties qui consistait à s'échanger des projets d'accord-cadre avant leurs réunions lorsqu'il a présenté son projet révisé d'accord-cadre tout de suite après que l'avis juridique qu'il avait obtenu ait été abordé la première fois (par. 123, 136, 138-139 et 147). Le Tribunal a conclu que « présenter une proposition [qui excluait de l'accord-cadre les tarifs minimums pour l'utilisation d'œuvres existantes] ou adopter une position inflexible alors que l'on devrait savoir que l'autre partie ne pourra jamais l'accepter constitue nécessairement un manquement à cette obligation de négocier de bonne foi » (par. 151).

[29] Il appert des motifs du Tribunal que celui-ci a examiné en profondeur les faits et le droit en matière de négociation de bonne foi. Devant notre Cour, le MBAC a invoqué certains faits à l'appui de son argument qu'il n'avait pas manqué à son obligation de négocier de bonne foi. Le Tribunal a démontré dans ses motifs qu'il

avait connaissance de ces faits, à savoir que le MBAC avait exprimé des réserves à propos de l'inclusion de tarifs minimums pour l'utilisation d'œuvres existantes dans un accord-cadre négocié, qu'il s'était appuyé sur un avis juridique pour refuser d'inclure de tels tarifs minimums dans l'accord-cadre, et qu'il s'était dit disposé à négocier des solutions de rechange et autres questions à régler après avoir présenté le projet révisé d'accord-cadre (par. 124 et 140-142). Le Tribunal a néanmoins conclu que le MBAC n'avait pas négocié de bonne foi.

[30] Dans l'appréciation de la raisonnable, il n'appartient pas aux tribunaux judiciaires de soulever à nouveau la preuve examinée par le tribunal administratif (*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, par. 64, le juge Binnie). Vu les conclusions de fait du Tribunal, sa décision ne saurait être qualifiée de déraisonnable.

III. Conclusion

[31] Le pourvoi est accueilli et l'ordonnance du Tribunal est rétablie. Les appelants, le CARFAC et le RAAV, ont droit aux dépens devant notre Cour et la Cour d'appel fédérale.

Pourvoi accueilli avec dépens.

*Procureurs des appelants : Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck,
Ottawa.*

*Procureurs de l'intimé : Lapointe Rosenstein Marchand Melançon,
Montréal; Gowlings, Ottawa.*

*Procureurs des intervenantes Writers Guild of Canada et Canadian
Screenwriters Collection Society : Ursel Phillips Fellows Hopkinson, Toronto.*

*Procureurs des intervenantes la Société du droit de reproduction des
auteurs, compositeurs et éditeurs du Canada et SODRAC 2003 Inc. : Matteau Poirier
avocats inc., Montréal.*

TAB H

UL Canada inc. c. Québec (Procureur général) [1999]

R.J.Q. 1720

Répertorié:
UL Canada inc. c. Québec (Procureur général)

Entre
UL Canada inc., requérante, et
Procureur général du Québec, intimé, et
Fédération des producteurs de lait du Québec, intervenante

[1999] J.Q. no 1540

[1999] R.J.Q. 1720

J.E. 99-1298

REJB 1999-12934

No 500-05-039161-987

Cour supérieure du Québec
District de Montréal

Le juge A. Derek Guthrie

le 16 mai 1999

(64 pages)

Avocats:

Gérald R. Tremblay et Donald Bisson (McCarthy Tétrault), pour la requérante.
Jean-François Jobin (Bernard Roy et associés), pour l'intimé.
Jean Tremblay et Claude Savoie (Guy et Gilbert), pour l'intervenante.

MOTIFS DU JUGEMENT

1 LE JUGE A. DEREK GUTHRIE:-- Il s'agit d'une demande intitulée "Requête en jugement déclaratoire, en mandamus et en annulation de la saisie et avis d'intention d'obtention d'une déclaration d'inapplicabilité constitutionnelle, d'invalidité ou

d'inopérabilité, et déclaration en injonction" contenant quelque 126 allégations. La requérante recherche principalement l'annulation ou l'abrogation de l'alinéa 40(1)c) du Règlement sur les succédanés de produits laitiers¹ (ci-après l'"Alinéa 40(1)c)") :

Art. 40 En plus des exigences requises en vertu de la Loi des aliments et drogues et de ses règlements, les succédanés désignés à l'article 39 doivent répondre aux normes de composition ci-après énoncées :

1. La margarine :

[...]

c) ne doit pas être d'une couleur de plus d'un degré et six dixièmes ni de moins de dix degrés et cinq dixièmes de jaune ou de jaune et de rouge combinés, mesurée à l'échelle du colorimètre Lovibond.

En pratique, aux termes de l'Alinéa 40(1)c), la margarine doit être d'une couleur plus pâle ou plus foncée que le beurre. L'Alinéa 40(1)c) a été édicté en vertu de l'art. 42g) de la Loi sur les produits laitiers et leurs succédanés² (ci-après la "Loi") qui se lit ainsi :

Art. 42 En outre des autres pouvoirs de réglementation qui lui sont conférés par la présente loi, le gouvernement peut faire des règlements pour :

[...]

g) établir des normes relatives à la composition, la couleur, la teneur en constituants, la forme et la qualité auxquelles doivent être conformes les produits laitiers et les succédanés mis en vente ou livrés dans le Québec et déterminer les méthodes d'analyse qui doivent être employées à ces fins;
(Soulignements du Tribunal)

LES PARTIES

2 La requérante UL Canada inc. (ci-après "Unilever") est une filiale à 100 % de Unilever Canada Limited, laquelle est elle-même une filiale à 100 % de Unilever PLC, la société mère située au Royaume-Uni.

3 Unilever, par l'entremise de ses diverses divisions d'exploitation, fabrique, distribue et importe, au Canada, des produits alimentaires emballés, des produits de soins personnels et d'entretien ménager, ainsi que des produits et des services de nettoyage industriel. Par l'entremise de sa division Lipton, elle fabrique et distribue partout, au Canada, des produits alimentaires à base d'huile, dont la margarine.

4 L'intimé, le Procureur général du Québec, est la partie intimée appropriée à l'encontre de laquelle doit être soulevé le débat relatif à l'inapplicabilité constitutionnelle d'une disposition d'un règlement édicté par le gouvernement du Québec (ci-après le

"Gouvernement") en vertu de l'art. 42 de la Loi. Le Gouvernement est responsable de la mise en vigueur, de l'application et de l'abrogation de règlements édictés en vertu dudit art. 42.

5 L'intervenante, la Fédération des producteurs de lait du Québec (ci-après la "Fédération"), regroupe des syndicats professionnels de producteurs laitiers, lesquels sont constitués en vertu de la Loi sur les syndicats professionnels³. D'après l'art. 21 de cette loi, la Fédération jouit "de tous les droits et pouvoirs conférés par la présente loi aux syndicats professionnels".

6 La Fédération, en tant que fédération de syndicats professionnels, fait partie de l'Union des producteurs agricoles, laquelle est une confédération de fédérations et de syndicats professionnels constituée en vertu de l'art. 20 de la Loi sur les syndicats professionnels. La Fédération est également investie des pouvoirs, devoirs et attributions d'un office de producteurs au sens de la Loi sur la mise en marché des produits agricoles, alimentaires et de la pêche⁴. À ce titre, elle administre le Plan conjoint (1980) des producteurs de lait de Québec et agit comme agent de négociation des producteurs de lait du Québec et agent de vente de tout le lait qu'ils produisent. Le Plan conjoint vise tant le lait destiné à la consommation humaine sous forme liquide que celui destiné à être transformé en d'autres produits laitiers, tels le beurre et le fromage.

L'HISTORIQUE LÉGISLATIF ET RÉGLEMENTAIRE QUÉBÉCOIS PERTINENT CONCERNANT LA MARGARINE

7 Le 10 mars 1949, est entrée en vigueur la Loi protégeant l'industrie laitière dans la province⁵. En vertu de l'art. 2 de cette loi, le lieutenant-gouverneur en conseil pouvait édicter des règlements pour prohiber ou régler la fabrication, la vente, la mise en vente et la possession des succédanés du beurre dans la province.

8 Le 17 mars 1949, le lieutenant-gouverneur en conseil a émis le décret numéro 291 dont le texte se lit comme suit :

"ATTENDU que l'agriculture est un des fondements essentiels de la prospérité nationale et économique de la province;

ATTENDU qu'il est nécessaire, dans l'intérêt de toutes les classes de la société, en particulier dans l'intérêt de la classe ouvrière, de maintenir un équilibre approprié entre la population rurale et la population urbaine;

ATTENDU que l'industrie laitière est la base indispensable du bien-être et de la prospérité de l'agriculture;

ATTENDU que l'industrie laitière est absolument nécessaire à la vie et à la santé des populations rurales et urbaines;

ATTENDU que l'affaiblissement ou la disparition de l'industrie laitière dans la province de Québec priveraient les ouvriers et leurs enfants de nourriture saine et indispensable et qui provient en entier de la province de Québec;

ATTENDU que notre industrie laitière est exclusivement canadienne;

ATTENDU que la margarine ou l'oleomargarine est un produit d'imitation qui provient, en grande partie, de matières premières étrangères au Canada, en général, et à la province de Québec, en particulier;

ATTENDU que le gouvernement de la province doit sauvegarder les fondements essentiels de notre progrès et de notre prospérité durables;

ATTENDU que les cultivateurs de la province, pendant de nombreuses années, ont été victimes de multiples restrictions ou rationnements;

ATTENDU qu'à la récente session de la Législature une loi a été sanctionnée, en vertu de laquelle le lieutenant-gouverneur-en-conseil est autorisé à adopter, sur la recommandation du ministre de l'agriculture, les mesures qu'il juge appropriées et justes, pour prohiber ou réglementer la fabrication, la vente, la mise en vente et la possession de la margarine et des autres succédanés du beurre (bill no 66 intitulé "Loi protégeant l'industrie laitière dans la province").

IL EST ORDONNÉ, en conséquence, sur la proposition de l'honorable Ministre de l'Agriculture :

Que la fabrication, la vente ou la mise en vente, dans la province, de la margarine ou de l'oleomargarine, soient prohibées et sont par les présentes prohibées sous les sanctions et avec les sanctions prévues à la loi adoptée à la dernière session de la Législature (bill no 66 intitulé "Loi protégeant l'industrie laitière dans la province")"
(Soulignement du Tribunal)

9 Est entrée en vigueur le 17 décembre 1953 la Loi pour protéger l'industrie laitière du Québec⁶. En vertu de l'art. 2 de cette loi, sont prohibées au Québec la fabrication, la vente, la mise en vente et la possession de tout succédané de produit laitier.

10 Est entré en vigueur le 19 mars 1955 le décret numéro 235, lequel se lit comme suit :

"ATTENDU que l'agriculture est une des bases essentielles de la prospérité nationale et économique de la province;

ATTENDU que la stabilité de l'industrie laitière est intimement liée au bien-être, à la prospérité des cultivateurs et de toute la population.

ATTENDU que l'article 3 de la Loi pour protéger l'industrie laitière du Québec (2-3 Elizabeth II, chapitre 6) autorise le lieutenant-gouverneur en conseil à adopter des règlements pour désigner comme succédané d'un produit laitier au sens et pour les fins de ladite loi tout produit alimentaire qui, sous quelque nom qu'il se désigne, constitue, de l'avis du lieutenant-gouverneur en conseil, un succédané d'un produit laitier selon l'esprit de la loi;

ATTENDU que la coloration artificielle de certains produits alimentaires est de nature à tromper les consommateurs en faisant de ces produits une imitation du beurre;

IL EST ORDONNÉ en conséquence, sur la proposition de l'honorable ministre de l'agriculture :

QUE soit désigné et considéré comme succédané du beurre au sens et pour les fins de la Loi pour protéger l'industrie laitière du Québec (2-3 Elizabeth II, chapitre 6) tout produit alimentaire, sous quelque nom qu'il se désigne, qui, par une coloration ou une préparation artificielle, imite la couleur et l'apparence du beurre."

11 Le 1er août 1961, la disposition prohibant la vente de la margarine au Québec fut abrogée par la Loi sur les succédanés de produits laitiers⁷. Or, en vertu de l'art. 8 de cette loi, un succédané du beurre ne devait pas être d'une couleur de plus d'un degré et six dixièmes de jaune ou de jaune et de rouge combinés, mesurée à l'échelle du colorimètre Lovibond selon la méthode prescrite par règlement.

12 Le 28 février 1970, est entrée en vigueur la Loi des produits laitiers et de leurs succédanés⁸, dont les articles suivants étaient pertinents :

Art. 26 Tout succédané doit répondre aux normes de composition, de couleur, de qualité, de forme et de présentation fixées par les règlements, et le récipient, l'emballage ou l'enveloppe qui le contient doit porter l'indication du nom, de l'origine, de la quantité et de la composition du produit.

Art. 27 Dans un établissement où l'on sert à manger moyennant rémunération, nul ne peut offrir ou servir un succédané sans en prévenir le consommateur par une indication sur le menu ou, à défaut de menu, une affiche ou une étiquette.

13 Le 1er avril 1970, par le décret numéro 659, est entré en vigueur le Règlement sur les succédanés de produits laitiers. En vertu de l'art. 40(1)a) de ce règlement, la margarine ne devait pas être d'une couleur de plus d'un degré et six dixièmes et de moins de dix degrés et cinq dixièmes de jaune, ou de jaune et de rouge combinés, mesurée à l'échelle du colorimètre Lovibond. De plus, en vertu de l'art. 49 de ce règlement, dans le commerce de détail, la margarine devait être vendue ou livrée dans un emballage opaque, autre que du papier parchemin.

14 Le 23 décembre 1972, par le décret numéro 3768-72, le règlement édicté par le décret numéro 659 fut modifié pour abroger la restriction concernant la coloration de la margarine.

15 Quinze ans plus tard, par le décret numéro 1272-87⁹, la restriction quant à la coloration de la margarine fut réintroduite par l'addition de l'Alinéa 40(1)c) qui est entré en vigueur le 21 octobre 1987.

LA PREUVE

16 La preuve consiste :

- du témoignage au procès, le 14 décembre 1998, de François Descarie, l'expert de la Fédération;
- de l'affidavit du 5 février 1998 de Bruce I. MacTaggart, vice-président, "General Counsel" et secrétaire de Unilever Canada Limited, annexé à la présente requête;
- de l'affidavit du 26 février 1998 de Guylaine Gosselin, représentante de la Fédération, annexé à la déclaration en intervention;
- des pièces R-1 à R-29 déposées par Unilever;
- des pièces INT-1 à INT-3 déposées par la Fédération (la pièce INT-2 étant l'interrogatoire du 31 mars 1998 de monsieur MacTaggart sur son affidavit du 5 février 1998);
- du rapport de septembre 1998 préparé par François Descarie, l'expert de la Fédération;
- du rapport du 11 novembre 1998 préparé par Ruth M. Corbin, l'expert de Unilever;

LES FAITS PERTINENTS

17 Le Québec est la seule région au monde qui réglemente la couleur de la margarine.

18 La préparation et la tenue par Unilever de deux inventaires distincts de margarine de couleurs différentes, un pour le Québec et un pour le reste du Canada, lui imposent des coûts additionnels de quelque 100 000 \$ par mois.

19 Le 21 novembre 1997, Unilever a livré 480 contenants de 454 grammes (1 livre) de margarine de marque "Country Crock" à l'entrepôt du distributeur au détail, Les Placements GMR Maltais inc. (ci-après "GMR Maltais"), situé à Alma, Québec.

20 Les 480 contenants avaient été fabriqués aux États-Unis par Unilever.

21 La margarine contenue dans ces 480 contenants était de couleur jaune pâle beurre-frais.

22 Le 22 novembre 1997, Unilever a émis un avis aux médias et GMR Maltais a fait de la publicité dans les journaux locaux du Saguenay/Lac St-Jean selon laquelle le magasin d'alimentation et de vente au détail exploité à Alma par Les produits alimentaires Consomat inc. (ci-après "Consomat") mettrait en vente libre le 24 novembre 1997 ces 480 contenants de margarine, ce qui a été suivi par l'émission, par Unilever, d'un communiqué de presse en date du 24 novembre au même effet.

23 Le 24 novembre 1997, GMR Maltais a distribué à Consomat, pour vente au détail, les 480 contenants de margarine à son magasin d'alimentation situé à Alma, Québec.

24 Le 24 novembre 1997, Consomat a mis en vente libre ces 480 contenants de margarine. La même journée, 96 des 480 contenants de margarine mis en vente ont été vendues au détail entre 8 h (heure d'ouverture du magasin d'alimentation exploité par Consomat) et 11 h 30.

25 Le 24 novembre 1997, deux inspecteurs du ministère de l'Agriculture, des Pêcheries et de l'Alimentation de Québec (ci-après le "Ministère"), prévenus à l'avance par la publicité, l'avis aux médias et les communiqués de presse, se sont présentés chez Consomat. Ils ont constaté la présence de 384 contenants de 454 grammes de margarine non encore vendus et ont inspecté cinq de ces contenants choisis au hasard. Ils ont constaté, au moyen d'un guide visuel préparé par le Ministère, que la couleur jaune de la margarine y contenue s'apparentait au jaune pâle beurre-frais, ont procédé à la prise d'un échantillon dans chacun de ces cinq contenants de margarine pour analyse et ont saisi les 384 contenants de margarine.

26 Dans le cadre de la saisie du 24 novembre 1997, Consomat a été nommée le même jour gardien des 384 contenants de margarine saisis.

27 Présentement, les 384 contenants de margarine se trouvent dans l'entrepôt de GMR Maltais avec l'accord du Ministère. Il est admis que Unilever est propriétaire de ces 384 contenants de margarine.

28 La présente requête fut signifiée le 5 février 1998. La déclaration en intervention conservatoire fut reçue le 2 mars 1998. La contestation écrite de la Fédération fut signifiée le 6 mai 1998.

29 Le Gouvernement n'a pas déposé de contestation par écrit ni présenté aucune preuve.

LES PRÉTENTIONS DE UNILEVER

30 On retrouve les prétentions de Unilever dans les conclusions recherchées dans la présente requête :

"DÉCLARER que la saisie des 384 contenants de 454 grammes (1 livre) de margarine de marque "Country Crock" de couleur jaune pâle beurre-frais, propriété de la Requérante UL Canada Inc., pratiquée le 24 novembre 1997 à l'établissement de Les produits alimentaires Consomat Inc. par les inspecteurs du ministère de l'Agriculture, des Pêcheries et de l'Alimentation du Québec est illégale, nulle et abusive, et viole l'article 8 de la Charte canadienne des droits et libertés et l'article 24.1 de la Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., c. C-12;

- CORDER pratiquée en l'instance;
- DÉCLARE
R que les restrictions imposées à la coloration de la margarine par l'alinéa 40(1)(c) du Règlement sur les succédanés de produits laitiers, R.R.Q., 1981, c. P-30, r. 15, constituent un obstacle au commerce au sens de la Loi de mise en oeuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain, L.C. 1993, c. 44, de l'Accord de libre-échange nord-américain, de la Loi de mise en oeuvre de l'Accord sur l'Organisation mondiale du commerce, L.C. 1994, c. 47, et de l'Accord sur l'Organisation mondiale du commerce;
- DÉCLARE
R que les restrictions imposées à la coloration de la margarine par l'alinéa 40(1)(c) du Règlement sur les succédanés de produits laitiers, R.R.Q., 1981, c. P-30, r. 15, sont en conflit avec la Loi de mise en oeuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain, L.C. 1993, c. 44, l'Accord de libre-échange nord-américain, la Loi de mise en oeuvre de l'Accord sur l'Organisation mondiale du commerce, L.C. 1994, c. 47, et l'Accord sur l'Organisation mondiale du commerce;
- DÉCLARE
R que les restrictions imposées à la coloration de la margarine par l'alinéa 40(1)(c) du Règlement sur les succédanés de produits laitiers, R.R.Q., 1981, c. P-30, r. 15, constituent un obstacle au commerce au sens de l'Accord sur le commerce intérieur, (1995) Gazette du Canada, Partie I, p. 1323;
- DÉCLARE
R que les restrictions imposées à la coloration de la margarine par l'alinéa 40(1)(c) du Règlement sur les succédanés de produits laitiers, R.R.Q., 1981, c. P-30, r. 15, sont en conflit avec la Loi concernant la mise en oeuvre de l'Accord sur le commerce intérieur, L.Q. 1997, c. 9;
- DÉCLARE
R que l'alinéa 40(1)(c) du Règlement sur les succédanés de produits laitiers, R.R.Q., 1981, c. P-30, r. 15, est contraire au fédéralisme canadien;
- DÉCLARE
R que l'alinéa 40(1)(c) du Règlement sur les succédanés de produits laitiers, R.R.Q., 1981, c. P-30, r. 15, est déraisonnable;

DÉCLARE R que l'Accord sur le commerce intérieur, (1995) Gazette du Canada, Partie I, p. 1323 et la Loi concernant la mise en oeuvre de l'Accord sur le commerce intérieur, L.Q. 1997, c. 9, imposent, au gouvernement de la province de Québec et à l'intimé Procureur général du Québec le représentant l'obligation d'éliminer tout obstacle au commerce intérieur de la margarine, de ne pas ériger de nouveaux obstacles au commerce intérieur de la margarine, de concilier les normes, lois et règlements du Québec en vue d'assurer la libre circulation au Canada de la margarine et d'adopter et de maintenir en conséquence des mesures propres à garantir le respect de ces obligations, ce qui inclut l'abrogation de l'alinéa 40(1)(c) du Règlement sur les succédanés de produits laitiers, R.R.Q., 1981, c. P-30, r. 15;

DÉCLARE R que l'Accord de libre-échange nord-américain, la Loi concernant la mise en oeuvre des accords de commerce international, L.Q. 1996, c. 6, et le Décret 985-94 du 6 juillet 1994 concernant l'Accord de libre-échange nord-américain, (1994) 126 Gazette Officielle du Québec, Partie 2, p. 4298, imposent au gouvernement de la province de Québec et à l'intimé Procureur général du Québec le représentant l'obligation d'abroger l'alinéa 40(1)(c) du Règlement sur les succédanés de produits laitiers, R.R.Q., 1981, c. P-30, r. 15;

DÉCLARE R que le gouvernement du Québec a abrogé de façon

implicite l'alinéa 40(1)(c) du Règlement sur les succédanés de produits laitiers, R.R.Q., 1981, c. P-30, r. 15, lorsqu'il s'est engagé à prendre les mesures nécessaires, y compris les mesures législatives et réglementaires, pour assurer la mise en oeuvre au Québec de l'Accord de libre-échange nord-américain, en vertu du Décret 985-94 du 6 juillet 1994 concernant l'Accord de libre-échange nord-américain, (1994) 126 Gazette Officielle du Québec, Partie 2, p. 4298, lorsqu'il a approuvé l'Accord sur le commerce intérieur en vertu du Décret 1102-94 du 15 juillet 1994 concernant une entente fédérale-provinciale multilatérale sur le commerce intérieur, (1994) 126 Gazette

Officielle du Québec, Partie 2, p. 4713. et lorsque sont entrées en vigueur la Loi concernant la mise en oeuvre des accords de commerce international, L.Q. 1996, c. 6 et la Loi concernant la mise en oeuvre de l'Accord sur le commerce intérieur, L.Q. 1997, c. 9;

ORDONNER à moins d'une réserve ou d'une dénonciation, par amendement législatif, des dispositions de l'Accord sur le commerce intérieur, (1995) Gazette du Canada, Partie I, p. 1323, ou des dispositions de l'Accord de libre-échange nord-américain, à l'intimé Procureur général du Québec, et à toutes autres personnes physiques, morales ou civiles, représentant le gouvernement de la province de Québec et Sa Majesté du Chef de la province de Québec :

A - DE CONSEILLER au gouvernement de la province de Québec d'abroger l'alinéa 40(1)(c) du Règlement sur les succédanés de produits laitiers, R.R.Q., 1981, c. P-30, r. 15, et ce, dans les quinze (15) jours du jugement à être rendu;

ET EN CONSÉQUENCE

B - en vertu des articles 11, 15 et 18 de la Loi sur les règlements, L.R.Q., c. R-18.1 :

DE PRENDRE toutes les dispositions nécessaires et de faire tout ce qui est nécessaire pour mettre en vigueur le Projet de Règlement modifiant le Règlement sur les succédanés de produits laitiers, (1997) 129 Gazette Officielle du Québec, Partie 2, p. 166,

DE PUBLIER dans la Gazette Officielle du Québec le Règlement modifiant le Règlement sur les succédanés de produits laitiers, et

DE METTRE EN VIGUEUR le Règlement modifiant le Règlement sur les succédanés de produits laitiers à la date de sa publication dans la Gazette Officielle du Québec,

et ce, dans les quinze (15) jours du jugement à être rendu, pour faire en sorte d'abroger l'alinéa 40(1)(c) du Règlement sur les succédanés de produits laitiers, R.R.Q., 1981, c. P-30, r. 15;

DÉCLARE
R que l'alinéa 40(1)(c) du Règlement sur les succédanés de produits laitiers, R.R.Q., 1981, c. P-30, r. 15, est nul, puisque

inconstitutionnel, invalide, inopérant, déraisonnable et contraire au fédéralisme canadien;

DÉCLARE R que l'alinéa 40(1)(c) du Règlement sur les succédanés de produits laitiers, R.R.Q., 1981, c. P-30, r. 15, viole l'article 2(b) de la Charte canadienne des droits et libertés, n'est pas justifié par son article premier et est en conséquence invalide et inopérant;

DÉCLARE R que l'alinéa 40(1)(c) du Règlement sur les succédanés de produits laitiers, R.R.Q., 1981, c. 30, r. 15, viole l'article 3 de la Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., c. C-12, n'est pas justifié par l'article 9.1 de la Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., c. C-12, et est en conséquence invalide et inopérant;

DÉCLARE R légales la distribution au Québec et la mise en vente libre au Québec par la Requérante UL Canada Inc., ou par un de ses intermédiaires, de la margarine de couleur jaune pâle beurre-frais;

ORDONN ER l'exécution provisoire du jugement, nonobstant appel."

ÉTUDE COMMANDÉE PAR LA FÉDÉRATION SUR L'IMPACT DE LA COLORATION DE LA MARGARINE AUPRÈS DES QUÉBÉCOIS

31 Dans son rapport de septembre 1998, monsieur François Descarie de la firme Descarie & complices, l'expert de la Fédération, a décrit son mandat comme suit :

"La Fédération des Producteurs de Lait du Québec (FPLQ) désire savoir si, dans l'esprit des consommateurs, il existe une confusion entre le beurre et la margarine lorsque l'on considère deux éléments : la couleur du produit et le contenant utilisé en restaurant.

Dans cette optique, François Descarie de la firme Descarie & complices a été mandaté par la FPLQ afin de réaliser une étude quantitative visant à mesurer cette confusion potentielle auprès des consommateurs québécois."

(Soulignements du Tribunal)

32 À la suite de ce mandat, Descarie & complices a réalisé, entre le 22 août et le 15 septembre 1998, un sondage en porte-à-porte auprès d'un échantillon de 1022 répondants provenant de cinq marchés québécois : Montréal, Québec, Trois-Rivières, Chicoutimi et Sherbrooke. Deux des questions portaient sur la capacité des répondants à identifier la margarine de couleur pâle versus celle de couleur foncée. On présentait aux répondants des récipients de même transparence contenant de la margarine des deux couleurs. Les répondants devaient dire s'ils pouvaient identifier avec certitude le contenu de chacun des récipients.

33 Après avoir analysé les résultats de ce sondage, monsieur Descarie a conclu à certaines "implications stratégiques", dont l'une d'elles est : "En considérant l'ensemble des résultats..., la couleur est un élément déterminant dans la capacité d'identifier les deux produits".

34 La preuve d'expert doit être présentée par un témoin dont on démontre qu'il ou elle a acquis des connaissances spéciales ou particulières grâce à ses études ou à une expérience relative aux questions visées dans son témoignage¹⁰.

35 La valeur probante des sondages et les conclusions qu'en tirent les experts ne doivent pas être exagérées. Dans l'arrêt R. c. Prairie Schooner News Ltd¹¹, M. le juge Dickson, alors de la Cour d'appel du Manitoba (avant qu'il ne devienne le juge en chef du Canada), soulignait que :

"The findings of a poll can be deceptively simple and frequently misleading. This is repeatedly emphasised in the writings on the subject. Such evidence must, therefore, if it is to be admitted, be received with caution and carefully evaluated before weight is given to it."

M. le juge McGillivray de la Cour d'appel d'Ontario s'est exprimé comme suit dans Re: Times Square Cinema Ltd¹² :

"The manner of taking the poll and the manner in which questions are asked is of substantial importance. A question may be put in such a manner as to illicit the type of response those who sponsored the poll seek..."

36 Finalement, le juge Cameron de la Cour de l'Échiquier, dans l'affaire Building Products c. B.P. Canada Ltd¹³, écrivait à ce sujet :

"Another very serious objection to such evidence [i.e. un sondage] is the fact that the interviewers, in going from door to door to submit their questions, cannot possibly create in the minds of those interviewed market conditions similar to those encountered by persons actually going to purchase the various wares in question..."

37 En octobre 1998, madame Ruth M. Corbin a été mandatée par les procureurs de Unilever :

"... to evaluate a survey carried out for the Fédération des procureurs de lait du Québec (FPLQ) by M. François Descarie ("the Colour Survey") with respect to its validity, its statistical reliability and its logical soundness. Validity refers to whether the questions in the questionnaire measure what they are supposed to measure. Statistical reliability refers to whether the results of the group of people sampled in the survey can be generalized to the relevant population in Quebec. Logical soundness refers to whether the conclusions drawn from the study can be supported by scientific reasoning, or even by standard principles of logic."

38 Dans son rapport du 11 novembre 1998, madame Corbin, après avoir analysé en détail le rapport de monsieur Descarie, en est arrivé aux conclusions suivantes :

- "56. The survey provides no reliable facts of substance on the issue of margarine colour.
- 57. Even if the survey were correctly designed, and even assuming the same data were obtained, the survey does little else but confirm a trivial fact that was known in advance: When the only cue available is colour, people have a harder time discriminating between similar colours than between different colours.
- 58. In my view and experience as a marketing professional, the survey fails to take into account the myriad of other variables that people can use to distinguish one food item from another: product name on package, package appearance, printed information, location on shelf, brand name, price, knowledge of manufacturer, product texture, smell, taste, behaviour of the product when spread, familiar advertising, information from people in the vicinity, experience with what would be served at a given location, knowledge of the options in the marketplace. The absence of any such variables in the Colour Survey undermines any conclusions that are drawn about what would happen if the colour of margarine changed.
- 59. In my experience, butter and margarine are clearly marked as such at any point of purchase. They are marked with the same degree of clarity as thousands of other food products available to consumers and to food purchasers for restaurants. And there are many other cues available (reviewed earlier) which confirm or could confirm the identity of the product as butter or margarine. No evidence has been established that colours plays - or needs to play - a role in the consumer's judgment about whether he/she is purchasing butter or margarine. By way of example, although vanilla ice cream or shortening are similar in colour, it is hard to imagine confusion between the two occurring at any standard point of purchase.

60. For all of the aforementioned reasons, I reach the following conclusions:

- (a) According to established market practices, the colour of butter and margarine is very unlikely to cause confusion between the two products to the purchaser, or the restaurant visitor who receives individual serving packets.
- (b) The Colour Survey provides no valid or reliable data that would contradict my conclusion in sub-paragraph 60a."

39 Le Tribunal est d'accord avec madame Corbin (dont la formation et l'expérience professionnelle sont impressionnantes) quand elle déclare, à la page 5 de son rapport, que le mandat donné par la Fédération à Descarie & complices fut "... far too restrictive in the first place and has no value in predicting what is likely to happen in a real-world marketplace".

ANALYSE

La saisie par les inspecteurs

40 L'art. 48 de la Loi permet aux inspecteurs autorisés par le Ministère de pénétrer dans un local servant au commerce de produits laitiers ou de succédanés pour les inspecter et prélever des échantillons.

41 Les législateurs fédéral et provinciaux ont assorti de nombreuses lois de pouvoirs d'inspection analogues à ceux qu'on retrouve dans la Loi. Ces lois touchent des domaines aussi divers que la santé, la sécurité, l'environnement et la protection du consommateur. Le fil conducteur se retrouve dans leur objectif fondamental : harmoniser les rapports sociaux en imposant le respect de normes qui traduisent un équilibre parfois fragile entre les droits individuels et les intérêts de la société. Dans l'arrêt de la Cour suprême du Canada, Comité paritaire c. Potash, le juge La Forest mentionnait que¹⁴ :

"... L'inspection a pour objectif fondamental la vérification du respect d'une loi réglementaire; elle s'accompagne souvent d'une dimension informative destinée à promouvoir les intérêts des personnes en faveur desquelles la loi a été édictée. L'exercice des pouvoirs d'inspection n'entraîne pas les stigmates qui sont normalement associés aux enquêtes de nature criminelle et leurs conséquences sont moins draconiennes. Si les lois réglementaires sont accessoirement assorties d'infractions, elles sont principalement édictées dans le but d'en inciter le respect. Il se peut que dans le cadre de leur inspection, les personnes chargées de l'application d'une loi découvrent des indices qui en laissent soupçonner la violation." (Soulignement du Tribunal)

42 Unilever n'attaque pas l'inspection mais plutôt la saisie de la margarine puisqu'elle n'a pas été suivie de poursuites pénales prévues par la Loi. L'art. 48.1 de la Loi permet à

un inspecteur de saisir tout succédané d'un produit laitier s'il a des motifs raisonnables de croire que le succédané a servi à commettre une infraction au Règlement sur les succédanés de produits laitiers. En l'espèce, le rapport d'inspection indique que les inspecteurs ont fait la saisie "étant donné la possibilité d'une infraction à l'article 40 du règlement...".

43 De plus, le Gouvernement n'a pas réclamé la confiscation de la margarine saisie en vertu de l'art. 48.7 de ladite Loi.

44 En vertu de l'art. 50 de la Loi, une société qui enfreint ledit règlement est passible pour une première infraction d'une amende d'au moins 325 \$ et d'au plus 2 800 \$. Au moment du procès dans la présente affaire, soit plus d'une année après la saisie, aucune accusation ni poursuite pénale en vertu de la Loi ou d'une autre loi ou d'un règlement n'avait été déposée à l'encontre de Unilever, de GMR Maltais ou de Consomat à l'égard des 384 contenants de margarine saisis.

45 En vertu de l'art. 48.3 de la Loi, la chose saisie doit être remise à son propriétaire si un délai de quatre-vingt-dix jours s'est écoulé depuis la date de la saisie et qu'aucune poursuite n'a été intentée. En vertu de l'art. 48.6 de la Loi, l'inspecteur pouvait demander à un juge la prolongation de la période de maintien pour une deuxième période de quatre-vingt-dix jours, ce qu'il n'a pas fait dans l'espèce¹⁵.

46 Finalement, en vertu de l'art. 14 du Code de procédure pénale¹⁶, la poursuite contre Unilever pour une infraction en vertu de la Loi ou des règlements est maintenant prescrite.

47 L'art. 8 de la Charte canadienne des droits et libertés¹⁷ (ci-après la "Charte canadienne") et l'art. 24.1 de la Charte des droits et libertés de la personne¹⁸ (ci-après la "Charte québécoise") offrent une protection similaire contre les saisies abusives. Comme la juge L'Heureux-Dubé le soulignait dans l'arrêt de la Cour suprême du Canada, Comité paritaire c. Potash¹⁹, les termes "saisies" et "abusives" ont le même sens et la même portée dans les deux Chartes.

48 La saisie en l'espèce est devenue abusive puisqu'elle n'a jamais été suivie de poursuites pénales à l'encontre de Unilever, GMR Maltais ou Consomat. Le fait pour le Gouvernement d'avoir attendu plus d'un an sans déposer de poursuites pénales est manifestement déraisonnable, étant donné la connaissance par le Gouvernement de tous les faits au moment même de la saisie le 24 novembre 1997 et de l'absence de nécessité d'enquêter davantage à cet égard.

La liberté d'expression en vertu des Chartes

49 Unilever plaide que l'Alinéa 40(1)c) viole sa liberté d'expression garantie par l'art. 2b) de la Charte canadienne et par l'art. 3 de la Charte québécoise.

50 La présomption de constitutionnalité s'applique dans le cas de l'Alinéa 40(1)c). Il incombe à Unilever de prouver qu'il y a eu violation d'un droit garanti par les Chartes. Le Tribunal ne sautera pas facilement à la conclusion que l'Alinéa 40(1)c) est une tentative déguisée de restreindre la liberté d'expression. Dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd c. Québec (P.G.)*²⁰, le regretté juge en chef du Canada, Brian Dickson, a souligné le fardeau de la preuve qui pèse sur celui qui plaide que son droit en vertu de l'art. 2b) est restreint :

"... Si le gouvernement n'avait pas pour objet de restreindre la liberté d'expression, le demandeur peut encore prétendre que l'effet de l'action du gouvernement était de restreindre son expression. Pour établir cette prétention, le demandeur doit au moins décrire la signification transmise et son rapport avec la recherche de la vérité, la participation au sein de la société ou l'enrichissement et l'épanouissement personnels." (Soulignement du Tribunal)

51 Il est évident que la coloration de la margarine ne vise qu'un but commercial. Cependant, il n'y a pas de raison valable d'écarter automatiquement l'expression commerciale, comme catégorie d'expression, de la sphère des activités protégées par l'art. 2b) de la Charte canadienne et l'art. 3 de la Charte québécoise²¹.

52 La première question est de déterminer si la coloration de la margarine constitue une activité communicatrice. Toute activité ne sera pas protégée par la liberté d'expression. Le critère est de savoir si elle vise à transmettre une signification²².

53 Comme le juge en chef du Canada le soulignait dans l'arrêt *Irwin Toy*²³ :

"L'"expression" possède à la fois un contenu et une forme et ces deux éléments peuvent être inextricablement liés. L'activité est expressive si elle tente de transmettre une signification. Le message est son contenu. La liberté d'expression a été consacrée par notre Constitution et est garantie dans la Charte québécoise pour assurer que chacun puisse manifester ses pensées, ses opinions, ses croyances, en fait, toutes les expressions du cœur ou de l'esprit, aussi impopulaires, déplaisantes ou contestataires soient-elles. Cette protection est, selon les Chartes canadienne et québécoise, "fondamentale" parce que dans une société libre, pluraliste et démocratique, nous attachons une grande valeur à la diversité des idées et des opinions qui est intrinsèquement salutaire tant pour la collectivité que pour l'individu ..." (Soulignement du Tribunal)

54 Même si le choix de la couleur de la margarine peut être considéré comme faisant partie de la catégorie "expression", il n'en reste pas moins que la raison d'agir de Unilever est principalement d'ordre économique. À l'inverse, si elle est empêchée d'agir ainsi, la perte subie n'est simplement qu'une perte de profits et non une perte d'occasion de participer au processus politique ou au "marché des idées", ou de réaliser un épanouissement personnel sur le plan spirituel ou artistique. Cela laisse entendre qu'il se pourrait qu'une restriction imposée à des expressions de ce genre soit plus facile à justifier que d'autres atteintes à l'art. 2b)²⁴.

55 Le Tribunal cite les propos suivants de la juge McLachlin, qui a écrit le jugement unanime rendu par sept membres de la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes*²⁵ :

"Ces deux facteurs opposés, savoir que l'expression n'est destinée qu'à augmenter le bénéfice et qu'elle joue un rôle important dans le choix du consommateur, seront présents dans la plupart des cas d'expression commerciale sinon dans tous les cas. Toutefois, leurs proportions précises varieront beaucoup et c'est pourquoi je suis d'avis qu'il est déconseillé de créer un critère spécial et normalisé pour les restrictions en matière d'expression commerciale, comme cela a été fait aux États-Unis. Dans l'arrêt *Irwin Toy*, par exemple, la Cour à la majorité n'a pas insisté sur l'aspect du choix du consommateur parce que l'expression en question était la publicité destinée aux enfants et la Cour à la majorité était clairement d'avis que la protection du choix du consommateur pour les enfants était beaucoup moins importante qu'elle ne l'aurait été pour des adultes. Il ne restait qu'à soupeser la valeur relativement faible de la protection de l'intérêt qu'a l'appelant dans la publicité pour augmenter ses bénéfices en fonction de la forte valeur opposée de la protection des enfants contre l'exploitation économique.

Les juges de la majorité dans l'arrêt *Irwin Toy* ont également identifié un autre facteur qui sera présent dans un grand nombre de cas de réglementation de l'expression commerciale. Ils ont laissé entendre qu'une latitude importante devrait être accordée au législateur qui agit pour protéger un groupe vulnérable ou pour servir d'intermédiaire entre des groupes concurrents, en établissant une distinction entre ce genre de loi et celle dans laquelle l'État se présente comme l'adversaire d'une personne (comme le droit criminel traditionnel)." (Soulignements du Tribunal)

Toute tentative de protéger les droits d'un groupe grèvera inévitablement les droits d'autres groupes. Il n'y a pas de scénario parfait qui puisse permettre de protéger également les droits de tous²⁶.

56 Il faut se rappeler que la coloration de la margarine ne sert aucune fin politique, scientifique ou artistique et qu'elle ne favorise pas la participation au processus politique. Son seul but est plutôt de tenter d'augmenter la consommation de margarine. Le principal motif invoqué par Unilever est bien entendu le profit²⁷.

57 En l'espèce, le Tribunal ne voit pas la signification que Unilever veut transmettre en choisissant la couleur de la margarine et son rapport avec la recherche de la vérité. Au contraire, il semble que Unilever tente plutôt de convaincre les consommateurs qu'il n'existe pas de différence entre la margarine et le beurre.

"The effort to affect people's behavior in ways they are not conscious of is not the stuff of freedom of expression ...

[...]

... All instances of visual imagery should not be protected under freedom of expression simply because in some cases the visual image can be an effective means of expressing ideas, feelings and facts. For in other instances the visual image can be a significant means of manipulation."²⁸

(Soulignement du Tribunal)

58 Rien dans la preuve n'indique que les consommateurs préfèrent que la couleur de la margarine soit identique à celle du beurre.

59 Le Tribunal conclut que le droit de choisir la couleur de la margarine n'est pas un droit protégé par l'art. 2b) de la Charte canadienne ou par l'art. 3 de la Charte québécoise.

L'Alinéa 40(1)c) est-il déraisonnable?

60 Au moment où l'Alinéa 40(1)c) et ses règlements précurseurs ont été pris, ils avaient pour objectif : a) la protection des consommateurs au Québec et b) la protection de l'industrie laitière au Québec. Or, Unilever soutient qu'aujourd'hui, l'Alinéa 40(1)c) doit être déclaré nul parce qu'il est devenu "déraisonnable".

61 De son côté, la Fédération invoque comme premier argument que l'invalidation d'un règlement, par la Cour supérieure, pour cause de caractère déraisonnable, n'est jamais possible lorsqu'il s'agit d'un règlement du Gouvernement et pas simplement d'un règlement municipal. Le Tribunal n'est pas d'accord que la Cour supérieure ne peut jamais déclarer invalide un règlement "déraisonnable" du Gouvernement.

62 Dans l'arrêt *Bellefleur c. Québec (P.G.)*²⁹, quelques citoyens montagnais avaient intenté une action en annulation d'un décret édicté par le Gouvernement et en injonction pour empêcher le début de la construction d'un barrage sur leur territoire situé sur la Basse-Côte-Nord. Sous la plume du juge Baudouin, écrivant au nom de la majorité, l'on peut lire ce qui suit :

"Dans notre tradition, les tribunaux judiciaires ont un pouvoir de contrôle sur la légalité des actes de l'Administration. Cette réalité juridique bien reconnue est saine en démocratie, puisque ce pouvoir représente, pour le citoyen ordinaire, l'ultime protection contre l'arbitraire politique ou administratif. Par contre, le rôle des tribunaux reste limité. Ils n'ont pas pour mission de remplacer le pouvoir législatif, exécutif ou l'Administration, ou de s'y substituer. À l'endroit du pouvoir législatif, ils peuvent seulement contrôler la constitutionnalité de la loi. À l'endroit du pouvoir exécutif et administratif, leur tâche est de s'assurer que la loi, et donc la volonté du Parlement, a bel et bien été suivie et respectée. Ils ne peuvent et ne doivent pas s'ériger en arbitres de l'opportunité, de la rationalité, de la prudence ou de la sagesse des décisions politiques ou administratives.

[...]

Évaluer le caractère raisonnable d'une décision administrative est une opération particulièrement délicate et qui comporte un piège évident pour le pouvoir judiciaire. Ce piège est de succomber à la tentation de prendre, à la place du responsable, la décision que le magistrat estime que celui-ci aurait dû prendre et ainsi de substituer sa propre appréciation à celle du décideur. Il faut donc s'en tenir à des critères d'évaluation stricts de contrôle de la légalité. C'est en fonction de deux paramètres que, à mon avis, l'exercice du contrôle judiciaire doit se faire dans le présent cas.

En premier lieu il faut, je pense, évaluer la marge d'exercice de la discrétion ministérielle. Si elle est restreinte parce que le législateur l'a ainsi voulue en lui imposant un encadrement sévère, la tâche du tribunal sera plus facile. Le contrôle pourra, en effet, s'effectuer par rapport à des conditions, des impératifs ou des règles déjà précisés. Si, au contraire, elle est large, il deviendra plus difficile au juge de trancher, faute de points de repère spécifiques. Le Tribunal devra se garder alors de poser un jugement de valeur et de substituer purement et simplement son opinion à celle de l'Administration, en un mot de juger l'Administration plutôt que l'acte administratif!

En second lieu, il faut considérer les bases sur lesquelles la décision a pu être prise et ses sources, puisque c'est en définitive ce qui sépare une décision discrétionnaire mais légale d'une décision arbitraire et donc illégale. La première est fondée sur certaines données objectives, même incomplètes, ou sur certains éléments ou normes existants, alors que la seconde relève de la fantaisie, du caprice, de l'ignorance volontaire, du bon plaisir ou de la négligence." (Soulignements du Tribunal)

63 Dans l'arrêt *Thorne's Hardware Ltd c. R.*³⁰, les appelantes ont contesté la validité d'un décret du gouverneur en conseil étendant les limites du port de Saint-Jean, Nouveau-Brunswick, de manière à comprendre leurs installations portuaires. Les appelantes alléguaient que le décret étendant les limites a été pris pour des motifs irréguliers afin d'augmenter les revenus provenant du port. La Cour suprême du Canada a décidé dans cette affaire que les tribunaux n'avaient ni le droit ni l'obligation de mener une enquête sur les motifs du cabinet fédéral. Or, le juge Dickson, qui a écrit le jugement, y mentionnait :

"... Les décisions prises par le gouverneur en conseil sur des questions de commodité publique et de politique générale sont sans appel et ne peuvent être examinées par voie de procédures judiciaires. Comme je l'ai déjà indiqué, bien qu'un décret du Conseil puisse être annulé pour incompétence ou pour tout autre motif péremptoire,

seul un cas flagrant pourra justifier une pareille mesure."
(Soulignement du Tribunal)

64 Les critères applicables en matière de raisonnabilité dans le domaine des règlements municipaux ont été énoncés par le juge Beetz dans l'arrêt de la Cour suprême du Canada, Montréal (Ville de) c. Arcade Amusements inc.³¹, où, s'inspirant de l'arrêt anglais Kruse c. Johnson³², il affirmait que :

"... seuls sont déraisonnables au sens large ou juridique et ultra vires : (1) les règlements qui font exception de personne et s'appliquent de façon inégale à différentes classes; (2) ceux qui sont manifestement injustes; (3) ceux qui sont empreints de mauvaise foi; et (4) ceux qui soumettent les droits qu'ils visent à des entraves si oppressives ou si arbitraires qu'ils ne peuvent se justifier dans l'opinion des gens raisonnables..."

65 Le Tribunal ne voit pas en quoi les critères résumés par le juge Beetz dans l'arrêt Arcade Amusements ne pourraient s'appliquer à un règlement ou un décret pris par le gouvernement fédéral ou un gouvernement provincial. Cependant, il ne faut pas oublier que ce n'est pas le sens étroit (l'aspect d'opportunité politique du règlement) du mot "déraisonnable" que l'on doit retenir mais son sens large ou juridique.

66 Malgré le fait que l'Alinéa 40(1)c) pas plus que ses règlements précurseurs n'aient jamais été attaqués devant les tribunaux, l'Alinéa 40(1)c) est-il pour autant devenu "déraisonnable" en 1998? Il faut étudier la preuve soumise.

67 Le 20 juin 1996, un conseiller économique au cabinet du Premier Ministre du Québec écrivait au président de Unilever ce qui suit :

"Québec, le 20 juin 1996

Monsieur Lawrence F. Strong
Président
Unilever
160 Bloor Street East, Ste 1500
Toronto (Canada)
M4W 3R2

Monsieur,

Par la présente, j'accuse réception de votre lettre du 14 juin dernier, concernant les obstacles interprovinciaux au commerce de la margarine.

Comme vous le faites valoir, l'accord sur le commerce intérieur prévoit l'élimination, avant le 1er septembre 1997, d'obstacles au commerce interprovincial de la margarine.

Le gouvernement du Québec est signataire de cet accord. De plus, nous sommes favorable au maintien de l'espace économique canadien qui permet à des entreprises comme la vôtre de vendre partout au Canada.

En conséquence, je tiens à vous assurer que la levée des obstacles au commerce interprovincial de la margarine demeure à notre agenda.

Je vous prie d'agréer, Monsieur, l'expression de mes sentiments les meilleurs.

Bernard Lauzon
Conseiller économique"
(Soulignements du Tribunal)

68 Trois semaines plus tard, le ministre de l'Agriculture, des Pêcheries et de l'Alimentation adressait au président de Unilever la lettre suivante :

"Le 10 juillet 1996

Monsieur Lawrence F. Strong
Président et chef de la direction
Unilever Canada Limitée
160 Bloor Street East
Suite 1500
TORONTO (Ontario)
M4W 3R2

Monsieur,

La présente fait suite à votre lettre du 14 juin dernier portant sur les obstacles interprovinciaux au commerce de la margarine.

Comme vous le signalez, les gouvernements se sont engagés à harmoniser les règlements provinciaux sur la coloration de la margarine d'ici le 1er septembre 1997. À cet effet, l'Accord sur le commerce intérieur conclu par les ministres de l'Agriculture vise la création d'une base législative commune ainsi que l'harmonisation des normes techniques et sanitaires, à l'échelle nationale, afin de faciliter l'échange de produits bioalimentaires entre les provinces canadiennes. Les travaux du Comité fédéral-provincial sur l'inspection des aliments sont orientés vers l'atteinte de cet objectif et le Ministère y participe activement.

Je tiens à vous souligner mon engagement à favoriser le commerce interprovincial tel que convenu entre les gouvernements provinciaux dans le cadre de l'Accord sur le commerce intérieur. Votre demande est donc traitée avec sérieux et diligence puisqu'elle s'inscrit dans cette orientation.

Je pourrai donc au cours de l'été vous faire part formellement de mes intentions à ce sujet.

Je vous prie d'agréer, Monsieur, l'expression de mes meilleurs sentiments.

GUY JULIEN"
(Soulignements du Tribunal)

69 Le 8 janvier 1997, le ministre de l'Agriculture, des Pêcheries et de l'Alimentation a publié un projet de règlement modifiant l'Alinéa 40(1)c) qui se lit comme suit :

"Projet de règlement

Loi sur les produits laitiers et leurs succédanés (L.R.Q., c. P-30)

Succédanés de produits laitiers - Modification

Avis est donné par les présentes, conformément aux articles 10 et 11 de la Loi sur les règlements (L.R.Q., c. R-18.1), que le "Règlement modifiant le Règlement sur les succédanés de produits laitiers", dont le texte apparaît ci-dessous, pourra être édicté par le gouvernement à l'expiration d'un délai de 45 jours à compter de la présente publication.

Ce projet de règlement vise, conformément à l'Accord sur le commerce intérieur, à harmoniser la réglementation québécoise touchant la coloration de la margarine, avec les réglementations fédérale et provinciale. Pour ce faire, il propose de retirer du Règlement sur les succédanés de produits laitiers (R.R.Q., 1981, c. P-30, r. 15), la norme relative à la coloration de ce produit.

L'impact économique du projet de règlement sera positif pour les fabricants de margarine du Québec impliqués dans le commerce interprovincial, qui dorénavant n'auront plus à soutenir des inventaires de margarine de couleurs différentes.

Par ailleurs, une étude effectuée en 1994, sur les impacts d'une diminution de la consommation de beurre causée par l'abandon de la réglementation à la fois au Québec et en Ontario, indique notamment, que les consommateurs accordent de moins en moins d'importance à la coloration de la margarine. Prix et santé constituent les deux paramètres majeurs dans la décision d'achat de beurre ou de margarine. De plus, on y précise qu'il est difficile d'isoler et de mesurer l'impact de la coloration.

Des renseignements additionnels peuvent être obtenus en s'adressant à monsieur Gaétan Busque, ministre de l'Agriculture, des Pêcheries et de

l'Alimentation, 200, chemin Sainte-Foy, 10e étage, Québec (Québec), G1R 4X6, au numéro de téléphone (418) 643-2460.

Le ministre de l'Agriculture, des Pêcheries et de l'Alimentation,
GUY JULIEN

Règlement modifiant le Règlement
sur les succédanés de produits laitiers

Loi sur les produits laitiers et leurs succédanés (L.R.Q., c. P-30, a. 42, par. g)

1. Le Règlement sur les succédanés de produits laitiers (R.R.Q., 1981, c. P-30, r. 15), modifié par les règlements édictés par les décrets 406-83 du 9 mars 1983, 1272-87 du 19 août 1987, 862-89 du 7 juin 1989, 1316-91 du 25 septembre 1991 et 1827-93 du 15 décembre 1993 est de nouveau modifié, par la suppression du sous-paragraphe c du paragraphe 1 de l'article 40.
2. Le présent règlement entrera en vigueur le quinzième jour qui suit la date de sa publication à la Gazette officielle du Québec"

(Soulignements du Tribunal)

Nonobstant l'expiration du délai de quarante-cinq jours le 22 février 1997, la version finale de ce règlement n'a jamais été publiée dans la Gazette officielle du Québec. Du 22 février 1997 jusqu'au procès dans la présente affaire, silence total du côté du Gouvernement.

70 Malgré le style sibyllin des lettres du cabinet du Premier Ministre et du ministre de l'Agriculture, des Pêcheries et de l'Alimentation, le moins que l'on puisse dire c'est que les deux ministres ont admis implicitement que l'Alinéa 40(1)c) est un "des obstacles au commerce interprovincial de la margarine", à la suite de la signature de l'Accord sur le commerce intérieur. De plus, par le biais du projet de règlement, le Gouvernement a admis que les consommateurs québécois accordent de moins en moins d'importance à la coloration de la margarine et que le projet de règlement aurait des avantages certains pour les fabricants de margarine du Québec.

71 On ne peut prétendre non plus que ce projet de règlement n'était qu'un caprice du ministre de l'Agriculture. En vertu de la Loi sur les règlements³³, ledit projet a dû être transmis au ministre de la Justice pour examen et, en vertu de l'art. 5 de cette loi :

"L'examen porte sur :

- 1- la légalité du projet de règlement transmis;
- 2- l'harmonisation du projet avec les lois et les règlements en vigueur;
- 3- la conformité juridique du projet avec le but recherché;
- 4- la cohérence des dispositions du projet;
- 5- la qualité de la rédaction du projet."

72 Il ne faut pas oublier que le Gouvernement n'a pas contesté par écrit la présente requête. Il n'a même pas présenté de preuve pour appuyer sa décision de ne pas publier en forme finale le règlement modifiant l'Alinéa 40(1)c).

73 Si les Québécois ont pu vivre pendant quinze ans (entre 1972 et 1987) avec de la margarine dans leurs réfrigérateurs qui ne rencontrait pas les normes de l'échelle Lovibond, il faut se demander quelles étaient les véritables intentions du Gouvernement quand il l'a déterré en 1987!

74 En ce qui concerne la protection des consommateurs, le Tribunal ne peut que constater qu'il semble que le Gouvernement ait sous-estimé l'intelligence des consommateurs québécois quant à leur capacité de distinguer le beurre de la margarine. Si les citoyens québécois demeurant près des frontières des provinces de l'Ontario et du Nouveau-Brunswick et des états du Vermont, du New Hampshire, du Maine et de New York, et qui peuvent s'y procurer assez facilement de la margarine colorée comme le beurre, ne semblent pas avoir de problème particulier avec ce produit, l'on peut se demander pourquoi les Québécois qui n'ont pas la chance de demeurer près desdites frontières ne bénéficient pas eux aussi des mêmes droits?

75 Comme le ministre de l'Agriculture, des Pêcheries et de l'Alimentation l'a admis dans ledit projet de règlement : "... les consommateurs accordent de moins en moins d'importance à la coloration de la margarine..." et "... il est difficile d'isoler et de mesurer l'impact de la coloration". On peut dès lors s'interroger sur le fait que tous les citoyens du monde, sauf ceux du Québec, semblent ne pas avoir besoin d'être "protégés" contre cette plaie sociale que serait la margarine de couleur jaune pâle beurre-frais³⁴!

76 L'on peut s'interroger aussi à savoir si le Gouvernement, en refusant d'édicter le projet de règlement publié en janvier 1997, voulait tout simplement éviter d'indisposer les producteurs de lait des districts ruraux du Québec pendant l'année électorale 1998. Le Tribunal est resté sur l'impression que le Gouvernement avait poussé un soupir de soulagement quand la Fédération est intervenue dans l'espèce pour tenter de protéger les intérêts des producteurs de lait.

77 À la lecture de l'historique législatif et réglementaire sur la margarine résumé plus haut, il est clair que le deuxième objectif du Gouvernement visait la protection de l'industrie laitière au Québec. À ce sujet, le Tribunal juge pertinentes les remarques du juge McKinlay de l'Ontario High Court of Justice, dans *Institute of Edible Oil Foods c. Ontario*³⁵, qui, en considérant l'art. 4 de l'Oleomargarine Act³⁶ (lequel article est identique à l'Alinéa 40(1)c)), a déclaré :

"It is not disputed that the two stated objectives of the Act, at the time it was passed in Ontario, were first, the preservation of the economic stability of the dairy industry in the province, and second, consumer protection. There can be no doubt that both are proper legislative objectives which, in themselves, do not in any way infringe any rights and freedoms protected by the Charter.

[...]

... economic distinctions created by legislation are not among the grounds for which relief may be sought.

[...]

... but, have the applicants established the unfairness or irrationality of the differential treatment, keeping in mind the purpose and effect of the legislation? I think they have not. The legislation is rational and effective in protecting the economic stability of the dairy industry, even though in doing so it may be unfair to the extent that it does not permit complete freedom of competition..."

La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté l'appel à l'encontre de cette décision³⁷. Une demande d'autorisation d'en appeler fut refusée par la Cour suprême du Canada le 6 septembre 1990³⁸.

78 En réglementant une industrie ou un commerce, il est loisible au Gouvernement de limiter son contrôle réglementaire à des secteurs où il semble y avoir des catégories où cela semble particulièrement nécessaire. En rédigeant son règlement, le Gouvernement peut, s'il le veut, créer des catégories de commerces qui sont soit protégés, soit exemptés même si certains commerces non protégés ou exemptés peuvent vendre quelques-uns des mêmes produits. Les choix du Gouvernement concernant d'autres formes de réglementation commerciale ne portent généralement pas atteinte aux valeurs et aux dispositions de la Charte canadienne ou de la Charte québécoise et la réglementation qui en résulte n'a pas à être parfaitement ajustée de manière à résister à un examen judiciaire³⁹.

79 En l'espèce, même si le Tribunal est d'avis que l'Alinéa 40(1)c) n'a plus sa raison d'être en ce qui concerne la protection des consommateurs québécois, on ne peut affirmer pour autant qu'il est manifestement injuste, empreint de mauvaise foi ou capricieux vu son deuxième objectif : la protection de l'industrie laitière au Québec.

L'ALÉNA

80 L'Accord de libre-échange nord-américain (ci-après "l'ALÉNA") a été signé par le Canada, les États-Unis et le Mexique le 17 décembre 1992 et est entré en vigueur le 1er janvier 1994.

81 Le Canada, tout comme le Royaume-Uni, est un pays qui applique la théorie dite "dualiste" face au droit international. Selon cette théorie, l'ordre juridique interne et l'ordre juridique international sont distincts. Plus précisément, le fait pour le gouvernement canadien de conclure un traité avec un ou plusieurs autres pays ne modifie en rien l'ordre juridique interne. Les tribunaux internes, comme la Cour supérieure du Québec, applique l'ordre juridique interne. S'il y a conflit entre l'ordre juridique interne et l'ordre juridique international, les tribunaux internes appliquent le droit interne, et non le droit international.

"... the breach of a treaty is irrelevant to the rights of parties to litigation in a Canadian court."⁴⁰

82 Au plan conceptuel, il importe de ne pas confondre l'approbation d'un traité, qui est du ressort exclusif du cabinet fédéral, avec la mise en oeuvre du traité en droit interne. Un

traité n'ayant pas, en principe, une valeur juridique contraignante dans l'ordre juridique interne canadien, sa mise en oeuvre nécessite l'adoption d'un instrument juridique reconnu par le droit interne, ce qui suppose, dans la plupart des cas, l'intervention du Parlement, de l'Assemblée nationale ou des législatures provinciales⁴¹.

83 En droit canadien, seul le gouvernement fédéral a le pouvoir de conclure des traités internationaux et ce, en vertu de la prérogative royale dont est revêtu le cabinet fédéral comme détenteur du pouvoir exécutif. Pour que le contenu du traité soit incorporé en droit interne, il faut que le pouvoir législatif agisse, c'est-à-dire le parlement du Canada ou les législatures provinciales, selon le partage des compétences législatives prévu par les articles 91 et 92 de la Loi constitutionnelle de 1867⁴².

84 L'ALÉNA n'est donc incorporé en droit interne québécois que dans la mesure prévue par les lois de mise en oeuvre, à savoir la Loi portant mise en oeuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain⁴³ et la Loi concernant la mise en oeuvre des accords de commerce international⁴⁴.

85 La Loi portant mise en oeuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain, qui est la loi de mise en oeuvre fédérale, n'a aucune application en l'espèce car l'Alinéa 40(1)c) fait partie d'un règlement provincial. Rappelons que le parlement fédéral n'est compétent en matière de mise en oeuvre de traités qu'en ce qui touche les champs de compétence fédéraux.

86 La Loi concernant la mise en oeuvre des accords de commerce international, qui est la loi québécoise de mise en oeuvre de l'ALÉNA, ne modifie ni la Loi ni le Règlement sur les succédanés de produits laitiers, dont l'Alinéa 40(1)c) fait partie. En effet, cette loi de mise en oeuvre déclare tout simplement à son article 2 que l'ALÉNA est "approuvé" par l'Assemblée nationale. Or, la jurisprudence et la doctrine ont jugé qu'une simple approbation parlementaire d'un traité n'a pas pour effet de l'incorporer en droit interne⁴⁵.

87 Pour qu'un traité soit incorporé en droit interne québécois, il faut que l'intention de l'Assemblée nationale soit claire et non ambiguë. Par exemple, la Loi assurant l'application de l'entente sur l'entraide judiciaire entre la France et le Québec⁴⁶ prévoit à son article 1 :

Art. 1 L'Entente reproduite en annexe et visant à favoriser l'entraide judiciaire entre la France et le Québec est approuvée et a effet malgré toute disposition d'une loi générale ou spéciale ou d'un règlement adopté en vertu d'une telle loi.
(Soulignement du Tribunal)

Une autre loi québécoise où l'intention de l'Assemblée nationale est claire est la Loi concernant la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises⁴⁷ où l'article 1 prescrit :

Art. 1 La Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, reproduite en annexe, a force de loi au Québec et elle a effet à compter de la date déterminée en application de ses dispositions.

Le ministre publie cette date à la Gazette officielle du Québec.
(Soulignement du Tribunal)

Finalement, dans la Loi sur les aspects civils de l'enlèvement international et interprovincial d'enfants⁴⁸, il est mentionné au préambule que le Québec souscrit aux principes et aux règles établis par la Convention de La Haye du 25 octobre 1980. Malgré le fait que le texte de la Convention n'est pas annexé à ladite loi, le texte même de la loi reproduit d'une manière précise un grand nombre des principes de la Convention.

88 Il faut également noter l'art. 6 de la Loi concernant la mise en oeuvre des accords de commerce international, lequel se lit comme suit :

Art. 6 À l'exception des recours reconnus aux investisseurs en vertu de la section B du chapitre 11 de l'Accord de libre-échange nord américain, aucun droit de poursuite invoquant l'application de l'un ou l'autre des articles 2 à 5 de la présente loi ou de leurs décrets n'est conféré.

Unilever ne s'appuie pas sur la section B du chapitre 11 de l'ALÉNA.

89 Même si le Tribunal concluait hypothétiquement que l'ALÉNA est incorporé en droit interne québécois, cela n'aurait pas pour effet de conférer un recours à Unilever. De fait, si le traité ne confère pas de droits aux personnes privées, son incorporation en droit interne n'a pas pour effet d'en créer⁴⁹. Ce principe découle du fait qu'un traité est un contrat entre états. Sauf exception, un contrat ne confère pas de droits aux tiers. Cela est d'autant plus vrai qu'un traité se conclut dans l'ordre juridique international, qui est tout à fait autonome et indépendant de l'ordre juridique interne.

90 Finalement, l'art. 2021 de l'ALÉNA prévoit ce qui suit :

Art. 2021 : Droits privés

Aucune des Parties ne pourra prévoir dans sa législation intérieure le droit d'engager une action contre une autre Partie au motif qu'une mesure de cette autre Partie est incompatible avec le présent accord.

91 La mise en oeuvre législative des traités en droit interne est un des problèmes les plus aigus posés par le partage fédéral des compétences au Canada. La compétence de mettre en oeuvre les traités conclus par le Canada appartient soit au parlement fédéral, soit aux législatures provinciales, selon que l'objet du traité relève lui-même des catégories législatives contenues à l'art. 91 ou l'art. 92 de la Loi constitutionnelle de 1867⁵⁰.

92 Comme le juge LeBel de la Cour d'appel l'a récemment souligné⁵¹ :

"Cette question de l'application des ententes internationales pose des difficultés persistantes dans les états fédéraux comme le Canada ou les États-Unis. Au Canada, le droit constitutionnel demeure bien fixé et exige l'utilisation d'une procédure de mise en vigueur qui respecte le partage des compétences législatives entre le Parlement du Canada et les

législatures provinciales. Dans les matières affectant le droit interne, comme la procédure civile, la mise en vigueur d'un traité exige son adoption par l'autorité législative compétente, fédérale ou provinciale, comme le rappelle le professeur Maurice Arbour :

"Düment signé et ratifié par le Canada, un traité engagera ce dernier sur le plan international sans pour autant constituer ipso jure une source formelle de droit interne canadien; dans la mesure où la bonne exécution d'un traité commande une action ou l'adoption d'une nouvelle loi, le traité devra alors être expressément reçu dans l'ordre juridique canadien par une législation ad hoc, dite "loi de mise en oeuvre". Il s'ensuit qu'en l'absence d'une confirmation législative, un traité ne crée pas de droits ou d'obligations pour les individus dans leurs rapports réciproques ou dans leurs rapports avec l'État."...

(Soulignements du Tribunal)

93 Quant à l'application et l'interprétation des traités et des lois internes par les tribunaux internes, les commentaires suivants de Daniel Dupras sont des plus pertinents⁵²

:

"... Canadian domestic law constitutes a system of legislation independent of international law. Similarly, the judicial system responsible for applying and interpreting the rules of law formed by Canadian legislation consists of all the country's various judicial and administrative tribunals, and is separate from the dispute-settlement mechanisms responsible for applying and interpreting treaties. Our domestic tribunals apply only the laws passed by our legislative bodies, and thus in general apply the provisions of a treaty only if these have been implemented by an appropriate domestic law. They will refer to the text of a treaty only to clarify the drafter's intentions where these are not sufficiently evident in the implementing legislation. Should there prove to be an inconsistency between the terms of the treaty and the legislative provisions, domestic tribunals will give precedence to domestic legislation.

[...]

... The courts cannot, on their own initiative, amend a law that Parliament [ou l'Assemblée nationale] has not amended, even if such a "judicial" amendment is attempted with the aim of enforcing respect for a treaty. Parliament is supreme in the passage and amendment of its legislation, and no court may usurp this function. By applying the unamended version of the law, a court would be running the risk of putting Canada in contra-

vention of the provisions of NAFTA; however, it would have no choice and would not be obliged to concern itself with the consequences."

94 Pour conclure, toutes les prétentions de Unilever concernant l'application de l'ALÉNA pour réclamer l'invalidation de l'Alinéa 40(1)c) sont rejetées.

L'AOMC

95 Les principes déjà examinés dans le contexte de l'ALÉNA s'appliquent également à l'Accord sur l'organisation mondiale du commerce (ci-après "l'AOMC"). Selon le raisonnement énoncé plus haut dans le contexte de l'ALÉNA à l'égard de la Loi portant mise en oeuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain, la Loi portant mise en oeuvre de l'Accord sur l'organisation mondiale du commerce⁵³ est également sans application en l'espèce. Quant à la loi québécoise, il s'agit d'ailleurs de la même loi de mise en oeuvre, à savoir la Loi concernant la mise en oeuvre des accords de commerce international⁵⁴. Donc, tous les arguments de Unilever fondés sur l'AOMC ou sur l'incorporation de l'AOMC en droit interne québécois doivent être rejetés.

L'ACI

96 Le premier ministre du Canada et les premiers ministres des provinces ont signé le texte daté du 18 juillet 1994 de l'Accord sur le commerce intérieur (ci-après "l'ACI"). Cependant, aucune disposition de l'ACI ne prévoit que les règles qu'il contient prévalent sur celles en vigueur dans la législation, la réglementation ou les pratiques administratives du gouvernement fédéral et des gouvernements provinciaux.

97 L'ACI est une entente intergouvernementale. Or, la Cour suprême du Canada a reconnu, sur le plan des principes généraux, que la doctrine de la souveraineté parlementaire empêche les gouvernements fédéral et provinciaux de lier leurs législatures respectives par entente intergouvernementale, et qu'une législature peut valablement légiférer à l'encontre d'un accord intergouvernemental⁵⁵.

98 Ainsi, l'art. 42g) de la Loi, qui habilite le Gouvernement à réglementer la coloration de la margarine, demeure parfaitement valide. La validité de cet article n'est d'ailleurs pas contestée par Unilever. Unilever ne prétend pas non plus que l'Alinéa 40(1)c) soit ultra vires ce pouvoir réglementaire. Cela étant, l'Alinéa 40(1)c) est nécessairement à l'abri de toute contestation fondée sur une prétendue violation d'une entente intergouvernementale.

99 Voici quelques commentaires fort pertinents du professeur Katherine Swinton⁵⁶, avec lesquels le Tribunal est d'accord :

"... The earlier discussion suggests the difficulty of making the agreement fully binding under existing constitutional law. Governments could ratify the agreement with language that would try to give primacy to some of the principles in the agreement. This would allow the legality of administrative actions to be measured against the implementing legislation or other laws to be interpreted in light of its provisions. But it would not be enough simply to ratify the agreement or approve it in law, since that would not make the agreement part of the domestic law. The agreement is drafted in a manner clearly indicating that this is not, in form, a superior

law against which to measure provincial and federal laws and practices for validity. Rather, it appears to be a set of commitments that have their own measures for determining compliance and an acceptance that governments can pursue their own agendas in defiance of the agreement if they are willing to pay the costs.

[...]

... But even if a jurisdiction committed itself to be bound, this would be technically ineffective if the panel's decision required legislative action, such as the repeal or amendment of a standard or regulation, that a legislature were unwilling to undertake. Again, the principle of parliamentary supremacy ensures that the ultimate decision about whether to take legislative action remains with the legislature, not the panel, although the political cost of noncompliance has become higher with the signing of the agreement." (Soulignement du Tribunal)

100 À moins d'être mis en oeuvre par une loi appropriée, soit du gouvernement fédéral, soit d'un gouvernement provincial, l'ACI ne peut obliger une tierce partie, créer des droits en sa faveur ou modifier la législation existante. Comme le professeur Vilaysoun Loungnarath le soulignait⁵⁷ :

"... La loi de mise en oeuvre donne une base législative aux droits et aux obligations du tiers. La loi de mise en oeuvre se présente comme une base juridique distincte de l'accord. En fait, c'est la seule qui puisse fonder des droits au bénéfice des tiers ou des obligations à leur charge, puisque les tribunaux ne reconnaissent pas que l'accord intergouvernemental puisse, en lui-même et directement, produire à l'égard d'un tiers des droits ou des obligations de nature contractuelle..."

101 La Loi portant mise en oeuvre de l'Accord sur le commerce intérieur⁵⁸, qui est la loi de mise en oeuvre fédérale, n'a aucune application en l'espèce car l'Alinéa 40(1)c) fait partie d'un règlement québécois.

102 La Loi concernant la mise en oeuvre de l'Accord sur le commerce intérieur⁵⁹ ne modifie ni la Loi ni le Règlement sur les succédanés de produits laitiers. En effet, cette loi de mise en oeuvre déclare tout simplement à son article 1 : "Est approuvé" l'ACI. Le seul rôle que la Cour supérieure peut être appelée à jouer quant à l'ACI est mentionné à l'art. 7 de cette loi : la décision d'un "groupe spécial" d'accorder des dépens à une personne peut être déposée au greffe de cette Cour et, par suite de ce dépôt, la décision du groupe spécial aurait tous les effets d'un jugement final de cette Cour.

103 Le raisonnement énoncé plus haut dans le contexte de l'ALÉNA s'applique également à l'ACI; la simple approbation de l'Assemblée nationale de l'ACI n'a pas pour effet de l'incorporer au droit interne québécois :

"It is clear that mere statutory approval of an agreement, whether prospective or retrospective, will not suffice to bind third parties. This formulation will certainly resolve any doubts there may be as to the authority to enter into the agreement and may cure some common law defects in the contract, but it does not change the law of the land and it would not appear to transform a contractual duty into a statutory duty.

In order to change the law of the land and thereby affect third parties, specific statutory language must be adopted; the more specific the language the more likely that third parties will be taken to be affected..."⁶⁰

104 Même si l'on considère l'ACI comme faisant partie du droit interne québécois, il importe de souligner que les signataires de l'ACI n'ont pas voulu confier aux instances judiciaires la fonction de régler les différends relatifs à son interprétation ou à son application. En principe, les tribunaux ne peuvent pas le faire exécuter⁶¹.

"It is easy to understand the reason governments want to keep this agreement out of the courts. First, judges are not well-suited to oversee the many obligations to meet and negotiate. At most, the courts could require the parties to bargain in good faith, rather than mandate a specific outcome. This has been a difficult task for labor relations boards performing an analogous monitoring of collective bargaining between unions and employers. It would be a virtually impossible task for courts to oversee governmental negotiations, which require difficult tradeoffs between supposed economic gains from the removal of a barrier and competing policy considerations.

Second, even when provisions are stated in more direct terms, there can be a variety of interpretations involving complex public policy considerations, which governments are understandably reluctant to trust to the courts. Take, for example, the obligation Article 403 that "each Party shall ensure that any measure it adopts or maintains does not operate to create an obstacle to internal trade". In fact, an action that obstructs trade could be permitted by the agreement if the government were pursuing a "legitimate objective" and the measure was not "unduly" trade restrictive (Article 803). Deciding the appropriateness of a government action in these situations requires a difficult judgment about the burden that should be placed on trade when balancing it, against other values, such as the optimal level of consumer protection..."⁶²

105 Or, malgré le fait que la Cour supérieure n'ait pas compétence pour trancher un débat fondé sur l'interprétation ou l'application des termes de l'ACI, cette cour garde un certain contrôle judiciaire de l'ACI :

"Le pouvoir judiciaire n'interviendra donc que ponctuellement dans l'administration juridique de l'Accord. Le contrôle judiciaire de l'Accord prend trois formes. Premièrement, les tribunaux pourraient être appelés à

évaluer la décision d'un examinateur de ne pas autoriser un recours privé, cela à la lumière des principes de notre droit administratif. Deuxièmement, les tribunaux pourront toujours apprécier le rapport entre une action engagée à l'intérieur du régime de l'Accord et le partage constitutionnel des compétences législatives. Troisièmement, l'article 1710(10)b) garantit expressément le droit d'une partie à l'Accord d'attaquer devant un tribunal la constitutionnalité d'une mesure de rétorsion."⁶³

(Soulignements du Tribunal)

106 Les recours prévus par l'ACI se divisent en deux catégories : les recours qui s'offrent aux parties, c'est-à-dire le gouvernement fédéral, les dix gouvernements provinciaux et les trois gouvernements territoriaux (art. 1702 à 1710), et ceux qui s'offrent aux personnes privées (art. 1711 à 1720).

107 Il est clair que Unilever n'est pas partie à l'ACI et qu'elle ne peut donc pas s'appuyer sur les recours prévus aux art 1702 à 1710. Ces articles prévoient notamment des consultations, la création d'un groupe spécial ("a panel"), la rédaction d'un rapport par le groupe spécial, la publication du rapport, l'obligation pour la partie visée de se conformer au rapport et, à défaut, la possibilité pour la partie plaignante de suspendre des avantages ou de prendre des mesures de rétorsion à l'égard de la partie visée.

108 Il est important de noter qu'en cas de non-respect de l'accord, il n'y a donc aucun recours contraignant permettant à une partie de forcer une autre partie à modifier ou abroger la mesure en question. À cet égard, l'ACI est calqué sur les modes de règlement des différends des traités commerciaux internationaux, tels l'ALÉNA et l'AOMC, où, cela va de soi, le principe de base est la souveraineté des états signataires, le corollaire de cette souveraineté étant l'impossibilité de forcer un pays souverain à changer son droit interne.

109 Les personnes privées ont aussi des recours, lesquels sont prévus aux articles 1711 à 1720 de l'ACI. D'une part, une personne privée peut s'adresser à une des parties à l'ACI pour que celle-ci engage des procédures en son nom. D'autre part, une personne privée peut, à certaines conditions, engager des procédures elle-même.

110 Le paragraphe 1712(1) de l'ACI se lit comme suit :

"Une personne d'une Partie [L'expression "personne d'une Partie" est définie à l'article 200 ACI.] peut engager des procédures en vue du règlement d'un différend relativement à toute question non visée au chapitre cinq (Marchés publics), lorsqu'elle reçoit l'un ou l'autre des avis suivants :

- a) en vertu du paragraphe 1711(4), un avis lui indiquant qu'une Partie n'engagera pas de procédures de règlement du différend pour son compte;
- b) en vertu du paragraphe 1711(5), un avis lui indiquant qu'une Partie ne demandera pas la constitution d'un groupe spécial."

111 Le 8 octobre 1997, le vice-président de Unilever a écrit au ministre de l'Agriculture, de l'Alimentation et des Affaires rurales de l'Ontario "... to request that you initiate proceedings on behalf of Unilever under the Agreement on Internal Trade... to rescind the Québec margarine colouring regulation". Le 10 novembre 1997, le ministre a répondu à Unilever en confirmant que son ministère "... on behalf of the province of Ontario, will carry forward a challenge to Québec's margarine colouring restrictions, under the terms of the Agreement on Internal Trade (AIT), as requested in your letter of October 8, 1997". N'ayant pas reçu de refus du gouvernement de l'Ontario, Unilever ne rencontre donc pas la première condition, c'est-à-dire celle prévue au paragraphe 1712(1).

112 Même si l'ACI est devenu partie du droit interne du Québec (ce dont le Tribunal n'est pas convaincu), le Tribunal est d'avis que Unilever ne peut pas tenter la présente requête en jugement déclaratoire en vertu de l'ACI parce qu'elle a déjà entamé des procédures pour demander à un groupe spécial d'abroger l'Alinéa 40(1)c). Lorsque Unilever doit aux termes de l'ACI s'adresser à groupe spécial, elle ne peut pas d'abord demander à la Cour supérieure de rendre une décision sur son droit-ce qui est l'objet même de ses procédures en vertu des art. 1711 à 1720 de l'ACI⁶⁴.

113 En plus des effets que l'ACI rattache à l'acceptation, par le gouvernement de l'Ontario, de la demande de Unilever, il y a lieu de souligner qu'en vertu des règles régissant la requête pour jugement déclaratoire, l'existence d'un autre recours devant une autre instance justifie la Cour supérieure d'exercer sa discrétion pour rejeter la requête. La juge Danielle Grenier écrit ce qui suit⁶⁵ :

"Il va de soi que si le tribunal qui a compétence sur une question particulière est déjà saisi du problème qui fait l'objet d'une requête en jugement déclaratoire, la Cour supérieure doit attendre la décision du tribunal inférieur avant d'intervenir. Cette règle devrait recevoir application, que la juridiction du tribunal inférieur soit exclusive ou non. Il serait contraire à une saine administration de la justice de lier une juridiction inférieure, avant même que cette dernière ne se soit prononcée. De plus, l'intérêt de la justice requiert que les tribunaux évitent la possibilité de jugements contradictoires sur un même point. La jurisprudence sur cette question fait l'unanimité."

114 L'ACI ne prévoit aucun mécanisme permettant de forcer une des parties à abroger quoi que ce soit. L'ACI est un accord entre gouvernements qui sont souverains dans leurs champs de compétence respectifs. Ils réaffirment par ailleurs à l'art. 300 de l'ACI leur souveraineté conformément au partage des compétences législatives prévues par la Constitution du Canada. Il est donc erroné d'affirmer que l'ACI permet au gouvernement d'une province de contraindre un autre gouvernement provincial, devant les tribunaux, à abroger un de ses règlements. Il est également erroné d'affirmer qu'une personne privée pourrait le faire.

L'abrogation implicite

115 Unilever prétend que, par ses décrets 985-94⁶⁶ et 1102-94⁶⁷, le Gouvernement a voulu abroger implicitement l'Alinéa 40(1)c).

116 Il y a une forte présomption contre l'abrogation implicite d'un texte par un autre. Pour conclure à l'abrogation implicite, il faut qu'il y ait une contradiction incontournable des deux textes. À chaque fois qu'il est possible de concilier les deux textes, il faut opter pour l'interprétation qui les concilie plutôt que celle qui les rend contradictoire.

117 Comme le juge Barclay le soulignait dans *Duval c. R.*⁶⁸ :

"Repeal by implication is not favoured. It is a reasonable presumption that the Legislature did not intend to keep really contradictory enactments on the statute book or, on the other hand, to effect so important a measure as the repeal of a law without expressing an intention to do so. Such an interpretation, therefore, is not to be adopted unless it be inevitable. Any reasonable construction which offers an escape from it, is more likely to be in consonance with the real intention."

118 Une loi antérieure n'est abrogée implicitement que si tout le sujet a été traité par des lois subséquentes de telle manière que, selon tout raisonnement ordinaire, les dispositions particulières de l'ancienne loi ne pouvaient être destinées à rester en vigueur⁶⁹.

119 Or, l'Alinéa 40(1)c) est certainement un texte spécial et non ambigu.

120 Pour ce qui est du décret 985-94, la prétention de Unilever de l'abrogation implicite est fautive à la face même du décret. Dans ce décret, le Gouvernement s'est déclaré favorable à l'ALÉNA et a établi une liste de réserve. L'Alinéa 40(1)c) ne fait l'objet d'aucune réserve, tel que Unilever l'affirme elle-même au paragraphe 35 de la présente requête. Le décret 985-94 prévoit ensuite ce qui suit :

"Que le Gouvernement du Québec considère que toute mesure existante non indiquée dans cette liste est conforme à l'Accord de libre-échange nord-américain."

Le Gouvernement estime donc (à tort ou à raison) que l'Alinéa 40(1)c) est conforme à l'ALÉNA et n'a pas à être abrogé. Il s'ensuit que le Gouvernement n'a pas pu vouloir l'abroger implicitement.

121 Il est également faux de prétendre que, par son décret 1102-94, le Gouvernement ait voulu abroger implicitement l'Alinéa 40(1)c). Ledit décret constitue tout simplement l'approbation gouvernementale requise par l'art. 3.8 de la Loi sur le ministère du Conseil exécutif⁷⁰ afin que l'ACI puisse être validement signé par le Premier Ministre du Québec au nom du Gouvernement.

122 Unilever prétend aussi que la Loi concernant la mise en oeuvre des accords de commerce international⁷¹ et la Loi concernant la mise en oeuvre de l'accord sur le commerce intérieur⁷² ont pour effet d'abroger implicitement l'Alinéa 40(1)c). Cependant, à partir du moment où il est établi que ces lois de mise en oeuvre n'incorporent pas les divers accords en droit interne, il s'ensuit qu'elles ne peuvent pas avoir pour effet d'abroger implicitement une norme interne.

123 Finalement, le fait que le Gouvernement ait refusé d'adopter le règlement supprimant l'Alinéa 40(1)c) à la suite de la publication du projet de ce règlement le 8 janvier 1997 indique explicitement que le Gouvernement ne voulait pas l'abroger.

Le fédéralisme canadien

124 Unilever prétend que l'Alinéa 40(1)c) est contraire aux exigences structurelles et à l'esprit du "fédéralisme canadien".

125 En vertu de la Loi constitutionnelle de 1867⁷³, le Québec a le pouvoir de réglementer et de contrôler la conduite d'une industrie en ce qui a trait à ses activités commerciales à l'intérieur du Québec. La province a le pouvoir de réglementer l'utilisation chez elle d'un produit fabriqué dans une autre province, même si cette réglementation peut porter indirectement atteinte au commerce interprovincial⁷⁴. Comme le juge Martland le soulignait dans l'arrêt *Carnation Company Ltd. c. Québec Agricultural Marketing Board*⁷⁵ où la Cour suprême du Canada avait à considérer la validité de certains décrets de la Régie des marchés agricoles du Québec :

"... In the present case, the orders under question were not, in my opinion, directed at the regulation of interprovincial trade. They did not purport directly to control or to restrict such trade. There was no evidence that, in fact, they did control or restrict it. The most that can be said of them is that they had some effect upon the cost of doing business in Quebec of a company engaged in interprovincial trade, and that, by itself, is not sufficient to make them invalid." (Soulignement du Tribunal)

126 En 1948, la Cour suprême du Canada a déclaré⁷⁶ ultra vires l'art. 5a) de la loi fédérale *Dairy Industry Act*⁷⁷, lequel article se lisait comme suit :

"No person shall manufacture, import into Canada, or offer, sell or have in his possession for sale, any oleomargarine, margarine, butterine, or other substitute for butter, manufactured wholly or in part from any fat other than that of milk or cream."

En 1950, le Conseil privé a confirmé ladite décision et a cité les propos suivants du juge Rand de la Cour suprême⁷⁸ :

"Their Lordships' views on this branch of the case may be happily stated by a quotation from the judgments of the majority in the Supreme Court. Rand, J., said (83): "That object [i.e., the object of prohibition], as I must find it, is economic and the legislative purpose, to give trade protection to the dairy industry in the production and sale of butter; to benefit one group of persons as against competitors in business in which, in the absence of the legislation, the latter would be free to engage in the provinces. To forbid manufacture and sale for such an end is prima facie to deal directly with the civil rights of individuals in relation to particular trade within the provinces..."

127 Ce n'est pas le fait que l'Alinéa 40(1)c) porte atteinte au commerce de Unilever qui est déterminant. La validité constitutionnelle de l'Alinéa 40(1)c) dépend de son but. Son but concerne un sujet d'intérêt provincial à l'intérieur du Québec ainsi que la propriété et les droits civils dans la province. La réglementation d'un seul commerce ou d'une seule industrie n'est pas une question d'intérêt national général.

128 Les lois ou règlements d'une province ne sont pas invalides du fait qu'ils sont plus restrictifs que ceux d'autres provinces ou territoires. Dans la mesure où une telle loi d'une province n'établit pas de distinction entre une entreprise résidant dans la province et une entreprise d'une autre province, cette loi est valide. Les différences qui résultent entre les normes en vigueur dans diverses provinces sont les conséquences logiques du partage des compétences dans le régime constitutionnel du Canada.

129 Il existe une tension entre les objectifs de promotion de l'union économique et de libre circulation de biens dans tout le Canada et la réalité constitutionnelle que les gouvernements, en légiférant dans les limites de leurs compétences respectives, peuvent prendre des mesures ayant un effet accessoire de balkanisation.

130 La juge McLachlin, dissidente, dans l'arrêt de la Cour suprême du Canada, *Office canadien de commercialisation des oeufs c. Richardson*⁷⁹, soulignait que :

"L'objectif de promotion de l'union économique des provinces n'est pas nouveau. Depuis l'avènement de la confédération, les rédacteurs de la Constitution canadienne ont voulu garantir que, malgré sa structure fédérale, le Canada possède une économie nationale.... La structure actuelle de la Constitution représente un compromis historique entre les intérêts régionaux et la vision d'une union économique. En gros, l'art. 121 de la Loi constitutionnelle de 1867 permet d'adopter des mesures législatives qui touchent, de manière accessoire, à la circulation des biens et services d'une province à l'autre, mais il interdit celles... "reliée[s], en droit et en fait, à l'existence des frontières provinciales"."

Il y a eu dans le contexte des négociations constitutionnelles des derniers quinze ans diverses tentatives en vue de modifier l'art. 121 de la Loi constitutionnelle de 1867 afin de lui conférer une portée plus grande. Toutes ces tentatives ont échoué⁸⁰.

131 Finalement, l'argument de Unilever fondé sur l'ACI semble contredire le présent argument fondé sur le "fédéralisme canadien". De fait, pourquoi les provinces, les territoires et le gouvernement fédéral se seraient-ils donné la peine de conclure l'ACI - qui, comme nous l'avons vu, ne contient aucune contrainte juridique - si, de toute façon, la Constitution du Canada assurait déjà une pleine union économique pouvant être sanctionnée par les tribunaux judiciaires? L'Alinéa 40(1)c) n'est pas contraire aux exigences structurelles ou à l'esprit du "fédéralisme canadien".

132 POUR CES MOTIFS, LE TRIBUNAL :

ACCUEILLE en partie la présente requête :

DÉCLARE que la saisie des 384 contenants de 454 grammes (1 livre) de margarine de marque Country Crock de couleur jaune pâle beurre-frais, propriété de la requérante, pratiquée le 24 novembre 1997 à l'établissement Les produits alimentaires Consomat inc. par les inspecteurs du ministère de l'Agriculture, des Pêcheries et de l'Alimentation du Québec, est illégale, nulle et abusive et viole l'article 8 de la Charte canadienne des droits et libertés et l'article 24.1 de la Charte québécoise des droits et libertés de la personne;

ACCORDE mainlevée à la requérante de la saisie pratiquée en l'instance;

REJETTE toutes les autres conclusions de la requête;

Chaque partie payant ses frais.

LE JUGE A. DEREK GUTHRIE

1 R.R.Q. 1981, c. P-30, r. 15.

2 L.R.Q., c. P-30.

3 L.R.Q., c. S-40.

4 L.R.Q., c. M-35.1.

5 L.Q. 1949, c. 44.

6 L.Q. 1953, c. 6.

7 L.Q. 1961, c. 59.

8 L.Q. 1969, c. 45.

9 2 septembre 1987, G.O.Q. 1987.II.5495.

10 R. c. Mohan, [1994] 2 R.C.S. 9 à la p. 25.

11 (1970) 75 W.W.R. 585 à la p. 599.

12 [1971] 3 O.R. 688 à la p. 694.

13 (1961) 36 C.P.R. 121 à la p. 130.

14 [1994] 2 R.C.S. 406 à la p. 421.

15 L'art. 132 du Code de procédure pénale prévoit aussi que le saisissant n'a le droit de retenir la chose saisie que pendant 90 jours suivant la date de la saisie sauf si une poursuite a été intentée.

16 L.R.Q., c. C-25.1.

17 Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, constituant l'annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R.-U.), 1982, c. 11.

18 L.R.Q., c. C-12.

19 Supra, note 14 à la p. 459.

20 [1989] 1 R.C.S. 927 aux pp. 978-79.

21 Ibid. à la p. 967.

22 Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes, [1990] 2 R.C.S. 232 à la p. 244.

23 Supra, note 20 à la p. 968.

24 Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes, supra, note 22 à la p. 247.

25 Ibid. aux pp. 247-48.

26 R. c. Edwards Books, [1986] 2 R.C.S. 713 à la p. 795.

27 Voir Institute of Edible Oil Foods c. Ontario, (1990) 64 D.L.R. (4th) 380 à la p. 381 (Ont. C.A.).

28 R. Moon, "Lifestyle Advertising and Classical Freedom of Expression Doctrine" (1991) 36 McGill L.J. 76 aux pp. 123 et 128.

29 [1993] R.J.Q. 2320 aux pp. 2341-43 (C.A.).

30 [1983] 1 R.C.S. 106 à la p. 111.

31 [1985] 1 R.C.S. 368 aux pp. 405-06.

32 [1898] 2 Q.B. 91.

33 L.R.Q., c. R-18.1.

34 Voir l'interrogatoire du 31 mars 1998 de Bruce I. MacTaggart, p. 15.

35 (1988) 47 D.L.R. (4th) 368 aux pp. 375-78.

36 R.S.O. 1980, c. 324.

37 Supra, note 27.

38 [1990] 2 R.C.S. vii.

39 R. c. Edwards Books, supra, note 26 à la p. 772; Institute of Edible Oils Foods c. Ontario, supra, note 27 à la p. 382.

40 P.W. Hogg, Constitutional Law of Canada, 3e éd., 1992 à la p. 286.

41 V. Loungnarath, "Quelques réflexions d'ordre juridique sur la clause d'adhésion de l'ALÉNA" (1995) 40 McGill L.J. 1 aux pp. 16-17; F. Rigaldies et J. Woehrling, "Le juge interne canadien et le droit international" (1980) 21 C. de D. 293 à la p. 314.

42 Canada (P.G.) c. Ontario (P.G.), [1937] A.C. 326 aux pp. 347-48; H. Brun et G. Tremblay, Droit constitutionnel, 3e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1997 aux pp. 657 et 662.

43 L.C. 1993, c. 44.

44 L.Q. 1996, c. 6.

45 Canada (P.G.) c. Ontario (P.G.), supra, note 42 à la p. 348; R. c. Canada Labour Relations Board, (1964) 44 D.L.R. (2d) 440 à la p. 454; Entreprises de rebuts Sanipan c. Québec (P.G.), [1995] R.J.Q. 821 à la p. 847 (C.S.); V. Loungnarath, "L'étranger et la vie économique : le cas québécois" (1998) 43 McGill L.J. 143 à la p. 150.

46 L.R.Q., c. A-20.1.

47 L.R.Q., c. C-67.01.

48 L.R.Q., c. A-23.01.

49 R. Higgins, "United Kingdom" dans F.G. Jacobs et S. Roberts, éd., The Effect of Treaties in Domestic Law, Londres, Sweet & Maxwell, 1997 aux pp. 124-25.

50 Canada (P.G.) c. Ontario (P.G.), supra, note 42.

51 S.A. Louis Dreyfus & Cie c. Holding Tusculum B.V., [1998] R.J.Q. 1722 à la p. 1729 (C.A.); une demande d'autorisation d'en appeler fut refusée par la Cour suprême du Canada le 18 mars 1999.

52 NAFTA: Resolving Conflicts between Treaty Provisions and Domestic Law (Document de travail BP-331E) par D. Dupras (Ottawa: Law and Government Division, février 1993).

53 L.C. 1994, c. 47.

54 Supra, note 44.

55 Renvoi relatif au Régime d'assistance du Canada (C.-B.), [1991] 2 R.C.S. 525 à la p. 548; V. Loungnarath, "Le rôle du pouvoir judiciaire dans la structuration politico-juridique de la fédération canadienne" (1997) 57 R. du B. 1003 aux pp. 1035-36.

56 K. Swinton, "Law, Politics, and the Enforcement of the Agreement on Internal Trade" dans M.J. Trebilcock et D. Schwanen, éd., Getting There, An Assessment of the Agreement on Internal Trade, Toronto, C.D. Howe Institute, Policy Study 26, 1995, 196 aux pp. 206-08.

57 "Le rôle du pouvoir judiciaire dans la structuration politico-juridique de la fédération canadienne" supra, note 55 à la p. 1034 (sa note 118).

58 L.C. 1996, c. 17.

59 L.Q. 1997, c. 9.

60 N. Bankes, "Co-operative Federalism: Third Parties and Intergovernmental Agreements and Arrangements in Canada and Australia" (1991) 29 Alberta L. Rev. 792 à la p. 832.

61 V. Loungnarath, "Le rôle du pouvoir judiciaire dans la structuration politico-juridique de la fédération canadienne", supra, note 55 à la p. 1040; K. Swinton, "Law, Politics, and the Enforcement of the Agreement on Internal Trade", supra, note 56 à la p. 204; voir aussi K. Swinton, "Courting Our Way to Economic Integration: Judicial Review and the Canadian Economic Union" (1995) 25 Can. Bus. L.J. 280.

62 K. Swinton, "Law, Politics, and the Enforcement of the Agreement on Internal Trade", supra, note 56 aux pp. 202-03.

63 V. Loungnarath supra, note 55 à la p. 1042.

64 Voir Terrasses Zarolega inc. c. R.I.O., [1981] 1 R.C.S. 94 à la p. 105; R. (Terre-Neuve) c. Commission Hydro-Électrique de Québec, [1982] 2 R.C.S. 79 à la p. 108.

65 D. Grenier, La requête en jugement déclaratoire en droit public québécois, Cowansville, Yvon Blais, 1995 aux pp. 69-70.

66 6 juillet 1994, G.O.Q. 1994.II.4298.

67 15 juillet 1994, G.O.Q. 1994.II.4713.

68 (1938) 64 B.R. 270 à la p. 273.

69 R. c. Mercure, [1988] 1 R.C.S. 234 à la p. 265.

70 L.R.Q., c. M-30.

71 Supra, note 44.

72 Supra, note 59.

73 (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3.

74 Québec (P.G.) c. Kellogg's Co., [1978] 2 R.C.S. 211 à la p. 226.

75 [1968] R.C.S. 238 à la p. 254.

76 Canadian Federation of Agriculture c. Québec (P.G.), [1949] R.C.S. 1.

77 S.R.C. 1927, c. 45.

78 [1951] A.C. 179 à la p. 196.

79 [1998] 3 R.C.S. 157 à la p. 237.

80 M.J. Trebilcock et R. Behboodi, "The Canadian Agreement on Internal Trade : Retrospect and Prospects" dans M.J. Trebilcock et D. Schwanen, éd., *Getting There, An Assessment of the Agreement on Internal Trade*, Toronto, C.D. Howe Institute, Policy Study 26, 1995 aux pp. 20 et s.

---- End of Request ----

Email Request: Current Document: 1

Time Of Request: Wednesday, August 13, 2014 14:12:02

TAB I

Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp., 2014 SCC 53



SUPREME COURT OF CANADA

CITATION: Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp., 2014 SCC 53

DATE: 20140801
DOCKET: 35026

BETWEEN:

Sattva Capital Corporation (formerly Sattva Capital Inc.)

Appellant

and

Creston Moly Corporation (formerly Georgia Ventures Inc.)

Respondent

- and -

Attorney General of British Columbia and BCICAC Foundation

Interveners

CORAM: McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.

REASONS FOR JUDGMENT:
(paras. 1 to 125)

Rothstein J. (McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ. concurring)

NOTE: This document is subject to editorial revision before its reproduction in final form in the *Canada Supreme Court Reports*.

SATTVA CAPITAL CORP. v. CRESTON MOLY CORP.

Sattva Capital Corporation (formerly Sattva Capital Inc.)

Appellant

v.

Creston Moly Corporation (formerly Georgia Ventures Inc.)

Respondent

and

**Attorney General of British Columbia and
BCICAC Foundation**

Intervenors

Indexed as: Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.

2014 SCC 53

File No.: 35026.

2013: December 12; 2014: August 1.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Arbitration — Appeals — Commercial arbitration awards — Parties entering into agreement providing for payment of finder's fee in shares — Parties disagreeing as to date on which to price shares for payment of finder's fee and entering into arbitration — Leave to appeal arbitral award sought pursuant to s. 31(2) of the Arbitration Act — Leave to appeal denied but granted on appeal to Court of Appeal — Appeal of award dismissed but dismissal reversed by Court of Appeal — Whether Court of Appeal erred in granting leave to appeal — What is appropriate standard of review to be applied to commercial arbitral decisions made under Arbitration Act — Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55, s. 31(2).

Contracts — Interpretation — Parties entering into agreement providing for payment of finder's fee in shares — Parties disagreeing as to date on which to price the shares for payment of finder's fee and entering into arbitration — Whether arbitrator reasonably construed contract as a whole — Whether contractual interpretation is question of law or of mixed fact and law.

S and C entered into an agreement that required C to pay S a finder's fee in relation to the acquisition of a molybdenum mining property by C. The parties agreed that under this agreement, S was entitled to a finder's fee of US\$1.5 million and was entitled to be paid this fee in shares of C. However, they disagreed on which date should be used to price the shares and therefore the number of shares to which S was entitled. S argued that the share price was dictated by the date set out in the Market Price definition in the agreement and therefore that it should receive

approximately 11,460,000 shares priced at \$0.15. C claimed that the agreement's "maximum amount" proviso prevented S from receiving shares valued at more than US\$1.5 million on the date the fee was payable, and therefore that S should receive approximately 2,454,000 shares priced at \$0.70. The parties entered into arbitration pursuant to the B.C. *Arbitration Act* and the arbitrator found in favour of S. C sought leave to appeal the arbitrator's decision pursuant to s. 31(2) of the *Arbitration Act*, but leave was denied on the basis that the question on appeal was not a question of law. The Court of Appeal reversed the decision and granted C's application for leave to appeal, finding that the arbitrator's failure to address the meaning of the agreement's "maximum amount" proviso raised a question of law. The superior court judge on appeal dismissed C's appeal, holding that the arbitrator's interpretation of the agreement was correct. The Court of Appeal allowed C's appeal, finding that the arbitrator reached an absurd result. S appeals the decisions of the Court of Appeal that granted leave and that allowed the appeal.

Held: The appeal should be allowed and the arbitrator's award reinstated.

Appeals from commercial arbitration decisions are narrowly circumscribed under the *Arbitration Act*. Under s. 31(1), they are limited to questions of law, and leave to appeal is required if the parties do not consent to the appeal. Section 31(2)(a) sets out the requirements for leave at issue in the present case: the court may grant leave if it determines that the result is important to the parties and the determination of the point of law may prevent a miscarriage of justice.

In the case at bar, the Court of Appeal erred in finding that the construction of the finder's fee agreement constituted a question of law. Such an exercise raises a question of mixed fact and law, and therefore, the Court of Appeal erred in granting leave to appeal.

The historical approach according to which determining the legal rights and obligations of the parties under a written contract was considered a question of law should be abandoned. Contractual interpretation involves issues of mixed fact and law as it is an exercise in which the principles of contractual interpretation are applied to the words of the written contract, considered in light of the factual matrix of the contract.

It may be possible to identify an extricable question of law from within what was initially characterized as a question of mixed fact and law, however, the close relationship between the selection and application of principles of contractual interpretation and the construction ultimately given to the instrument means that the circumstances in which a question of law can be extricated from the interpretation process will be rare. The goal of contractual interpretation, to ascertain the objective intentions of the parties, is inherently fact specific. Accordingly, courts should be cautious in identifying extricable questions of law in disputes over contractual interpretation. Legal errors made in the course of contractual interpretation include the application of an incorrect principle, the failure to consider a required element of a legal test, or the failure to consider a relevant factor. Concluding that C's

application for leave to appeal raised no question of law is sufficient to dispose of this appeal, however the Court found it salutary to continue with its analysis.

In order to rise to the level of a miscarriage of justice for the purposes of s. 31(2)(a), an alleged legal error must pertain to a material issue in the dispute which, if decided differently, would affect the result of the case. According to this standard, a determination of a point of law “may prevent a miscarriage of justice” only where the appeal itself has some possibility of succeeding. An appeal with no chance of success will not meet the threshold of “may prevent a miscarriage of justice” because there would be no chance that the outcome of the appeal would cause a change in the final result of the case.

At the leave stage, it is not appropriate to consider the full merits of a case and make a final determination regarding whether an error of law was made. However, some preliminary consideration of the question of law by the leave court is necessary to determine whether the appeal has the potential to succeed and thus to change the result in the case. The appropriate threshold for assessing the legal question at issue under s. 31(2) is whether it has arguable merit, meaning that the issue raised by the applicant cannot be dismissed through a preliminary examination of the question of law.

Assessing whether the issue raised by an application for leave to appeal has arguable merit must be done in light of the standard of review on which the merits of the appeal will be judged. This requires a preliminary assessment of the standard

of review. The leave court's assessment of the standard of review is only preliminary and does not bind the court which considers the merits of the appeal.

The words "may grant leave" in s. 31(2) of the *Arbitration Act* confer on the court residual discretion to deny leave even where the requirements of s. 31(2) are met. Discretionary factors to consider in a leave application under s. 31(2)(a) include: conduct of the parties, existence of alternative remedies, undue delay and the urgent need for a final answer. These considerations could be a sound basis for declining leave to appeal an arbitral award even where the statutory criteria have been met. However, courts should exercise such discretion with caution.

Appellate review of commercial arbitration awards is different from judicial review of a decision of a statutory tribunal, thus the standard of review framework developed for judicial review in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, and the cases that followed it is not entirely applicable to the commercial arbitration context. Nevertheless, judicial review of administrative tribunal decisions and appeals of arbitration awards are analogous in some respects. As a result, aspects of the *Dunsmuir* framework are helpful in determining the appropriate standard of review to apply in the case of commercial arbitration awards.

In the context of commercial arbitration, where appeals are restricted to questions of law, the standard of review will be reasonableness unless the question is one that would attract the correctness standard, such as constitutional questions or questions of law of central importance to the legal system as a whole and outside the

adjudicator's expertise. The question at issue here does not fall into one of those categories and thus the standard of review in this case is reasonableness.

In the present case, the arbitrator reasonably construed the contract as a whole in determining that S is entitled to be paid its finder's fee in shares priced at \$0.15. The arbitrator's decision that the shares should be priced according to the Market Price definition gives effect to both that definition and the "maximum amount" proviso and reconciles them in a manner that cannot be said to be unreasonable. The arbitrator's reasoning meets the reasonableness threshold of justifiability, transparency and intelligibility.

A court considering whether leave should be granted is not adjudicating the merits of the case. It decides only whether the matter warrants granting leave, not whether the appeal will be successful, even where the determination of whether to grant leave involves a preliminary consideration of the question of law at issue. For this reason, comments by a leave court regarding the merits cannot bind or limit the powers of the court hearing the actual appeal.

Cases Cited

Referred to: *British Columbia Institute of Technology (Student Assn.) v. British Columbia Institute of Technology*, 2000 BCCA 496, 192 D.L.R. (4th) 122; *King v. Operating Engineers Training Institute of Manitoba Inc.*, 2011 MBCA 80, 270 Man. R. (2d) 63; *Thorner v. Major*, [2009] UKHL 18, [2009] 3 All E.R. 945;

Prenn v. Simmonds, [1971] 3 All E.R. 237; *Reardon Smith Line Ltd. v. Hansen-Tangen*, [1976] 3 All E.R. 570; *Jiro Enterprises Ltd. v. Spencer*, 2008 ABCA 87 (CanLII); *QK Investments Inc. v. Crocus Investment Fund*, 2008 MBCA 21, 290 D.L.R. (4th) 84; *Dow Chemical Canada Inc. v. Shell Chemicals Canada Ltd.*, 2010 ABCA 126, 25 Alta. L.R. (5th) 221; *Minister of National Revenue v. Costco Wholesale Canada Ltd.*, 2012 FCA 160, 431 N.R. 78; *WCI Waste Conversion Inc. v. ADI International Inc.*, 2011 PECA 14, 309 Nfld. & P.E.I.R. 1; *269893 Alberta Ltd. v. Otter Bay Developments Ltd.*, 2009 BCCA 37, 266 B.C.A.C. 98; *Hayes Forest Services Ltd. v. Weyerhaeuser Co.*, 2008 BCCA 31, 289 D.L.R. (4th) 230; *Bell Canada v. The Plan Group*, 2009 ONCA 548, 96 O.R. (3d) 81; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Jesuit Fathers of Upper Canada v. Guardian Insurance Co. of Canada*, 2006 SCC 21, [2006] 1 S.C.R. 744; *Tercon Contractors Ltd. v. British Columbia (Transportation and Highways)*, 2010 SCC 4, [2010] 1 S.C.R. 69; *Moore Realty Inc. v. Manitoba Motor League*, 2003 MBCA 71, 173 Man. R. (2d) 300; *Investors Compensation Scheme Ltd. v. West Bromwich Building Society*, [1998] 1 All E.R. 98; *Glaswegian Enterprises Inc. v. B.C. Tel Mobility Cellular Inc.* (1997), 101 B.C.A.C. 62; *Eli Lilly & Co. v. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 S.C.R. 129; *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316; *Gutierrez v. Tropic International Ltd.* (2002), 63 O.R. (3d) 63; *Domtar Inc. v. Belkin Inc.* (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 257; *Quan v. Cusson*, 2009 SCC 62, [2009] 3 S.C.R. 712; *Quick Auto Lease Inc. v. Nordin*, 2014 MBCA 32, 303 Man. R. (2d) 262; *R. v. Fedosenko*, 2013

ABCA 164 (CanLII); *Enns v. Hansey*, 2013 MBCA 23 (CanLII); *R. v. Hubley*, 2009 PECA 21, 289 Nfld. & P.E.I.R. 174; *R. v. Will*, 2013 SKCA 4, 405 Sask. R. 270; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708; *Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 S.C.R. 326; *MiningWatch Canada v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2010 SCC 2, [2010] 1 S.C.R. 6; *R. v. Bellusci*, 2012 SCC 44, [2012] 2 S.C.R. 509; *R. v. Bjelland*, 2009 SCC 38, [2009] 2 S.C.R. 651; *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297; *Homex Realty and Development Co. v. Corporation of the Village of Wyoming*, [1980] 2 S.C.R. 1011; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *Pacifica Mortgage Investment Corp. v. Laus Holdings Ltd.*, 2013 BCCA 95, 333 B.C.A.C. 310, leave to appeal refused, [2013] 3 S.C.R. viii; *Tamil Co-operative Homes Inc. v. Arulappah* (2000), 49 O.R. (3d) 566.

Statutes and Regulations Cited

Administrative Tribunals Act, S.B.C. 2004, c. 45, ss. 58, 59.

Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55 [formerly *Commercial Arbitration Act*], s. 31.

Civil Code of Québec.

Authors Cited

Brown, Donald J. M., and John M. Evans, with the assistance of Christine E. Deacon. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf updated May 2014).

Dyzenhaus, David. “The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy”, in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*. Oxford: Hart, 1997, 279.

Hall, Geoff R. *Canadian Contractual Interpretation Law*, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2012.

Lewis, Kim. *The Interpretation of Contracts*, 5th ed. London: Sweet & Maxwell, 2011 & Supp. 2013.

McCamus, John D. *The Law of Contracts*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2012.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Newbury, Low and Levine JJ.A.), 2010 BCCA 239, 7 B.C.L.R. (5th) 227, 319 D.L.R. (4th) 219, [2010] B.C.J. No. 891 (QL), 2010 CarswellBC 1210, setting aside a decision of Greycliff J., 2009 BCSC 1079, [2009] B.C.J. No. 1597 (QL), 2009 CarswellBC 2096, and from a subsequent judgment of the British Columbia Court of Appeal (Kirkpatrick, Neilson and Bennett JJ.A.), 2012 BCCA 329, 36 B.C.L.R. (5th) 71, 326 B.C.A.C. 114, 554 W.A.C. 114, 2 B.L.R. (5th) 1, [2012] B.C.J. No. 1631 (QL), 2012 CarswellBC 2327, setting aside a decision of Armstrong J., 2011 BCSC 597, 84 B.L.R. (4th) 102, [2011] B.C.J. No. 861 (QL), 2011 CarswellBC 1124.

Appeal allowed.

Michael A. Feder and Tammy Shoranick, for the appellant.

Darrell W. Roberts, Q.C., and David Mitchell, for the respondent.

Jonathan Eades and Micah Weintraub, for the intervener the Attorney
General of British Columbia.

David Wotherspoon and Gavin R. Cameron, for the intervener the
BCICAC Foundation.

The judgment of the Court was delivered by

ROTHSTEIN J. —

TABLE OF CONTENTS

- I. Facts
- II. Arbitral Award
- III. Judicial History
 - A. *British Columbia Supreme Court — Leave to Appeal Decision, 2009 BCSC 1079*
 - B. *British Columbia Court of Appeal — Leave to Appeal Decision, 2010 BCCA 239*
 - C. *British Columbia Supreme Court — Appeal Decision, 2011 BCSC 597*
 - D. *British Columbia Court of Appeal — Appeal Decision, 2012 BCCA 329*
- IV. Issues
- V. Analysis
 - A. *The Leave Issue Is Properly Before This Court*
 - B. *The CA Leave Court Erred in Granting Leave Under Section 31(2) of the AA*
 - (1) Considerations Relevant to Granting or Denying Leave to Appeal Under the AA
 - (2) The Result Is Important to the Parties

- (3) The Question Under Appeal Is Not a Question of Law
 - (a) *When Is Contractual Interpretation a Question of Law?*
 - (b) *The Role and Nature of the “Surrounding Circumstances”*
 - (c) *Considering the Surrounding Circumstances Does Not Offend the Parol Evidence Rule*
 - (d) *Application to the Present Case*
 - (4) May Prevent a Miscarriage of Justice
 - (a) *Miscarriage of Justice for the Purposes of Section 31(2)(a) of the AA*
 - (b) *Application to the Present Case*
 - (5) Residual Discretion to Deny Leave
 - (a) *Considerations in Exercising Residual Discretion in a Section 31(2)(a) Leave Application*
 - (b) *Application to the Present Case*
- C. *Standard of Review Under the AA*
- D. *The Arbitrator Reasonably Construed the Agreement as a Whole*
- E. *Appeal Courts Are Not Bound by Comments on the Merits of the Appeal Made by Leave Courts*

VI. Conclusion

APPENDIX I

Relevant Provisions of the Sattva-Creston Finder’s Fee Agreement

APPENDIX II

Section 3.3 of TSX Venture Exchange Policy 5.1: Loans, Bonuses, Finder’s Fees and Commissions

APPENDIX III

Commercial Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55 (as it read on January 12, 2007) (now the *Arbitration Act*)

[1] When is contractual interpretation to be treated as a question of mixed fact and law and when should it be treated as a question of law? How is the balance between reviewability and finality of commercial arbitration awards under the

Commercial Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55 (now the *Arbitration Act*, hereinafter the “AA”), to be determined? Can findings made by a court granting leave to appeal with respect to the merits of an appeal bind the court that ultimately decides the appeal? These are three of the issues that arise in this appeal.

I. Facts

[2] The issues in this case arise out of the obligation of Creston Moly Corporation (formerly Georgia Ventures Inc.) to pay a finder’s fee to Sattva Capital Corporation (formerly Sattva Capital Inc.). The parties agree that Sattva is entitled to a finder’s fee of US\$1.5 million and is entitled to be paid this fee in shares of Creston, cash or a combination thereof. They disagree on which date should be used to price the Creston shares and therefore the number of shares to which Sattva is entitled.

[3] Mr. Hai Van Le, a principal of Sattva, introduced Creston to the opportunity to acquire a molybdenum mining property in Mexico. On January 12, 2007, the parties entered into an agreement (the “Agreement”) that required Creston to pay Sattva a finder’s fee in relation to the acquisition of this property. The relevant provisions of the Agreement are set out in Appendix I.

[4] On January 30, 2007, Creston entered into an agreement to purchase the property for US\$30 million. On January 31, 2007, at the request of Creston, trading of Creston’s shares on the TSX Venture Exchange (“TSXV”) was halted to prevent speculation while Creston completed due diligence in relation to the purchase. On

March 26, 2007, Creston announced it intended to complete the purchase and trading resumed the following day.

[5] The Agreement provides that Sattva was to be paid a finder's fee equal to the maximum amount that could be paid pursuant to s. 3.3 of Policy 5.1 in the TSXV Policy Manual. Section 3.3 of Policy 5.1 is incorporated by reference into the Agreement at s. 3.1 and is set out in Appendix II of these reasons. The maximum amount pursuant to s. 3.3 of Policy 5.1 in this case is US\$1.5 million.

[6] According to the Agreement, by default, the fee would be paid in Creston shares. The fee would only be paid in cash or a combination of shares and cash if Sattva made such an election. Sattva made no such election and was therefore entitled to be paid the fee in shares. The finder's fee was to be paid no later than five working days after the closing of the transaction purchasing the molybdenum mining property.

[7] The dispute between the parties concerns which date should be used to determine the price of Creston shares and thus the number of shares to which Sattva is entitled. Sattva argues that the share price is dictated by the Market Price definition at s. 2 of the Agreement, i.e. the price of the shares "as calculated on close of business day before the issuance of the press release announcing the Acquisition". The press release announcing the acquisition was released on March 26, 2007. Prior to the halt in trading on January 31, 2007, the last closing price of Creston shares was \$0.15. On this interpretation, Sattva would receive approximately 11,460,000 shares (based on the finder's fee of US\$1.5 million).

[8] Creston claims that the Agreement's "maximum amount" proviso means that Sattva cannot receive cash or shares valued at more than US\$1.5 million on the date the fee is payable. The shares were payable no later than five days after May 17, 2007, the closing date of the transaction. At that time, the shares were priced at \$0.70 per share. This valuation is based on the price an investment banking firm valued Creston at as part of underwriting a private placement of shares on April 17, 2007. On this interpretation, Sattva would receive approximately 2,454,000 shares, some 9 million fewer shares than if the shares were priced at \$0.15 per share.

[9] The parties entered into arbitration pursuant to the AA. The arbitrator found in favour of Sattva. Creston sought leave to appeal the arbitrator's decision pursuant to s. 31(2) of the AA. Leave was denied by the British Columbia Supreme Court (2009 BCSC 1079 (CanLII) ("SC Leave Court")). Creston successfully appealed this decision and was granted leave to appeal the arbitrator's decision by the British Columbia Court of Appeal (2010 BCCA 239, 7 B.C.L.R. (5th) 227 ("CA Leave Court")).

[10] The British Columbia Supreme Court judge who heard the merits of the appeal (2011 BCSC 597, 84 B.L.R. (4th) 102 ("SC Appeal Court")) upheld the arbitrator's award. Creston appealed that decision to the British Columbia Court of Appeal (2012 BCCA 329, 36 B.C.L.R. (5th) 71 ("CA Appeal Court")). That court overturned the SC Appeal Court and found in favour of Creston. Sattva appeals the decisions of the CA Leave Court and CA Appeal Court to this Court.

II. Arbitral Award

[11] The arbitrator, Leon Getz, Q.C., found in favour of Sattva, holding that it was entitled to receive its US\$1.5 million finder's fee in shares priced at \$0.15 per share.

[12] The arbitrator based his decision on the Market Price definition in the Agreement:

What, then, was the "Market Price" within the meaning of the Agreement? The relevant press release is that issued on March 26 Although there was no closing price on March 25 (the shares being on that date halted), the "last closing price" within the meaning of the definition was the \$0.15 at which the [Creston] shares closed on January 30, the day before trading was halted "pending news" This conclusion requires no stretching of the words of the contractual definition; on the contrary, it falls literally within those words. [para. 22]

[13] Both the Agreement and the finder's fee had to be approved by the TSXV. Creston was responsible for securing this approval. The arbitrator found that it was either an implied or an express term of the Agreement that Creston would use its best efforts to secure the TSXV's approval and that Creston did not apply its best efforts to this end.

[14] As previously noted, by default, the finder's fee would be paid in shares unless Sattva made an election otherwise. The arbitrator found that Sattva never made such an election. Despite this, Creston represented to the TSXV that the finder's fee

was to be paid in cash. The TSXV conditionally approved a finder's fee of US\$1.5 million to be paid in cash. Sattva first learned that the fee had been approved as a cash payment in early June 2007. When Sattva raised this matter with Creston, Creston responded by saying that Sattva had the choice of taking the finder's fee in cash or in shares priced at \$0.70.

[15] Sattva maintained that it was entitled to have the finder's fee paid in shares priced at \$0.15. Creston asked its lawyer to contact the TSXV to clarify the minimum share price it would approve for payment of the finder's fee. The TSXV confirmed on June 7, 2007 over the phone and August 9, 2007 via email that the minimum share price that could be used to pay the finder's fee was \$0.70 per share. The arbitrator found that Creston "consistently misrepresented or at the very least failed to disclose fully the nature of the obligation it had undertaken to Sattva" (para. 56(k)) and "that in the absence of an election otherwise, Sattva is entitled under that Agreement to have that fee paid in shares at \$0.15" (para. 56(g)). The arbitrator found that the first time Sattva's position was squarely put before the TSXV was in a letter from Sattva's solicitor on October 9, 2007.

[16] The arbitrator found that had Creston used its best efforts, the TSXV could have approved the payment of the finder's fee in shares priced at \$0.15 and such a decision would have been consistent with its policies. He determined that there was "a substantial probability that [TSXV] approval would have been given" (para. 81). He assessed that probability at 85 percent.

[17] The arbitrator found that Sattva could have sold its Creston shares after a four-month holding period at between \$0.40 and \$0.44 per share, netting proceeds of between \$4,583,914 and \$5,156,934. The arbitrator took the average of those two amounts, which came to \$4,870,424, and then assessed damages at 85 percent of that number, which came to \$4,139,860, and rounded it to \$4,140,000 plus costs.

[18] After this award was made, Creston made a cash payment of US\$1.5 million (or the equivalent in Canadian dollars) to Sattva. The balance of the damages awarded by the arbitrator was placed in the trust account of Sattva's solicitors.

III. Judicial History

A. *British Columbia Supreme Court — Leave to Appeal Decision, 2009 BCSC 1079*

[19] The SC Leave Court denied leave to appeal because it found the question on appeal was not a question of law as required under s. 31 of the AA. In the judge's view, the issue was one of mixed fact and law because the arbitrator relied on the "factual matrix" in coming to his conclusion. Specifically, determining how the finder's fee was to be paid involved examining "the TSX's policies concerning the maximum amount of the finder's fee payable, as well as the discretionary powers granted to the Exchange in determining that amount" (para. 35).

[20] The judge found that even had he found a question of law was at issue he would have exercised his discretion against granting leave because of Creston's

conduct in misrepresenting the status of the finder's fee to the TSXV and Sattva, and "on the principle that one of the objectives of the [AA] is to foster and preserve the integrity of the arbitration system" (para. 41).

B. *British Columbia Court of Appeal — Leave to Appeal Decision, 2010 BCCA 239*

[21] The CA Leave Court reversed the SC Leave Court and granted Creston's application for leave to appeal the arbitral award. It found the SC Leave Court "err[ed] in failing to find that the arbitrator's failure to address the meaning of s. 3.1 of the Agreement (and in particular the 'maximum amount' provision) raised a question of law" (para. 23). The CA Leave Court decided that the construction of s. 3.1 of the Agreement, and in particular the "maximum amount" proviso, was a question of law because it did not involve reference to the facts of what the TSXV was told or what it decided.

[22] The CA Leave Court acknowledged that Creston was "less than forthcoming in its dealings with Mr. Le and the [TSXV]" but said that "these facts are not directly relevant to the question of law it advances on the appeal" (para. 27). With respect to the SC leave judge's reference to the preservation of the integrity of the arbitration system, the CA Leave Court said that the parties would have known when they chose to enter arbitration under the AA that an appeal on a question of law was possible. Additionally, while the finality of arbitration is an important factor in exercising discretion, when "a question of law arises on a matter of importance and a miscarriage of justice might be perpetrated if an appeal were not available, the

integrity of the process requires, at least in the circumstances of this case, that the right of appeal granted by the legislation also be respected” (para. 29).

C. *British Columbia Supreme Court — Appeal Decision, 2011 BCSC 597*

[23] Armstrong J. reviewed the arbitrator’s decision on a correctness standard. He dismissed the appeal, holding the arbitrator’s interpretation of the Agreement was correct.

[24] Armstrong J. found that the plain and ordinary meaning of the Agreement required that the US\$1.5 million fee be paid in shares priced at \$0.15. He did not find the meaning to be absurd simply because the price of the shares at the date the fee became payable had increased in relation to the price determined according to the Market Price definition. He was of the view that changes in the price of shares over time are inevitable, and that the parties, as sophisticated business persons, would have reasonably understood a fluctuation in share price to be a reality when providing for a fee payable in shares. According to Armstrong J., it is indeed because of market fluctuations that it is necessary to choose a specific date to price the shares in advance of payment. He found that this was done by defining “Market Price” in the Agreement, and that the fee remained US\$1.5 million in \$0.15 shares as determined by the Market Price definition regardless of the price of the shares at the date that the fee was payable.

[25] According to Armstrong J., that the price of the shares may be more than the Market Price definition price when they became payable was foreseeable as a “natural consequence of the fee agreement” (para. 62). He was of the view that the risk was borne by Sattva, since the price of the shares could increase, but it could also decrease such that Sattva would have received shares valued at less than the agreed upon fee of US\$1.5 million.

[26] Armstrong J. held that the arbitrator’s interpretation which gave effect to both the Market Price definition and the “maximum amount” proviso should be preferred to Creston’s interpretation of the agreement which ignored the Market Price definition.

[27] In response to Creston’s argument that the arbitrator did not consider s. 3.1 of the Agreement which contains the “maximum amount” proviso, Armstrong J. noted that the arbitrator explicitly addressed the “maximum amount” proviso at para. 23 of his decision.

D. British Columbia Court of Appeal — Appeal Decision, 2012 BCCA 329

[28] The CA Appeal Court allowed Creston’s appeal, ordering that the payment of US\$1.5 million that had been made by Creston to Sattva on account of the arbitrator’s award constituted payment in full of the finder’s fee. The court reviewed the arbitrator’s decision on a standard of correctness.

[29] The CA Appeal Court found that both it and the SC Appeal Court were bound by the findings made by the CA Leave Court. There were two findings that were binding: (1) it would be anomalous if the Agreement allowed Sattva to receive US\$1.5 million if it received its fee in cash, but shares valued at approximately \$8 million if Sattva took its fee in shares; and (2) the arbitrator ignored this anomaly and did not address s. 3.1 of the Agreement.

[30] The Court of Appeal found that it was an absurd result to find that Sattva is entitled to an \$8 million finder's fee in light of the fact that the "maximum amount" proviso in the Agreement limits the finder's fee to US\$1.5 million. The court was of the view that the proviso limiting the fee to US\$1.5 million "when paid" should be given paramount effect (para. 47). In its opinion, giving effect to the Market Price definition could not have been the intention of the parties, nor could it have been in accordance with good business sense.

IV. Issues

[31] The following issues arise in this appeal:

- (a) Is the issue of whether the CA Leave Court erred in granting leave under s. 31(2) of the AA properly before this Court?

- (b) Did the CA Leave Court err in granting leave under s. 31(2) of the AA?

- (c) If leave was properly granted, what is the appropriate standard of review to be applied to commercial arbitral decisions made under the AA?
- (d) Did the arbitrator reasonably construe the Agreement as a whole?
- (e) Did the CA Appeal Court err in holding that it was bound by comments regarding the merits of the appeal made by the CA Leave Court?

V. Analysis

A. *The Leave Issue Is Properly Before This Court*

[32] Sattva argues, in part, that the CA Leave Court erred in granting leave to appeal from the arbitrator's decision. In Sattva's view, the CA Leave Court did not identify a question of law, a requirement to obtain leave pursuant to s. 31(2) of the AA. Creston argues that this issue is not properly before this Court. Creston makes two arguments in support of this point.

[33] First, Creston argues that this issue was not advanced in Sattva's application for leave to appeal to this Court. This argument must fail. Unless this

Court places restrictions in the order granting leave, the order granting leave is “at large”. Accordingly, appellants may raise issues on appeal that were not set out in the leave application. However, the Court may exercise its discretion to refuse to deal with issues that were not addressed in the courts below, if there is prejudice to the respondent, or if for any other reason the Court considers it appropriate not to deal with a question.

[34] Here, this Court’s order granting leave to appeal from both the CA Leave Court decision and the CA Appeal Court decision contained no restrictions (2013 CanLII 11315). The issue — whether the proposed appeal was on a question of law — was expressly argued before, and was dealt with in the judgments of, the SC Leave Court and the CA Leave Court. There is no reason Sattva should be precluded from raising this issue on appeal despite the fact it was not mentioned in its application for leave to appeal to this Court.

[35] Second, Creston argues that the issue of whether the CA Leave Court identified a question of law is not properly before this Court because Sattva did not contest this decision before all of the lower courts. Specifically, Creston states that Sattva did not argue that the question on appeal was one of mixed fact and law before the SC Appeal Court and that it conceded the issue on appeal was a question of law before the CA Appeal Court. This argument must also fail. At the SC Appeal Court, it was not open to Sattva to reargue the question of whether leave should have been granted. The SC Appeal Court was bound by the CA Leave Court’s finding that leave

should have been granted, including the determination that a question of law had been identified. Accordingly, Sattva could hardly be expected to reargue before the SC Appeal Court a question that had been determined by the CA Leave Court. There is nothing in the AA to indicate that Sattva could have appealed the leave decision made by a panel of the Court of Appeal to another panel of the same court. The fact that Sattva did not reargue the issue before the SC Appeal Court or CA Appeal Court does not prevent it from raising the issue before this Court, particularly since Sattva was also granted leave to appeal the CA Leave Court decision by this Court.

[36] While this Court may decline to grant leave where an issue sought to be argued before it was not argued in the courts appealed from, that is not this case. Here, whether leave from the arbitrator's decision had been sought by Creston on a question of law or a question of mixed fact and law had been argued in the lower leave courts.

[37] Accordingly, the issue of whether the CA Leave Court erred in finding a question of law for the purposes of granting leave to appeal is properly before this Court.

B. *The CA Leave Court Erred in Granting Leave Under Section 31(2) of the AA*

- (1) Considerations Relevant to Granting or Denying Leave to Appeal Under the AA

[38] Appeals from commercial arbitration decisions are narrowly circumscribed under the AA. Under s. 31(1), appeals are limited to either questions of law where the parties consent to the appeal or to questions of law where the parties do not consent but where leave to appeal is granted. Section 31(2) of the AA, reproduced in its entirety in Appendix III, sets out the requirements for leave:

- (2) In an application for leave under subsection (1) (b), the court may grant leave if it determines that
 - (a) the importance of the result of the arbitration to the parties justifies the intervention of the court and the determination of the point of law may prevent a miscarriage of justice,
 - (b) the point of law is of importance to some class or body of persons of which the applicant is a member, or
 - (c) the point of law is of general or public importance.

[39] The B.C. courts have found that the words “may grant leave” in s. 31(2) of the AA give the courts judicial discretion to deny leave even where the statutory requirements have been met (*British Columbia Institute of Technology (Student Assn.) v. British Columbia Institute of Technology*, 2000 BCCA 496, 192 D.L.R. (4th) 122 (“*BCIT*”), at paras. 25-26). Appellate review of an arbitrator’s award will only occur where the requirements of s. 31(2) are met and where the leave court does not exercise its residual discretion to nonetheless deny leave.

[40] Although Creston’s application to the SC Leave Court sought leave pursuant to s. 31(2)(a), (b) and (c), it appears the arguments before that court and throughout focused on s. 31(2)(a). The SC Leave Court’s decision quotes a lengthy

passage from *BCIT* that focuses on the requirements of s. 31(2)(a). The SC Leave Court judge noted that both parties conceded the first requirement of s. 31(2)(a): that the issue be of importance to the parties. The CA Leave Court decision expressed concern that denying leave might give rise to a miscarriage of justice — a criterion only found in s. 31(2)(a). Finally, neither the lower courts' leave decisions nor the arguments before this Court reflected arguments about the question of law being important to some class or body of persons of which the applicant is a member (s. 31(2)(b)) or being a point of law of general or public importance (s. 31(2)(c)). Accordingly, the following analysis will focus on s. 31(2)(a).

(2) The Result Is Important to the Parties

[41] In order for leave to be granted from a commercial arbitral award, a threshold requirement must be met: leave must be sought on a question of law. However, before dealing with that issue, it will be convenient to quickly address another requirement of s. 31(2)(a) on which the parties agree: whether the importance of the result of the arbitration to the parties justifies the intervention of the court. Justice Saunders explained this criterion in *BCIT* as requiring that the result of the arbitration be “sufficiently important”, in terms of principle or money, to the parties to justify the expense and time of court proceedings (para. 27). The parties in this case have agreed that the result of the arbitration is of importance to each of them. In view of the relatively large monetary amount in dispute and in light of the fact that the parties have agreed that the result is important to them, I accept that the

importance of the result of the arbitration to the parties justifies the intervention of the court. This requirement of s. 31(2)(a) is satisfied.

(3) The Question Under Appeal Is Not a Question of Law

(a) *When Is Contractual Interpretation a Question of Law?*

[42] Under s. 31 of the AA, the issue upon which leave is sought must be a question of law. For the purpose of identifying the appropriate standard of review or, as is the case here, determining whether the requirements for leave to appeal are met, reviewing courts are regularly required to determine whether an issue decided at first instance is a question of law, fact, or mixed fact and law.

[43] Historically, determining the legal rights and obligations of the parties under a written contract was considered a question of law (*King v. Operating Engineers Training Institute of Manitoba Inc.*, 2011 MBCA 80, 270 Man. R. (2d) 63, at para. 20, *per* Steel J.A.; K. Lewison, *The Interpretation of Contracts* (5th ed. 2011 & Supp. 2013), at pp. 173-76; and G. R. Hall, *Canadian Contractual Interpretation Law* (2nd ed. 2012), at pp. 125-26). This rule originated in England at a time when there were frequent civil jury trials and widespread illiteracy. Under those circumstances, the interpretation of written documents had to be considered questions of law because only the judge could be assured to be literate and therefore capable of reading the contract (Hall, at p. 126; and Lewison, at pp. 173-74).

[44] This historical rationale no longer applies. Nevertheless, courts in the United Kingdom continue to treat the interpretation of a written contract as always being a question of law (*Thorner v. Major*, [2009] UKHL 18, [2009] 3 All E.R. 945, at paras. 58 and 82-83; and *Lewison*, at pp. 173-77). They do this despite the fact that U.K. courts consider the surrounding circumstances, a concept addressed further below, when interpreting a written contract (*Prenn v. Simmonds*, [1971] 3 All E.R. 237 (H.L.); and *Reardon Smith Line Ltd. v. Hansen-Tangen*, [1976] 3 All E.R. 570 (H.L.)).

[45] In Canada, there remains some support for the historical approach. See for example *Jiro Enterprises Ltd. v. Spencer*, 2008 ABCA 87 (CanLII), at para. 10; *QK Investments Inc. v. Crocus Investment Fund*, 2008 MBCA 21, 290 D.L.R. (4th) 84, at para. 26; *Dow Chemical Canada Inc. v. Shell Chemicals Canada Ltd.*, 2010 ABCA 126, 25 Alta. L.R. (5th) 221, at paras. 11-12; and *Minister of National Revenue v. Costco Wholesale Canada Ltd.*, 2012 FCA 160, 431 N.R. 78, at para. 34. However, some Canadian courts have abandoned the historical approach and now treat the interpretation of written contracts as an exercise involving either a question of law or a question of mixed fact and law. See for example *WCI Waste Conversion Inc. v. ADI International Inc.*, 2011 PECA 14, 309 Nfld. & P.E.I.R. 1, at para. 11; *269893 Alberta Ltd. v. Otter Bay Developments Ltd.*, 2009 BCCA 37, 266 B.C.A.C. 98, at para. 13; *Hayes Forest Services Ltd. v. Weyerhaeuser Co.*, 2008 BCCA 31, 289 D.L.R. (4th) 230, at para. 44; *Bell Canada v. The Plan Group*, 2009 ONCA 548, 96

O.R. (3d) 81, at paras. 22-23 (majority reasons, *per* Blair J.A.) and paras. 133-35 (*per* Gillese J.A. in dissent, but not on this point); and *King*, at paras. 20-23.

[46] The shift away from the historical approach in Canada appears to be based on two developments. The first is the adoption of an approach to contractual interpretation which directs courts to have regard for the surrounding circumstances of the contract — often referred to as the factual matrix — when interpreting a written contract (Hall, at pp. 13, 21-25 and 127; and J. D. McCamus, *The Law of Contracts* (2nd ed. 2012), at pp. 749-51). The second is the explanation of the difference between questions of law and questions of mixed fact and law provided in *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at para. 35, and *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paras. 26 and 31-36.

[47] Regarding the first development, the interpretation of contracts has evolved towards a practical, common-sense approach not dominated by technical rules of construction. The overriding concern is to determine “the intent of the parties and the scope of their understanding” (*Jesuit Fathers of Upper Canada v. Guardian Insurance Co. of Canada*, 2006 SCC 21, [2006] 1 S.C.R. 744, at para. 27 *per* LeBel J.; see also *Tercon Contractors Ltd. v. British Columbia (Transportation and Highways)*, 2010 SCC 4, [2010] 1 S.C.R. 69, at paras. 64-65 *per* Cromwell J.). To do so, a decision-maker must read the contract as a whole, giving the words used their ordinary and grammatical meaning, consistent with the surrounding circumstances

known to the parties at the time of formation of the contract. Consideration of the surrounding circumstances recognizes that ascertaining contractual intention can be difficult when looking at words on their own, because words alone do not have an immutable or absolute meaning:

No contracts are made in a vacuum: there is always a setting in which they have to be placed. . . . In a commercial contract it is certainly right that the court should know the commercial purpose of the contract and this in turn presupposes knowledge of the genesis of the transaction, the background, the context, the market in which the parties are operating.

(*Reardon Smith Line*, at p. 574, *per* Lord Wilberforce)

[48] The meaning of words is often derived from a number of contextual factors, including the purpose of the agreement and the nature of the relationship created by the agreement (see *Moore Realty Inc. v. Manitoba Motor League*, 2003 MBCA 71, 173 Man. R. (2d) 300, at para. 15, *per* Hamilton J.A.; see also Hall, at p. 22; and *McCamus*, at pp. 749-50). As stated by Lord Hoffmann in *Investors Compensation Scheme Ltd. v. West Bromwich Building Society*, [1998] 1 All E.R. 98 (H.L.):

The meaning which a document (or any other utterance) would convey to a reasonable man is not the same thing as the meaning of its words. The meaning of words is a matter of dictionaries and grammars; the meaning of the document is what the parties using those words against the relevant background would reasonably have been understood to mean. [p. 115]

[49] As to the second development, the historical approach to contractual interpretation does not fit well with the definition of a pure question of law identified in *Housen* and *Southam*. Questions of law “are questions about what the correct legal test is” (*Southam*, at para. 35). Yet in contractual interpretation, the goal of the exercise is to ascertain the objective intent of the parties — a fact-specific goal — through the application of legal principles of interpretation. This appears closer to a question of mixed fact and law, defined in *Housen* as “applying a legal standard to a set of facts” (para. 26; see also *Southam*, at para. 35). However, some courts have questioned whether this definition, which was developed in the context of a negligence action, can be readily applied to questions of contractual interpretation, and suggest that contractual interpretation is primarily a legal affair (see for example *Bell Canada*, at para. 25).

[50] With respect for the contrary view, I am of the opinion that the historical approach should be abandoned. Contractual interpretation involves issues of mixed fact and law as it is an exercise in which the principles of contractual interpretation are applied to the words of the written contract, considered in light of the factual matrix.

[51] The purpose of the distinction between questions of law and those of mixed fact and law further supports this conclusion. One central purpose of drawing a distinction between questions of law and those of mixed fact and law is to limit the intervention of appellate courts to cases where the results can be expected to have an

impact beyond the parties to the particular dispute. It reflects the role of courts of appeal in ensuring the consistency of the law, rather than in providing a new forum for parties to continue their private litigation. For this reason, *Southam* identified the degree of generality (or “precedential value”) as the key difference between a question of law and a question of mixed fact and law. The more narrow the rule, the less useful will be the intervention of the court of appeal:

If a court were to decide that driving at a certain speed on a certain road under certain conditions was negligent, its decision would not have any great value as a precedent. In short, as the level of generality of the challenged proposition approaches utter particularity, the matter approaches pure application, and hence draws nigh to being an unqualified question of mixed law and fact. See R. P. Kerans, *Standards of Review Employed by Appellate Courts* (1994), at pp. 103-108. Of course, it is not easy to say precisely where the line should be drawn; though in most cases it should be sufficiently clear whether the dispute is over a general proposition that might qualify as a principle of law or over a very particular set of circumstances that is not apt to be of much interest to judges and lawyers in the future. [para. 37]

[52] Similarly, this Court in *Housen* found that deference to fact-finders promoted the goals of limiting the number, length, and cost of appeals, and of promoting the autonomy and integrity of trial proceedings (paras. 16-17). These principles also weigh in favour of deference to first instance decision-makers on points of contractual interpretation. The legal obligations arising from a contract are, in most cases, limited to the interest of the particular parties. Given that our legal system leaves broad scope to tribunals of first instance to resolve issues of limited application, this supports treating contractual interpretation as a question of mixed fact and law.

[53] Nonetheless, it may be possible to identify an extricable question of law from within what was initially characterized as a question of mixed fact and law (*Housen*, at paras. 31 and 34-35). Legal errors made in the course of contractual interpretation include “the application of an incorrect principle, the failure to consider a required element of a legal test, or the failure to consider a relevant factor” (*King*, at para. 21). Moreover, there is no question that many other issues in contract law do engage substantive rules of law: the requirements for the formation of the contract, the capacity of the parties, the requirement that certain contracts be evidenced in writing, and so on.

[54] However, courts should be cautious in identifying extricable questions of law in disputes over contractual interpretation. Given the statutory requirement to identify a question of law in a leave application pursuant to s. 31(2) of the AA, the applicant for leave and its counsel will seek to frame any alleged errors as questions of law. The legislature has sought to restrict such appeals, however, and courts must be careful to ensure that the proposed ground of appeal has been properly characterized. The warning expressed in *Housen* to exercise caution in attempting to extricate a question of law is relevant here:

Appellate courts must be cautious, however, in finding that a trial judge erred in law in his or her determination of negligence, as it is often difficult to extricate the legal questions from the factual. It is for this reason that these matters are referred to as questions of “mixed law and fact”. Where the legal principle is not readily extricable, then the matter is one of “mixed law and fact” [para. 36]

[55] Although that caution was expressed in the context of a negligence case, it applies, in my opinion, to contractual interpretation as well. As mentioned above, the goal of contractual interpretation, to ascertain the objective intentions of the parties, is inherently fact specific. The close relationship between the selection and application of principles of contractual interpretation and the construction ultimately given to the instrument means that the circumstances in which a question of law can be extricated from the interpretation process will be rare. In the absence of a legal error of the type described above, no appeal lies under the AA from an arbitrator's interpretation of a contract.

(b) *The Role and Nature of the “Surrounding Circumstances”*

[56] I now turn to the role of the surrounding circumstances in contractual interpretation and the nature of the evidence that can be considered. The discussion here is limited to the common law approach to contractual interpretation; it does not seek to apply to or alter the law of contractual interpretation governed by the *Civil Code of Québec*.

[57] While the surrounding circumstances will be considered in interpreting the terms of a contract, they must never be allowed to overwhelm the words of that agreement (*Hayes Forest Services*, at para. 14; and *Hall*, at p. 30). The goal of examining such evidence is to deepen a decision-maker's understanding of the mutual and objective intentions of the parties as expressed in the words of the contract. The interpretation of a written contractual provision must always be grounded in the text

and read in light of the entire contract (Hall, at pp. 15 and 30-32). While the surrounding circumstances are relied upon in the interpretive process, courts cannot use them to deviate from the text such that the court effectively creates a new agreement (*Glaswegian Enterprises Inc. v. B.C. Tel Mobility Cellular Inc.* (1997), 101 B.C.A.C. 62).

[58] The nature of the evidence that can be relied upon under the rubric of “surrounding circumstances” will necessarily vary from case to case. It does, however, have its limits. It should consist only of objective evidence of the background facts at the time of the execution of the contract (*King*, at paras. 66 and 70), that is, knowledge that was or reasonably ought to have been within the knowledge of both parties at or before the date of contracting. Subject to these requirements and the parol evidence rule discussed below, this includes, in the words of Lord Hoffmann, “absolutely anything which would have affected the way in which the language of the document would have been understood by a reasonable man” (*Investors Compensation Scheme*, at p. 114). Whether something was or reasonably ought to have been within the common knowledge of the parties at the time of execution of the contract is a question of fact.

(c) *Considering the Surrounding Circumstances Does Not Offend the Parol Evidence Rule*

[59] It is necessary to say a word about consideration of the surrounding circumstances and the parol evidence rule. The parol evidence rule precludes

admission of evidence outside the words of the written contract that would add to, subtract from, vary, or contradict a contract that has been wholly reduced to writing (*King*, at para. 35; and *Hall*, at p. 53). To this end, the rule precludes, among other things, evidence of the subjective intentions of the parties (*Hall*, at pp. 64-65; and *Eli Lilly & Co. v. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 S.C.R. 129, at paras. 54-59, *per* Iacobucci J.). The purpose of the parol evidence rule is primarily to achieve finality and certainty in contractual obligations, and secondarily to hamper a party's ability to use fabricated or unreliable evidence to attack a written contract (*United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316, at pp. 341-42, *per* Sopinka J.).

[60] The parol evidence rule does not apply to preclude evidence of the surrounding circumstances. Such evidence is consistent with the objectives of finality and certainty because it is used as an interpretive aid for determining the meaning of the written words chosen by the parties, not to change or overrule the meaning of those words. The surrounding circumstances are facts known or facts that reasonably ought to have been known to both parties at or before the date of contracting; therefore, the concern of unreliability does not arise.

[61] Some authorities and commentators suggest that the parol evidence rule is an anachronism, or, at the very least, of limited application in view of the myriad of exceptions to it (see for example *Gutierrez v. Tropic International Ltd.* (2002), 63 O.R. (3d) 63 (C.A.), at paras. 19-20; and *Hall*, at pp. 53-64). For the purposes of this

appeal, it is sufficient to say that the parol evidence rule does not apply to preclude evidence of surrounding circumstances when interpreting the words of a written contract.

(d) *Application to the Present Case*

[62] In this case, the CA Leave Court granted leave on the following issue: “Whether the Arbitrator erred in law in failing to construe the whole of the Finder’s Fee Agreement . . .” (A.R., vol. 1, at p. 62).

[63] As will be explained below, while the requirement to construe a contract as a whole is a question of law that could — if extricable — satisfy the threshold requirement under s. 31 of the AA, I do not think this question was properly extricated in this case.

[64] I accept that a fundamental principle of contractual interpretation is that a contract must be construed as a whole (McCamus, at pp. 761-62; and Hall, at p. 15). If the arbitrator did not take the “maximum amount” proviso into account, as alleged by Creston, then he did not construe the Agreement as a whole because he ignored a specific and relevant provision of the Agreement. This is a question of law that would be extricable from a finding of mixed fact and law.

[65] However, it appears that the arbitrator did consider the “maximum amount” proviso. Indeed, the CA Leave Court acknowledges that the arbitrator had

considered that proviso, since it notes that he turned his mind to the US\$1.5 million maximum amount, an amount that can only be calculated by referring to the TSXV policy referenced in the “maximum amount” proviso in s. 3.1 of the Agreement. As I read its reasons, rather than being concerned with whether the arbitrator ignored the maximum amount proviso, which is what Creston alleges in this Court, the CA Leave Court decision focused on how the arbitrator construed s. 3.1 of the Agreement, which included the maximum amount proviso (paras. 25-26). For example, the CA Leave Court expressed concern that the arbitrator did not address the “incongruity” in the fact that the value of the fee would vary “hugely” depending on whether it was taken in cash or shares (para. 25).

[66] With respect, the CA Leave Court erred in finding that the construction of s. 3.1 of the Agreement constituted a question of law. As explained by Justice Armstrong in the SC Appeal Court decision, construing s. 3.1 and taking account of the proviso required relying on the relevant surrounding circumstances, including the sophistication of the parties, the fluctuation in share prices, and the nature of the risk a party assumes when deciding to accept a fee in shares as opposed to cash. Such an exercise raises a question of mixed fact and law. There being no question of law extricable from the mixed fact and law question of how s. 3.1 and the proviso should be interpreted, the CA Leave Court erred in granting leave to appeal.

[67] The conclusion that Creston’s application for leave to appeal raised no question of law would be sufficient to dispose of this appeal. However, as this Court

rarely has the opportunity to address appeals of arbitral awards, it is, in my view, useful to explain that, even had the CA Leave Court been correct in finding that construction of s. 3.1 of the Agreement constituted a question of law, it should have nonetheless denied leave to appeal as the application also failed the miscarriage of justice and residual discretion stages of the leave analysis set out in s. 31(2)(a) of the AA.

(4) May Prevent a Miscarriage of Justice

(a) *Miscarriage of Justice for the Purposes of Section 31(2)(a) of the AA*

[68] Once a question of law has been identified, the court must be satisfied that the determination of that point of law on appeal “may prevent a miscarriage of justice” in order for it to grant leave to appeal pursuant to s. 31(2)(a) of the AA. The first step in this analysis is defining miscarriage of justice for the purposes of s. 31(2)(a).

[69] In *BCIT*, Justice Saunders discussed the miscarriage of justice requirement under s. 31(2)(a). She affirmed the definition set out in *Domtar Inc. v. Belkin Inc.* (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 257 (C.A.), which required the error of law in question to be a material issue that, if decided differently, would lead to a different result: “. . . if the point of law were decided differently, the arbitrator would have been led to a different result. In other words, was the alleged error of law material to the decision; does it go to its heart?” (*BCIT*, at para. 28). See also *Quan v. Cusson*,

2009 SCC 62, [2009] 3 S.C.R. 712, which discusses the test of whether “some substantial wrong or miscarriage of justice has occurred” in the context of a civil jury trial (para. 43).

[70] Having regard to *BCIT* and *Quan*, I am of the opinion that in order to rise to the level of a miscarriage of justice for the purposes of s. 31(2)(a) of the *AA*, an alleged legal error must pertain to a material issue in the dispute which, if decided differently, would affect the result of the case.

[71] According to this standard, a determination of a point of law “may prevent a miscarriage of justice” only where the appeal itself has some possibility of succeeding. An appeal with no chance of success will not meet the threshold of “may prevent a miscarriage of justice” because there would be no chance that the outcome of the appeal would cause a change in the final result of the case.

[72] At the leave stage, it is not appropriate to consider the full merits of a case and make a final determination regarding whether an error of law was made. However, some preliminary consideration of the question of law is necessary to determine whether the appeal has the potential to succeed and thus to change the result in the case.

[73] *BCIT* sets the threshold for this preliminary assessment of the appeal as “more than an arguable point” (para. 30). With respect, once an arguable point has been made out, it is not apparent what more is required to meet the “more than an

arguable point” standard. Presumably, the leave judge would have to delve more deeply into the arguments around the question of law on appeal than would be appropriate at the leave stage to find *more* than an arguable point. Requiring this closer examination of the point of law, in my respectful view, blurs the line between the function of the court considering the leave application and the court hearing the appeal.

[74] In my opinion, the appropriate threshold for assessing the legal question at issue under s. 31(2) is whether it has arguable merit. The arguable merit standard is often used to assess, on a preliminary basis, the merits of an appeal at the leave stage (see for example *Quick Auto Lease Inc. v. Nordin*, 2014 MBCA 32, 303 Man. R. (2d) 262, at para. 5; and *R. v. Fedossenko*, 2013 ABCA 164 (CanLII), at para. 7). “Arguable merit” is a well-known phrase whose meaning has been expressed in a variety of ways: “a reasonable prospect of success” (*Quick Auto Lease*, at para. 5; and *Enns v. Hansey*, 2013 MBCA 23 (CanLII), at para. 2); “some hope of success” and “sufficient merit” (*R. v. Hubley*, 2009 PECA 21, 289 Nfld. & P.E.I.R. 174, at para. 11); and “credible argument” (*R. v. Will*, 2013 SKCA 4, 405 Sask. R. 270, at para. 8). In my view, the common thread among the various expressions used to describe arguable merit is that the issue raised by the applicant cannot be dismissed through a preliminary examination of the question of law. In order to decide whether the award should be set aside, a more thorough examination is necessary and that examination is appropriately conducted by the court hearing the appeal once leave is granted.

[75] Assessing whether the issue raised by an application for leave to appeal has arguable merit must be done in light of the standard of review on which the merits of the appeal will be judged. This requires a preliminary assessment of the applicable standard of review. As I will later explain, reasonableness will almost always apply to commercial arbitrations conducted pursuant to the AA, except in the rare circumstances where the question is one that would attract a correctness standard, such as a constitutional question or a question of law of central importance to the legal system as a whole and outside the adjudicator's expertise. Therefore, the leave inquiry will ordinarily ask whether there is any arguable merit to the position that the arbitrator's decision on the question at issue is unreasonable, keeping in mind that the decision-maker is not required to refer to all the arguments, provisions or jurisprudence or to make specific findings on each constituent element, for the decision to be reasonable (*Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708, at para. 16). Of course, the leave court's assessment of the standard of review is only preliminary and does not bind the court which considers the merits of the appeal. As such, this should not be taken as an invitation to engage in extensive arguments or analysis about the standard of review at the leave stage.

[76] In *BCIT*, Saunders J.A. considered the stage of s. 31(2)(a) of the AA at which an examination of the merits of the appeal should occur. At the behest of one of the parties, she considered examining the merits under the miscarriage of justice criterion. However, she decided that a consideration of the merits was best done at the

residual discretion stage. Her reasons indicate that this decision was motivated by the desire to take a consistent approach across s. 31(2)(a), (b) and (c):

Where, then, if anywhere, does consideration of the merits of the appeal belong? Mr. Roberts for the Student Association contends that any consideration of the merits of the appeal belongs in the determination of whether a miscarriage of justice may occur; that is, under the second criterion. I do not agree. In my view, the apparent merit or lack of merit of an appeal is part of the exercise of the residual discretion, and applies equally to all three subsections, (a) through (c). Just as an appeal woefully lacking in merit should not attract leave under (b) (of importance to a class of people including the applicant) or (c) (of general or public importance), so too it should not attract leave under (a). Consideration of the merits, for consistency in the section as a whole, should be made as part of the exercise of residual discretion. [para. 29]

[77] I acknowledge the consistency rationale. However, in my respectful opinion, the desire for a consistent approach to s. 31(2)(a), (b) and (c) cannot override the text of the legislation. Unlike s. 31(2)(b) and (c), s. 31(2)(a) requires an assessment to determine whether allowing leave to appeal “may prevent a miscarriage of justice”. It is my opinion that a preliminary assessment of the question of law is an implicit component in a determination of whether allowing leave “may prevent a miscarriage of justice”.

[78] However, in an application for leave to appeal pursuant to s. 31(2)(b) or (c), neither of which contain a miscarriage of justice requirement, I agree with Justice Saunders in *BCIT* that a preliminary examination of the merits of the question of law should be assessed at the residual discretion stage of the analysis as considering the

merits of the proposed appeal will always be relevant when deciding whether to grant leave to appeal under s. 31.

[79] In sum, in order to establish that “the intervention of the court and the determination of the point of law may prevent a miscarriage of justice” for the purposes of s. 31(2)(a) of the AA, an applicant must demonstrate that the point of law on appeal is material to the final result and has arguable merit.

(b) *Application to the Present Case*

[80] The CA Leave Court found that the arbitrator may have erred in law by not interpreting the Agreement as a whole, specifically in ignoring the “maximum amount” proviso. Accepting that this is a question of law for these purposes only, a determination of the question would be material because it could change the ultimate result arrived at by the arbitrator. The arbitrator awarded \$4.14 million in damages on the basis that there was an 85 percent chance the TSXV would approve a finder’s fee paid in \$0.15 shares. If Creston’s argument is correct and the \$0.15 share price is foreclosed by the “maximum amount” proviso, damages would be reduced to US\$1.5 million, a significant reduction from the arbitrator’s award of damages.

[81] As s. 31(2)(a) of the AA is the relevant provision in this case, a preliminary assessment of the question of law will be conducted in order to determine if a miscarriage of justice could have occurred had Creston been denied leave to appeal. Creston argues that the fact that the arbitrator’s conclusion results in Sattva

receiving shares valued at considerably more than the US\$1.5 million maximum dictated by the “maximum amount” proviso is evidence of the arbitrator’s failure to consider that proviso.

[82] However, the arbitrator did refer to s. 3.1, the “maximum amount” proviso, at two points in his decision: paras. 18 and 23(a). For example, at para. 23 he stated:

In summary, then, as of March 27, 2007 it was clear and beyond argument that under the Agreement:

- (a) Sattva was entitled to a fee equal to the maximum amount payable pursuant to the rules and policies of the TSX Venture Exchange – section 3.1. It is common ground that the quantum of this fee is US\$1,500,000.
- (b) The fee was payable in shares based on the Market Price, as defined in the Agreement, unless Sattva elected to take it in cash or a combination of cash and shares.
- (c) The Market Price, as defined in the Agreement, was \$0.15.
[Emphasis added.]

[83] Although the arbitrator provided no express indication that he considered how the “maximum amount” proviso interacted with the Market Price definition, such consideration is implicit in his decision. The only place in the contract that specifies that the amount of the fee is calculated as US\$1.5 million is the “maximum amount” proviso’s reference to s. 3.3 of the TSXV Policy 5.1. The arbitrator acknowledged that the quantum of the fee is US\$1.5 million and awarded Sattva US\$1.5 million in shares priced at \$0.15. Contrary to Creston’s argument that the arbitrator failed to

consider the proviso in construing the Agreement, it is apparent on a preliminary examination of the question that the arbitrator did in fact consider the “maximum amount” proviso.

[84] Accordingly, even had the CA Leave Court properly identified a question of law, leave to appeal should have been denied. The requirement that there be arguable merit that the arbitrator’s decision was unreasonable is not met and the miscarriage of justice threshold was not satisfied.

(5) Residual Discretion to Deny Leave

(a) *Considerations in Exercising Residual Discretion in a Section 31(2)(a) Leave Application*

[85] The B.C. courts have found that the words “may grant leave” in s. 31(2) of the AA confer on the court residual discretion to deny leave even where the requirements of s. 31(2) are met (*BCIT*, at paras. 9 and 26). In *BCIT*, Saunders J.A. sets out a non-exhaustive list of considerations that would be applicable to the exercise of discretion (para. 31):

1. “the apparent merits of the appeal”;
2. “the degree of significance of the issue to the parties, to third parties and to the community at large”;

3. “the circumstances surrounding the dispute and adjudication including the urgency of a final answer”;
4. “other temporal considerations including the opportunity for either party to address the result through other avenues”;
5. “the conduct of the parties”;
6. “the stage of the process at which the appealed decision was made”;
7. “respect for the forum of arbitration, chosen by the parties as their means of resolving disputes”; and
8. “recognition that arbitration is often intended to provide a speedy and final dispute mechanism, tailor-made for the issues which may face the parties to the arbitration agreement”.

[86] I agree with Justice Saunders that it is not appropriate to create what she refers to as an “immutable checklist” of factors to consider in exercising discretion under s. 31(2) (*BCIT*, at para. 32). However, I am unable to agree that all the listed considerations are applicable at this stage of the analysis.

[87] In exercising its statutorily conferred discretion to deny leave to appeal pursuant to s. 31(2)(a), a court should have regard to the traditional bases for refusing discretionary relief: the parties' conduct, the existence of alternative remedies, and any undue delay (*Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 S.C.R. 326, at pp. 364-67). Balance of convenience considerations are also involved in determining whether to deny discretionary relief (*MiningWatch Canada v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2010 SCC 2, [2010] 1 S.C.R. 6, at para. 52). This would include the urgent need for a final answer.

[88] With respect to the other listed considerations and addressed in turn below, it is my opinion that they have already been considered elsewhere in the s. 31(2)(a) analysis or are more appropriately considered elsewhere under s. 31(2). Once considered, these matters should not be assessed again under the court's residual discretion.

[89] As discussed above, in s. 31(2)(a), a preliminary assessment of the merits of the question of law at issue in the leave application is to be considered in determining the miscarriage of justice question. The degree of significance of the issue to the parties is covered by the "importance of the result of the arbitration to the parties" criterion in s. 31(2)(a). The degree of significance of the issue to third parties and to the community at large should not be considered under s. 31(2)(a) as the AA sets these out as separate grounds for granting leave to appeal under s. 31(2)(b) and (c). Furthermore, respect for the forum of arbitration chosen by the parties is a

consideration that animates the legislation itself and can be seen in the high threshold to obtain leave under s. 31(2)(a). Recognition that arbitration is often chosen as a means to obtain a fast and final resolution tailor-made for the issues is already reflected in the urgent need for a final answer.

[90] As for the stage of the process at which the decision sought to be appealed was made, it is not a consideration relevant to the exercise of the court's residual discretion to deny leave under s. 31(2)(a). This factor seeks to address the concern that granting leave to appeal an interlocutory decision may be premature and result in unnecessary fragmentation and delay of the legal process (D. J. M. Brown and J. M. Evans, with the assistance of C. E. Deacon, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf), at pp. 3-67 to 3-76). However, any such concern will have been previously addressed by the leave court in its analysis of whether a miscarriage of justice may arise; more specifically, whether the interlocutory issue has the potential to affect the final result. As such, the above-mentioned concerns should not be considered anew.

[91] In sum, a non-exhaustive list of discretionary factors to consider in a leave application under s. 31(2)(a) of the AA would include:

- conduct of the parties;
- existence of alternative remedies;
- undue delay; and

- the urgent need for a final answer.

[92] These considerations could, where applicable, be a sound basis for declining leave to appeal an arbitral award even where the statutory criteria of s. 31(2)(a) have been met. However, courts should exercise such discretion with caution. Having found an error of law and, at least with respect to s. 31(2)(a), a potential miscarriage of justice, these discretionary factors must be weighed carefully before an otherwise eligible appeal is rejected on discretionary grounds.

(b) *Application to the Present Case*

[93] The SC Leave Court judge denied leave on the basis that there was no question of law. Even had he found a question of law, the SC Leave Court judge stated that he would have exercised his residual discretion to deny leave for two reasons: first, because of Creston's conduct in misrepresenting the status of the finder's fee issue to the TSXV and Sattva; and second, "on the principle that one of the objectives of the [AA] is to foster and preserve the integrity of the arbitration system" (para. 41). The CA Leave Court overruled the SC Leave Court on both of these discretionary grounds.

[94] For the reasons discussed above, fostering and preserving the integrity of the arbitral system should not be a discrete discretionary consideration under s. 31(2)(a). While the scheme of s. 31(2) recognizes this objective, the exercise of

discretion must pertain to the facts and circumstances of a particular case. This general objective is not a discretionary matter for the purposes of denying leave.

[95] However, conduct of the parties is a valid consideration in the exercise of the court's residual discretion under s. 31(2)(a). A discretionary decision to deny leave is to be reviewed with deference by an appellate court. A discretionary decision should not be interfered with merely because an appellate court would have exercised the discretion differently (*R. v. Bellusci*, 2012 SCC 44, [2012] 2 S.C.R. 509, at paras. 18 and 30). An appellate court is only justified in interfering with a lower court judge's exercise of discretion if that judge misdirected himself or if his decision is so clearly wrong as to amount to an injustice (*R. v. Bjelland*, 2009 SCC 38, [2009] 2 S.C.R. 651, at para. 15; and *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297, at para. 117).

[96] Here, the SC Leave Court relied upon a well-accepted consideration in deciding to deny discretionary relief: the misconduct of Creston. The CA Leave Court overturned this decision on the grounds that Creston's conduct was "not directly relevant to the question of law" advanced on appeal (at para. 27).

[97] The CA Leave Court did not explain why misconduct need be directly relevant to a question of law for the purpose of denying leave. I see nothing in s. 31(2) of the AA that would limit a leave judge's exercise of discretion in the manner suggested by the CA Leave Court. My reading of the jurisprudence does not support

the view that misconduct must be directly relevant to the question to be decided by the court.

[98] In *Homex Realty and Development Co. v. Corporation of the Village of Wyoming*, [1980] 2 S.C.R. 1011, at pp. 1037-38, misconduct by a party not directly relevant to the question at issue before the court resulted in denial of a remedy. The litigation in *Homex* arose out of a disagreement regarding whether the purchaser of lots in a subdivision, Homex, had assumed the obligations of the vendor under a subdivision agreement to provide “all the requirements, financial and otherwise” for the installation of municipal services on a parcel of land that had been subdivided (pp. 1015-16). This Court determined that Homex had not been accorded procedural fairness when the municipality passed a by-law related to the dispute (p. 1032). Nevertheless, discretionary relief to quash the by-law was denied because, among other things, Homex had sought “throughout all these proceedings to avoid the burden associated with the subdivision of the lands” that it owned (p. 1037), even though the Court held that Homex knew this obligation was its responsibility (pp. 1017-19). This conduct was related to the dispute that gave rise to the litigation, but not to the question of whether the by-law was enacted in a procedurally fair manner. Accordingly, I read *Homex* as authority for the proposition that misconduct related to the dispute that gave rise to the proceedings may justify the exercise of discretion to refuse the relief sought, in this case refusing to grant leave to appeal.

[99] Here, the arbitrator found as a fact that Creston misled the TSXV and Sattva regarding “the nature of the obligation it had undertaken to Sattva by representing that the finder’s fee was payable in cash” (para. 56(k)). While this conduct is not tied to the question of law found by the CA Leave Court, it is tied to the arbitration proceeding convened to determine which share price should be used to pay Sattva’s finder’s fee. The SC Leave Court was entitled to rely upon such conduct as a basis for denying leave pursuant to its residual discretion.

[100] In the result, in my respectful opinion, even if the CA Leave Court had identified a question of law and the miscarriage of justice test had been met, it should have upheld the SC Leave Court’s denial of leave to appeal in deference to that court’s exercise of judicial discretion.

[101] Although the CA Leave Court erred in granting leave, these protracted proceedings have nonetheless now reached this Court. In light of the fact that the true concern between the parties is the merits of the appeal — that is how much the Agreement requires Creston to pay Sattva — and that the courts below differed significantly in their interpretation of the Agreement, it would be unsatisfactory not to address the very dispute that has given rise to these proceedings. I will therefore proceed to consider the three remaining questions on appeal as if leave to appeal had been properly granted.

C. Standard of Review Under the AA

[102] I now turn to consideration of the decisions of the appeal courts. It is first necessary to determine the standard of review of the arbitrator's decision in respect of the question on which the CA Leave Court granted leave: whether the arbitrator construed the finder's fee provision in light of the Agreement as a whole, particularly, whether the finder's fee provision was interpreted having regard for the "maximum amount" proviso.

[103] At the outset, it is important to note that the *Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, c. 45, which sets out standards of review of the decisions of many statutory tribunals in British Columbia (see ss. 58 and 59), does not apply in the case of arbitrations under the AA.

[104] Appellate review of commercial arbitration awards takes place under a tightly defined regime specifically tailored to the objectives of commercial arbitrations and is different from judicial review of a decision of a statutory tribunal. For example, for the most part, parties engage in arbitration by mutual choice, not by way of a statutory process. Additionally, unlike statutory tribunals, the parties to the arbitration select the number and identity of the arbitrators. These differences mean that the judicial review framework developed in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, and the cases that followed it is not entirely applicable to the commercial arbitration context. For example, the AA forbids review of an arbitrator's factual findings. In the context of commercial arbitration, such a provision is absolute. Under the *Dunsmuir* judicial review framework, a privative clause does

not prevent a court from reviewing a decision, it simply signals deference (*Dunsmuir*, at para. 31).

[105] Nevertheless, judicial review of administrative tribunal decisions and appeals of arbitration awards are analogous in some respects. Both involve a court reviewing the decision of a non-judicial decision-maker. Additionally, as expertise is a factor in judicial review, it is a factor in commercial arbitrations: where parties choose their own decision-maker, it may be presumed that such decision-makers are chosen either based on their expertise in the area which is the subject of dispute or are otherwise qualified in a manner that is acceptable to the parties. For these reasons, aspects of the *Dunsmuir* framework are helpful in determining the appropriate standard of review to apply in the case of commercial arbitration awards.

[106] *Dunsmuir* and the post-*Dunsmuir* jurisprudence confirm that it will often be possible to determine the standard of review by focusing on the nature of the question at issue (see for example *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at para. 44). In the context of commercial arbitration, where appeals are restricted to questions of law, the standard of review will be reasonableness unless the question is one that would attract the correctness standard, such as constitutional questions or questions of law of central importance to the legal system as a whole and outside the adjudicator's expertise (*Alberta Teachers' Association*, at para. 30). The question at issue here, whether the arbitrator interpreted the Agreement as a whole, does not fall into one of

those categories. The relevant portions of the *Dunsmuir* analysis point to a standard of review of reasonableness in this case.

D. *The Arbitrator Reasonably Construed the Agreement as a Whole*

[107] For largely the reasons outlined by Justice Armstrong in paras. 57-75 of the SC Appeal Court decision, in my respectful opinion, in determining that Sattva is entitled to be paid its finder's fee in shares priced at \$0.15 per share, the arbitrator reasonably construed the Agreement as a whole. Although Justice Armstrong conducted a correctness review of the arbitrator's decision, his reasons amply demonstrate the reasonableness of that decision. The following analysis is largely based upon his reasoning.

[108] The question that the arbitrator had to decide was which date should be used to determine the price of the shares used to pay the finder's fee: the date specified in the Market Price definition in the Agreement or the date the finder's fee was to be paid?

[109] The arbitrator concluded that the price determined by the Market Price definition prevailed, i.e. \$0.15 per share. In his view, this conclusion followed from the words of the Agreement and was "clear and beyond argument" (para. 23). Apparently, because he considered this issue clear, he did not offer extensive reasons in support of his conclusion.

[110] In *Newfoundland and Labrador Nurses' Union*, Abella J. cites Professor David Dyzenhaus to explain that, when conducting a reasonableness review, it is permissible for reviewing courts to supplement the reasons of the original decision-maker as part of the reasonableness analysis:

“Reasonable” means here that the reasons do in fact or in principle support the conclusion reached. That is, even if the reasons in fact given do not seem wholly adequate to support the decision, the court must first seek to supplement them before it seeks to subvert them. For if it is right that among the reasons for deference are the appointment of the tribunal and not the court as the front line adjudicator, the tribunal’s proximity to the dispute, its expertise, etc, then it is also the case that its decision should be presumed to be correct even if its reasons are in some respects defective. [Emphasis added by Abella J.; para. 12.]

(Quotation from D. Dyzenhaus, “The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy”, in M. Taggart, ed., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, at p. 304.)

Accordingly, Justice Armstrong’s explanation of the interaction between the Market Price definition and the “maximum amount” proviso can be considered a supplement to the arbitrator’s reasons.

[111] The two provisions at issue here are the Market Price definition and the “maximum amount” proviso:

2. DEFINITIONS

“**Market Price**” for companies listed on the TSX Venture Exchange shall have the meaning as set out in the Corporate Finance Manual of the TSX Venture Exchange as calculated on close of business day before the issuance of the press release announcing the Acquisition. For companies listed on the TSX, Market Price means the average closing price of the

Company's stock on a recognized exchange five trading days immediately preceding the issuance of the press release announcing the Acquisition.

And:

3. FINDER'S FEE

3.1 . . . the Company agrees that on the closing of an Acquisition introduced to Company by the Finder, the Company will pay the Finder a finder's fee (the "Finder's Fee") based on Consideration paid to the vendor equal to the maximum amount payable pursuant to the rules and policies of the TSX Venture Exchange. Such finder's fee is to be paid in shares of the Company based on Market Price or, at the option of the Finder, any combination of shares and cash, provided the amount does not exceed the maximum amount as set out in the Exchange Policy 5.1, Section 3.3 Finder's Fee Limitations. [Emphasis added.]

[112] Section 3.1 entitles Sattva to be paid a finder's fee in shares based on the "Market Price". Section 2 of the Agreement states that Market Price for companies listed on the TSXV should be "calculated on close of business day before the issuance of the press release announcing the Acquisition". In this case, shares priced on the basis of the Market Price definition would be \$0.15 per share. The words "provided the amount does not exceed the maximum amount as set out in the Exchange Policy 5.1, Section 3.3 Finder's Fee Limitations" in s. 3.1 of the Agreement constitute the "maximum amount" proviso. This proviso limits the amount of the finder's fee. The maximum finder's fee in this case is US\$1.5 million (see s. 3.3 of the TSXV Policy 5.1 in Appendix II).

[113] While the “maximum amount” proviso limits the amount of the finder’s fee, it does not affect the Market Price definition. As Justice Armstrong explained, the Market Price definition acts to fix the date at which one medium of payment (US\$) is transferred into another (shares):

The medium for payment of the finder’s fee is clearly established by the fee agreement. The market value of those shares at the time that the parties entered into the fee agreement was unknown. The respondent analogizes between payment of the \$1.5 million US finder’s fee in shares and a hypothetical agreement permitting payment of \$1.5 million US in Canadian dollars. Both agreements would contemplate a fee paid in different currencies. The exchange rate of the US and Canadian dollar would be fixed to a particulate date, as is the value of the shares by way of the Market Price in the fee agreement. That exchange rate would determine the number of Canadian dollars paid in order to satisfy the \$1.5 million US fee, as the Market Price does for the number of shares paid in relation to the fee. The Canadian dollar is the form of the fee payment, as are the shares. Whether the Canadian dollar increased or decreased in value after the date on which the exchange rate is based is irrelevant. The amount of the fee paid remains \$1.5 million US, payable in the number of Canadian dollars (or shares) equal to the amount of the fee based on the value of that currency on the date that the value is determined.

(SC Appeal Court decision, at para. 71)

[114] Justice Armstrong explained that Creston’s position requires the Market Price definition to be ignored and for the shares to be priced based on the valuation done in anticipation of a private placement.

[115] However, nothing in the Agreement expresses or implies that compliance with the “maximum amount” proviso should be reassessed at a date closer to the payment of the finder’s fee. Nor is the basis for the new valuation, in this case a private placement, mentioned or implied in the Agreement. To accept Creston’s

interpretation would be to ignore the words of the Agreement which provide that the “finder’s fee is to be paid in shares of the Company based on Market Price”.

[116] The arbitrator’s decision that the shares should be priced according to the Market Price definition gives effect to both the Market Price definition and the “maximum amount” proviso. The arbitrator’s interpretation of the Agreement, as explained by Justice Armstrong, achieves this goal by reconciling the Market Price definition and the “maximum amount” proviso in a manner that cannot be said to be unreasonable.

[117] As Justice Armstrong explained, setting the share price in advance creates a risk that makes selecting payment in shares qualitatively different from choosing payment in cash. There is an inherent risk in accepting a fee paid in shares that is not present when accepting a fee paid in cash. A fee paid in cash has a specific predetermined value. By contrast, when a fee is paid in shares, the price of the shares (or mechanism to determine the price of the shares) is set in advance. However, the price of those shares on the market will change over time. The recipient of a fee paid in shares hopes the share price will rise resulting in shares with a market value greater than the value of the shares at the predetermined price. However, if the share price falls, the recipient will receive shares worth less than the value of the shares at the predetermined price. This risk is well known to those operating in the business sphere and both Creston and Sattva would have been aware of this as sophisticated business parties.

[118] By accepting payment in shares, Sattva was accepting that it was subject to the volatility of the market. If Creston's share price had fallen, Sattva would still have been bound by the share price determined according to the Market Price definition resulting in it receiving a fee paid in shares with a market value of less than the maximum amount of US\$1.5 million. It would make little sense to accept the risk of the share price decreasing without the possibility of benefitting from the share price increasing. As Justice Armstrong stated:

It would be inconsistent with sound commercial principles to insulate the appellant from a rise in share prices that benefitted the respondent at the date that the fee became payable, when such a rise was foreseeable and ought to have been addressed by the appellant, just as it would be inconsistent with sound commercial principles, and the terms of the fee agreement, to increase the number of shares allocated to the respondent had their value decreased relative to the Market Price by the date that the fee became payable. Both parties accepted the possibility of a change in the value of the shares after the Market Price was determined when entering into the fee agreement.

(SC Appeal Court decision, at para. 70)

[119] For these reasons, the arbitrator did not ignore the "maximum amount" proviso. The arbitrator's reasoning, as explained by Justice Armstrong, meets the reasonableness threshold of justifiability, transparency and intelligibility (*Dunsmuir*, at para. 47).

E. *Appeal Courts Are Not Bound by Comments on the Merits of the Appeal Made by Leave Courts*

[120] The CA Appeal Court held that it and the SC Appeal Court were bound by the findings made by the CA Leave Court regarding not simply the decision to grant leave to appeal, but also the merits of the appeal. In other words, it found that the SC Appeal Court erred in law by ignoring the findings of the CA Leave Court regarding the merits of the appeal.

[121] The CA Appeal Court noted two specific findings regarding the merits of the appeal that it held were binding on it and the SC Appeal Court: (1) it would be anomalous if the Agreement allowed Sattva to receive US\$1.5 million if it received its fee in cash, but allowed it to receive shares valued at approximately \$8 million if Sattva received its fee in shares; and (2) that the arbitrator ignored this anomaly and did not address s. 3.1 of the Agreement:

The [SC Appeal Court] judge found the arbitrator had expressly addressed the maximum amount payable under paragraph 3.1 of the Agreement and that he was correct.

This finding is contrary to the remarks of Madam Justice Newbury in the earlier appeal that, if Sattva took its fee in shares valued at \$0.15, it would receive a fee having a value at the time the fee became payable of over \$8 million. If the fee were taken in cash, the amount payable would be \$1.5 million US. Newbury J.A. specifically held that the arbitrator did not note this anomaly and did not address the meaning of paragraph 3.1 of the Agreement.

The [SC Appeal Court] judge was bound to accept those findings. Similarly, absent a five-judge division in this appeal, we must also accept those findings. [paras. 42-44]

[122] With respect, the CA Appeal Court erred in holding that the CA Leave Court's comments on the merits of the appeal were binding on it and on the SC Appeal Court. A court considering whether leave should be granted is not adjudicating the merits of the case (*Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3, at para. 88). A leave court decides only whether the matter warrants granting leave, not whether the appeal will be successful (*Pacifica Mortgage Investment Corp. v. Laus Holdings Ltd.*, 2013 BCCA 95, 333 B.C.A.C. 310, at para. 27, leave to appeal refused, [2013] 3 S.C.R. viii). This is true even where the determination of whether to grant leave involves, as in this case, a preliminary consideration of the question of law at issue. A grant of leave cannot bind or limit the powers of the court hearing the actual appeal (*Tamil Co-operative Homes Inc. v. Arulappah* (2000), 49 O.R. (3d) 566 (C.A.), at para. 32).

[123] Creston concedes this point but argues that the CA Appeal Court's finding that it was bound by the CA Leave Court was inconsequential because the CA Appeal Court came to the same conclusion on the merits as the CA Leave Court based on separate and independent reasoning.

[124] The fact that the CA Appeal Court provided its own reasoning as to why it came to the same conclusion as the CA Leave Court does not vitiate the error. Once the CA Appeal Court treated the CA Leave Court's reasons on the merits as binding, it could hardly have come to any other decision. As counsel for Sattva pointed out, treating the leave decision as binding would render an appeal futile.

VI. Conclusion

[125] The CA Leave Court erred in granting leave to appeal in this case. In any event, the arbitrator's decision was reasonable. The appeal from the judgments of the Court of Appeal for British Columbia dated May 14, 2010 and August 7, 2012 is allowed with costs throughout and the arbitrator's award is reinstated.

APPENDIX I

Relevant Provisions of the Sattva-Creston Finder's Fee Agreement

(a) "Market Price" definition:

2. DEFINITIONS

"Market Price" for companies listed on the TSX Venture Exchange shall have the meaning as set out in the Corporate Finance Manual of the TSX Venture Exchange as calculated on close of business day before the issuance of the press release announcing the Acquisition. For companies listed on the TSX, Market Price means the average closing price of the Company's stock on a recognized exchange five trading days immediately preceding the issuance of the press release announcing the Acquisition.

(b) Finder's fee provision (which contains the "maximum amount" proviso):

3. FINDER'S FEE

3.1 . . . the Company agrees that on the closing of an Acquisition introduced to Company by the Finder, the Company will pay the Finder a finder's fee (the "Finder's Fee") based on Consideration paid to the vendor equal to the maximum amount payable pursuant to the rules and policies of the TSX Venture Exchange. Such finder's fee is to be paid in shares of the Company based on Market Price or, at the option of the Finder, any combination of shares and cash, provided the amount does

not exceed the maximum amount as set out in the Exchange Policy 5.1,
Section 3.3 Finder's Fee Limitations.

APPENDIX II

Section 3.3 of TSX Venture Exchange Policy 5.1: Loans, Bonuses, Finder's Fees and Commissions

3.3 Finder's Fee Limitations

The finder's fee limitations apply if the benefit to the Issuer is an asset purchase or sale, joint venture agreement, or if the benefit to the Issuer is not a specific financing. The consideration should be stated both in dollars and as a percentage of the value of the benefit received. Unless there are unusual circumstances, the finder's fee should not exceed the following percentages:

Benefit	Finder's Fee
On the first \$300,000	Up to 10%
From \$300,000 to \$1,000,000	Up to 7.5%
From \$1,000,000 and over	Up to 5%

As the dollar value of the benefit increases, the fee or commission, as a percentage of that dollar value should generally decrease.

APPENDIX III

Commercial Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55 (as it read on January 12, 2007)
(now the Arbitration Act)

Appeal to the court

- 31** (1) A party to an arbitration may appeal to the court on any question of law arising out of the award if
- (a) all of the parties to the arbitration consent, or
 - (b) the court grants leave to appeal.
- (2) In an application for leave under subsection (1) (b), the court may grant leave if it determines that
- (a) the importance of the result of the arbitration to the parties justifies the intervention of the court and the determination of the point of law may prevent a miscarriage of justice,
 - (b) the point of law is of importance to some class or body of persons of which the applicant is a member, or
 - (c) the point of law is of general or public importance.
- (3) If the court grants leave to appeal under this section, it may attach conditions to the order granting leave that it considers just.
- (4) On an appeal to the court, the court may
- (a) confirm, amend or set aside the award, or
 - (b) remit the award to the arbitrator together with the court's opinion on the question of law that was the subject of the appeal.

Appeal allowed with costs throughout.

Solicitors for the appellant: McCarthy Tétrault, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Miller Thomson, Vancouver.

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

Solicitors for the intervener the BCICAC Foundation: Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.





COUR SUPRÊME DU CANADA

RÉFÉRENCE : Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp., 2014
CSC 53

DATE : 20140801
DOSSIER : 35026

ENTRE :

Sattva Capital Corporation (anciennement Sattva Capital Inc.)

Appelante

et

Creston Moly Corporation (anciennement Georgia Ventures Inc.)

Intimée

- et -

Procureur général de la Colombie-Britannique et BCICAC Foundation

Intervenants

TRADUCTION FRANÇAISE OFFICIELLE

CORAM : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Abella, Rothstein, Moldaver,
Karakatsanis et Wagner

MOTIFS DE JUGEMENT :
(par. 1 à 125)

Le juge Rothstein (avec l'accord de la juge en chef
McLachlin et des juges LeBel, Abella, Moldaver,
Karakatsanis et Wagner)

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

SATTVA CAPITAL CORP. c. CRESTON MOLY CORP.

Sattva Capital Corporation (anciennement Sattva Capital Inc.) *Appelante*

c.

Creston Moly Corporation (anciennement Georgia Ventures Inc.) *Intimée*

et

**Procureur général de la Colombie-Britannique et
BCICAC Foundation** *Intervenants*

Répertorié : Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.

2014 CSC 53

N° du greffe : 35026.

2013 : 12 décembre; 2014 : 1^{er} août.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis et Wagner.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Arbitrage — Appels — Sentences arbitrales commerciales — Conclusion d'une entente entre les parties prévoyant le versement en actions des honoraires d'intermédiation — Désaccord des parties sur la date applicable à l'évaluation du cours de l'action aux fins du versement des honoraires d'intermédiation et recours à l'arbitrage — Autorisation d'appel de la sentence arbitrale demandée en application du par. 31(2) de l'Arbitration Act — Rejet initial de la demande d'autorisation d'appel, qui est accueillie à l'issue d'un appel devant la cour d'appel — Rejet de l'appel interjeté de la sentence infirmé par la cour d'appel — La cour d'appel a-t-elle accordé à tort l'autorisation d'appel? — Quelle est la norme de contrôle applicable aux sentences arbitrales commerciales rendues sous le régime de l'Arbitration Act? — Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, ch. 55, art. 31(2).

Contrats — Interprétation — Conclusion d'une entente entre les parties prévoyant le versement en actions des honoraires d'intermédiation — Désaccord des parties sur la date applicable à l'évaluation du cours de l'action aux fins du versement des honoraires d'intermédiation et recours à l'arbitrage — L'arbitre a-t-il donné une interprétation raisonnable de l'entente dans son ensemble? — L'interprétation contractuelle constitue-t-elle une question de droit ou une question mixte de fait et de droit?

S et C ont conclu une entente selon laquelle C devait payer à S des honoraires d'intermédiation relativement à l'acquisition d'une propriété minière de molybdène par C. Les parties reconnaissaient qu'en vertu de l'entente, S a droit à des

honoraires d'intermédiation de 1,5 million \$US, versés en actions de C. Cependant, elles ne s'entendaient pas sur la date qui devrait être retenue pour évaluer le cours de l'action et, par conséquent, sur le nombre d'actions que S doit recevoir. S prétendait que la valeur de l'action était dictée par la date établie dans la définition du cours prévue dans l'entente et, par conséquent, qu'elle devait recevoir environ 11 460 000 actions, à raison de 0,15 \$ l'unité. C prétendait que la stipulation relative au « plafond », qui figure dans l'entente, empêchait S de recevoir des actions d'une valeur supérieure à 1,5 million \$US à la date du versement des honoraires et donc que S devait obtenir environ 2 454 000 actions, à raison de 0,70 \$ l'unité. Les parties ont soumis le différend à l'arbitrage conformément à l'*Arbitration Act* de la Colombie-Britannique et l'arbitre a statué en faveur de S. C a demandé l'autorisation d'interjeter appel de la sentence arbitrale en vertu du par. 31(2) de l'*Arbitration Act*. La demande a été rejetée au motif que la question soulevée n'était pas une question de droit. La cour d'appel a infirmé la décision et accueilli la demande, présentée par C, en autorisation d'interjeter appel, jugeant que l'omission par l'arbitre d'examiner la signification de la stipulation de l'entente relative au « plafond » soulevait une question de droit. Le juge de la cour supérieure saisi de l'appel a rejeté l'appel de C et conclu que l'interprétation de l'entente par l'arbitre était correcte. La cour d'appel a accueilli l'appel de C, concluant que l'interprétation de l'arbitre menait à un résultat absurde. S interjette appel des décisions de la cour d'appel ayant accordé l'autorisation d'appel et ayant accueilli l'appel.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et la sentence arbitrale est rétablie.

L'appel d'une sentence arbitrale commerciale est étroitement circonscrit par l'*Arbitration Act*. Aux termes du par. 31(1), il ne peut être interjeté appel que sur une question de droit, et l'autorisation d'appel est requise lorsque les parties ne consentent pas à l'appel. L'alinéa 31(2)(a) énonce les critères d'autorisation sur lesquels porte le présent litige, à savoir que le tribunal peut accorder l'autorisation s'il estime que, selon le cas, l'issue est importante pour les parties et que le règlement de la question de droit peut permettre d'éviter une erreur judiciaire.

En l'espèce, la cour d'appel a assimilé à tort l'interprétation de l'entente relative aux honoraires d'intermédiation à une question de droit. Un tel exercice soulève une question mixte de fait et de droit, et la cour d'appel a donc commis une erreur en accueillant la demande d'autorisation d'appel.

Il faut rompre avec l'approche historique, selon laquelle la détermination des droits et obligations juridiques des parties à un contrat écrit ressortit à une question de droit. L'interprétation contractuelle soulève des questions mixtes de fait et de droit, car il s'agit d'en appliquer les principes aux termes figurant dans le contrat écrit, à la lumière du fondement factuel de ce dernier.

Il peut se révéler possible de dégager une pure question de droit de ce qui paraît au départ constituer une question mixte de fait et de droit, mais le rapport étroit qui existe entre, d'une part, le choix et l'application des principes d'interprétation contractuelle et, d'autre part, l'interprétation que recevra l'instrument juridique en dernière analyse fait en sorte que rares seront les circonstances dans lesquelles il sera

possible d'isoler une question de droit au cours de l'exercice d'interprétation. Le but de l'interprétation contractuelle — déterminer l'intention objective des parties — est, de par sa nature même, axé sur les faits. Par conséquent, le tribunal doit faire preuve de prudence avant d'isoler une question de droit dans un litige portant sur l'interprétation contractuelle. L'interprétation contractuelle peut occasionner des erreurs de droit, notamment appliquer le mauvais principe ou négliger un élément essentiel d'un critère juridique ou un facteur pertinent. Conclure que la demande d'autorisation d'appel présentée par C ne soulevait aucune question de droit suffit à trancher le présent pourvoi, toutefois, la Cour juge salubre de poursuivre l'analyse.

Pour que l'erreur de droit reprochée soit une erreur judiciaire pour l'application de l'al. 31(2)(a), elle doit se rapporter à une question importante en litige qui, si elle était tranchée différemment, aurait une incidence sur le résultat. Suivant cette norme, le règlement d'un point de droit « peut permettre d'éviter une erreur judiciaire » seulement lorsqu'il existe une certaine possibilité que l'appel soit accueilli. Un appel qui est voué à l'échec ne saurait « permettre d'éviter une erreur judiciaire » puisque les possibilités que l'issue d'un tel appel joue sur le résultat final du litige sont nulles.

Ce n'est pas à l'étape de l'autorisation qu'il convient d'examiner exhaustivement le fond du litige et de se prononcer définitivement sur l'absence ou l'existence d'une erreur de droit. Cependant, le tribunal saisi de la demande d'autorisation doit procéder à un examen préliminaire de la question de droit pour

déterminer si l'appel a une chance d'être accueilli et, par conséquent, de modifier l'issue du litige. Ce qu'il faut démontrer, pour l'application du par. 31(2), c'est que la question de droit invoquée a un fondement défendable, à savoir que l'argument soulevé par le demandeur ne peut être rejeté à l'issue d'un examen préliminaire de la question de droit.

L'examen visant à décider si la question soulevée dans la demande d'autorisation d'appel a un fondement défendable doit se faire à la lumière de la norme de contrôle applicable à l'analyse du bien-fondé de l'appel. Il faut donc procéder à un examen préliminaire ayant pour objet cette norme. Le tribunal saisi de la demande d'autorisation ne procède qu'à un examen préliminaire à l'égard de la norme de contrôle, qui ne lie pas celui qui se penchera sur le bien-fondé de l'appel.

Les termes « peut accorder l'autorisation » figurant au par. 31(2) de l'*Arbitration Act* confèrent au tribunal un pouvoir discrétionnaire résiduel qui lui permet de refuser l'autorisation même quand les critères prévus par la disposition sont respectés. Les facteurs à prendre en considération dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire à l'égard d'une demande d'autorisation présentée en vertu de l'al. 31(2)(a) comprennent : la conduite des parties; l'existence d'autres recours; un retard indu et le besoin urgent d'obtenir un règlement définitif. Ces facteurs pourraient justifier le rejet de la demande sollicitant l'autorisation d'interjeter appel d'une sentence arbitrale même dans le cas où il est satisfait aux critères légaux.

Cependant, les tribunaux devraient faire preuve de prudence dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire.

L'examen en appel des sentences arbitrales commerciales diffère du contrôle judiciaire d'une décision rendue par un tribunal administratif, de sorte que le cadre relatif à la norme de contrôle judiciaire établi dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, et les arrêts rendus depuis, ne peut être tout à fait transposé dans le contexte de l'arbitrage commercial. Il demeure que le contrôle judiciaire d'une décision rendue par un tribunal administratif et l'appel d'une sentence arbitrale se ressemblent dans une certaine mesure. Par conséquent, certains éléments du cadre établi dans l'arrêt *Dunsmuir* aident à déterminer le degré de déférence qu'il convient d'accorder aux sentences arbitrales commerciales.

En matière d'arbitrage commercial, la possibilité d'interjeter appel étant subordonnée à l'existence d'une question de droit, la norme de contrôle est celle de la décision raisonnable, à moins que la question n'appartienne à celles qui entraînent l'application de la norme de la décision correcte, comme les questions constitutionnelles ou les questions de droit qui revêtent une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et qui sont étrangères au domaine d'expertise du décideur. La question dont nous sommes saisis n'appartient pas à l'une ou l'autre de ces catégories; la norme de la décision raisonnable s'applique donc à la présente affaire.

En l'espèce, l'arbitre a donné une interprétation raisonnable de l'entente considérée dans son ensemble en déterminant que S était en droit de recevoir ses honoraires d'intermédiation en actions, à raison de 0,15 \$ l'action. La sentence arbitrale, selon laquelle l'action devrait être évaluée en fonction de la définition du cours, donne effet à cette dernière et à la stipulation relative au « plafond » en les conciliant d'une manière qui ne peut être considérée comme déraisonnable. Le raisonnement de l'arbitre satisfait à la norme du caractère raisonnable dont les attributs sont la justification, la transparence et l'intelligibilité.

Le tribunal chargé de statuer sur une demande d'autorisation ne tranche pas l'affaire sur le fond. Il détermine uniquement s'il est justifié d'accorder l'autorisation, et non si l'appel sera accueilli, même lorsque l'étude de la demande d'autorisation appelle un examen préliminaire de la question de droit en cause. C'est pourquoi les remarques sur le bien-fondé de l'affaire formulées par le tribunal saisi de la demande d'autorisation ne sauraient lier le tribunal chargé de statuer sur l'appel ni restreindre ses pouvoirs.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *British Columbia Institute of Technology (Student Assn.) c. British Columbia Institute of Technology*, 2000 BCCA 496, 192 D.L.R. (4th) 122; *King c. Operating Engineers Training Institute of Manitoba Inc.*, 2011 MBCA 80, 270 Man. R. (2d) 63; *Thorner c. Major*, [2009] UKHL 18, [2009] 3 All E.R. 945; *Prenn c. Simmonds*, [1971] 3 All E.R. 237; *Reardon Smith Line Ltd. c.*

Hansen-Tangen, [1976] 3 All E.R. 570; *Jiro Enterprises Ltd. c. Spencer*, 2008 ABCA 87 (CanLII); *QK Investments Inc. c. Crocus Investment Fund*, 2008 MBCA 21, 290 D.L.R. (4th) 84; *Dow Chemical Canada Inc. c. Shell Chemicals Canada Ltd.*, 2010 ABCA 126, 25 Alta. L.R. (5th) 221; *Canada c. Costco Wholesale Canada Ltd.*, 2012 CAF 160 (CanLII); *WCI Waste Conversion Inc. c. ADI International Inc.*, 2011 PECA 14, 309 Nfld. & P.E.I.R. 1; *269893 Alberta Ltd. c. Otter Bay Developments Ltd.*, 2009 BCCA 37, 266 B.C.A.C. 98; *Hayes Forest Services Ltd. c. Weyerhaeuser Co.*, 2008 BCCA 31, 289 D.L.R. (4th) 230; *Bell Canada c. The Plan Group*, 2009 ONCA 548, 96 O.R. (3d) 81; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Jesuit Fathers of Upper Canada c. Cie d'assurance Guardian du Canada*, 2006 CSC 21, [2006] 1 R.C.S. 744; *Tercon Contractors Ltd. c. Colombie-Britannique (Transports et Voirie)*, 2010 CSC 4, [2010] 1 R.C.S. 69; *Moore Realty Inc. c. Manitoba Motor League*, 2003 MBCA 71, 173 Man. R. (2d) 300; *Investors Compensation Scheme Ltd. c. West Bromwich Building Society*, [1998] 1 All E.R. 98; *Glaswegian Enterprises Inc. c. B.C. Tel Mobility Cellular Inc.* (1997), 101 B.C.A.C. 62; *Eli Lilly & Co. c. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 R.C.S. 129; *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316; *Gutierrez c. Tropic International Ltd.* (2002), 63 O.R. (3d) 63; *Domtar Inc. c. Belkin Inc.* (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 257; *Quan c. Cusson*, 2009 CSC 62, [2009] 3 R.C.S. 712; *Quick Auto Lease Inc. c. Nordin*, 2014 MBCA 32, 303 Man. R. (2d) 262; *R. c. Fedossenko*, 2013 ABCA 164 (CanLII); *Enns c. Hansey*, 2013 MBCA 23 (CanLII); *R. c. Hubley*, 2009 PECA 21, 289 Nfld. &

P.E.I.R. 174; *R. c. Will*, 2013 SKCA 4, 405 Sask. R. 270; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708; *Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 R.C.S. 326; *Mines Alerte Canada c. Canada (Pêches et Océans)*, 2010 CSC 2, [2010] 1 R.C.S. 6; *R. c. Bellusci*, 2012 CSC 44, [2012] 2 R.C.S. 509; *R. c. Bjelland*, 2009 CSC 38, [2009] 2 R.C.S. 651; *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297; *Homex Realty and Development Co. c. Corporation of the Village of Wyoming*, [1980] 2 R.C.S. 1011; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Pacifica Mortgage Investment Corp. c. Laus Holdings Ltd.*, 2013 BCCA 95, 333 B.C.A.C. 310, autorisation d'appel refusée, [2013] 3 R.C.S. viii; *Tamil Co-operative Homes Inc. c. Arulappah (2000)*, 49 O.R. (3d) 566.

Lois et règlements cités

Administrative Tribunals Act, S.B.C. 2004, ch. 45, art. 58, 59.

Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, ch. 55 [auparavant *Commercial Arbitration Act*], art. 31.

Code civil du Québec.

Doctrine et autres documents cités

Brown, Donald J. M., and John M. Evans, with the assistance of Christine E. Deacon. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto : Canvasback, 1998 (loose-leaf updated May 2014).

Dyzenhaus, David. « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy », in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*. Oxford : Hart, 1997, 279.

Hall, Geoff R. *Canadian Contractual Interpretation Law*, 2nd ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2012.

Lewis, Kim. *The Interpretation of Contracts*, 5th ed. London : Sweet & Maxwell, 2011 & Supp. 2013.

McCamus, John D. *The Law of Contracts*, 2nd ed. Toronto : Irwin Law, 2012.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Newbury, Low et Levine), 2010 BCCA 239, 7 B.C.L.R. (5th) 227, 319 D.L.R. (4th) 219, [2010] B.C.J. No. 891 (QL), 2010 CarswellBC 1210, qui a infirmé une décision du juge Greyell, 2009 BCSC 1079, [2009] B.C.J. No. 1597 (QL), 2009 CarswellBC 2096, et contre un arrêt subséquent de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Kirkpatrick, Neilson et Bennett), 2012 BCCA 329, 36 B.C.L.R. (5th) 71, 326 B.C.A.C. 114, 554 W.A.C. 114, 2 B.L.R. (5th) 1, [2012] B.C.J. No. 1631 (QL), 2012 CarswellBC 2327, qui a infirmé une décision du juge Armstrong, 2011 BCSC 597, 84 B.L.R. (4th) 102, [2011] B.C.J. No. 861 (QL), 2011 CarswellBC 1124. Pourvoi accueilli.

Michael A. Feder et Tammy Shoranick, pour l'appelante.

Darrell W. Roberts, c.r., et David Mitchell, pour l'intimée.

Jonathan Eades et *Micah Weintraub*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

David Wotherspoon et *Gavin R. Cameron*, pour l'intervenante BCICAC Foundation.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ROTHSTEIN —

TABLE OF CONTENTS

- I. Faits
- II. Sentence arbitrale
- III. Historique judiciaire
 - A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique — décision sur la demande d'autorisation d'appel, 2009 BCSC 1079*
 - B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique — décision sur la demande d'autorisation d'appel, 2010 BCCA 239*
 - C. *Cour suprême de la Colombie-Britannique — décision sur l'appel, 2011 BCSC 597*
 - D. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique – décision sur l'appel, 2012 BCCA 329*
- IV. Questions en litige
- V. Analyse
 - A. *Notre Cour est saisie à bon droit de la question de l'autorisation*
 - B. *La cour d'appel a commis une erreur en autorisant l'appel en vertu du par. 31(2) de l'AA*
 - (1) Facteurs qui entrent en ligne de compte dans l'analyse de la demande

d'autorisation d'appel présentée au titre de l'AA

- (2) L'issue est importante pour les parties
 - (3) La question soulevée n'est pas une question de droit
 - (a) *Dans quelles circonstances l'interprétation contractuelle est-elle une question de droit?*
 - (b) *Le rôle et la nature des « circonstances »*
 - (c) *Tenir compte des circonstances n'est pas contraire à la règle d'exclusion de la preuve extrinsèque*
 - (d) *Application au présent pourvoi*
 - (4) Le règlement de la question de droit peut permettre d'éviter une erreur judiciaire
 - (a) *L'erreur judiciaire pour l'application de l'alinéa 31(2)(a) de l'AA*
 - (b) *Application au présent pourvoi*
 - (5) Le pouvoir discrétionnaire résiduel qui habilite à refuser l'autorisation
 - (a) *Éléments à examiner dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire résiduel à l'égard d'une demande d'autorisation présentée en vertu de l'alinéa 31(2)(a)*
 - (b) *Application au présent pourvoi*
- C. *Norme de contrôle applicable aux affaires régies par l'AA*
- D. *L'arbitre a donné une interprétation raisonnable de l'entente considérée dans son ensemble*
- E. *La formation saisie de l'appel n'est pas liée par les observations formulées par la formation saisie de la demande d'autorisation sur le bien-fondé de l'appel*

VI. Conclusion

ANNEXE I

Dispositions pertinentes de l'entente relative aux honoraires d'intermédiation conclue entre Sattva et Creston

ANNEXE II

Point 3.3 de la politique 5.1 de la Bourse de croissance TSX : Emprunts, primes, honoraires d'intermédiation et commissions

ANNEXE III

Commercial Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, ch. 55, (dans sa version du 12 janvier 2007) (maintenant l'*Arbitration Act*)

[1] Dans quelles circonstances l'interprétation contractuelle est-elle une question mixte de fait et de droit et dans quelles circonstances est-elle une question de droit? Comment établir l'équilibre entre le caractère révisable et l'irrévocabilité des sentences arbitrales commerciales prononcées sous le régime de la *Commercial Arbitration Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 55 (maintenant l'*Arbitration Act*, ci-après l'«AA »)? Les conclusions relatives au bien-fondé de l'appel tirées par le tribunal qui autorise l'appel peuvent-elles lier celui qui est appelé à trancher l'appel? Voilà trois questions qui sont soulevées dans le présent pourvoi.

I. Faits

[2] Les questions soulevées dans le présent pourvoi découlent de l'obligation de Creston Moly Corporation (anciennement Georgia Ventures Inc.) de payer des honoraires d'intermédiation à Sattva Capital Corporation (anciennement Sattva Capital Inc.). Les parties reconnaissent que Sattva a droit à des honoraires d'intermédiation de 1,5 million \$US, qui peuvent lui être versés en argent, en actions de Creston, ou en argent et en actions. Elles ne s'entendent pas sur la date qui devrait être retenue pour évaluer le cours de l'action et, par conséquent, sur le nombre d'actions que Sattva recevra.

[3] M. Hai Van Le, un directeur de Sattva, a fait part à Creston de la possibilité d'acquérir une propriété minière de molybdène au Mexique. Le 12 janvier 2007, les parties ont conclu une entente (l'«entente »), selon laquelle Creston devait payer à Sattva des honoraires d'intermédiation relativement à

l'acquisition de cette propriété. Les dispositions pertinentes de l'entente sont énoncées à l'annexe I.

[4] Le 30 janvier 2007, Creston a conclu une convention d'achat de la propriété, le prix étant fixé à 30 millions \$US. Le 31 janvier 2007, Creston a demandé que la négociation de ses actions à la Bourse de croissance TSX (la « Bourse ») soit suspendue afin d'empêcher la spéculation le temps d'achever le contrôle diligent préalable à l'achat. Le 26 mars 2007, Creston a annoncé qu'elle avait l'intention de conclure l'achat, et la négociation à la bourse a repris le lendemain.

[5] Aux termes de l'entente, Sattva doit recevoir des honoraires d'intermédiation correspondant au plafond autorisé par le point 3.3 de la Politique 5.1 qui se trouve dans le Guide du financement des sociétés de la Bourse. Le point 3.3 est incorporé par renvoi à l'entente, à l'art. 3.1, et il est reproduit à l'annexe II des présents motifs. Dans le cas qui nous occupe, le plafond autorisé au point 3.3 de la Politique 5.1 est de 1,5 million \$US.

[6] Aux termes de l'entente, à moins d'indication contraire, les honoraires sont payés sous forme d'actions de Creston. Ils ne seraient versés en argent ou en argent et en actions que si Sattva avait indiqué avoir fait tel choix, ce qu'elle n'a pas fait. Ses honoraires devaient donc lui être versés sous forme d'actions au plus tard cinq jours ouvrables après la conclusion de l'achat de la propriété minière de molybdène.

[7] Le différend qui oppose les parties porte sur la date à retenir pour fixer le cours de l'action de Creston et, par conséquent, le nombre d'actions auquel Sattva a droit. Cette dernière prétend que la valeur de l'action est dictée par la définition du « cours », à l'article 2 de l'entente, c.-à-d. la valeur de l'action [TRADUCTION] « le dernier jour ouvrable avant la publication du communiqué de presse annonçant l'acquisition ». Le communiqué de presse a été publié le 26 mars 2007. Avant la suspension de la négociation des actions le 31 janvier 2007, le dernier cours de clôture de l'action de Creston s'établissait à 0,15 \$. Suivant cette interprétation, Sattva recevrait environ 11 460 000 actions (selon le calcul effectué en fonction des honoraires d'intermédiation de 1,5 million \$US).

[8] Creston prétend que la stipulation relative au « plafond », qui figure dans l'entente, a pour effet de limiter à 1,5 million \$US la somme d'argent ou la valeur des actions que peut recevoir Sattva à la date de versement des honoraires. Les actions devaient être cédées au plus tard cinq jours après le 17 mai 2007, date de conclusion de l'achat. À ce moment-là, l'action de Creston valait 0,70 \$, selon les calculs effectués par une société bancaire d'investissement en vue d'un placement privé par voie de prise ferme le 17 avril 2007. Suivant cette interprétation, Sattva recevrait environ 2 454 000 actions, soit environ 9 millions d'actions de moins que si chacune valait 0,15 \$.

[9] Les parties ont soumis le différend à l'arbitrage conformément à l'AA. L'arbitre a statué en faveur de Sattva. Creston a demandé l'autorisation d'interjeter

appel de la sentence arbitrale en vertu du par. 31(2) de l'AA. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a refusé l'autorisation (2009 BCSC 1079 (CanLII) (« formation de la CS saisie de la demande d'autorisation »)). Creston a appelé de cette décision et obtenu l'autorisation de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique d'interjeter appel de la sentence arbitrale (2010 BCCA 239, 7 B.C.L.R. (5th) 227 (« formation de la CA saisie de la demande d'autorisation »)).

[10] Le juge de la Cour suprême de la Colombie-Britannique chargé de statuer sur le bien-fondé de l'appel (2011 BCSC 597, 84 B.L.R. (4th) 102 (« formation de la CS saisie de l'appel »)) a confirmé la sentence arbitrale. Creston a interjeté appel de cette décision devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2012 BCCA 329, 36 B.C.L.R. (5th) 71 (« formation de la CA saisie de l'appel »)), laquelle a infirmé la décision de la formation de la CS saisie de l'appel et a donné gain de cause à Creston. Sattva interjette appel des décisions des deux formations de la CA, soit celle saisie de la demande d'autorisation et celle saisie de l'appel, devant la Cour.

II. Sentence arbitrale

[11] L'arbitre, Leon Getz, c.r., a donné gain de cause à Sattva, concluant qu'elle était en droit de recevoir des honoraires d'intermédiation de 1,5 million \$US en actions, à raison de 0,15 \$ l'action.

[12] L'arbitre a fondé sa décision sur la définition du « cours » figurant dans l'entente :

[TRADUCTION] Qu'était donc le « cours » au sens de l'entente? Le communiqué de presse pertinent est celui qui a été publié le 26 mars [. . .] Il n'y avait pas de cours de clôture le 25 mars (la négociation des actions était suspendue à cette date). Par conséquent, le « dernier cours de clôture », au sens où cette expression est employée dans la définition, était de 0,15 \$, soit le cours de clôture des actions de [Creston] le 30 janvier, le jour précédant la suspension des opérations « jusqu'à nouvel ordre » [. . .] Cette conclusion ne nécessite aucune extension de sens des mots employés dans la définition qui figure au contrat. Au contraire, elle concorde littéralement avec la définition [par. 22].

[13] L'entente et les honoraires d'intermédiation devaient être approuvés par la Bourse. Creston était chargée d'obtenir cette approbation. L'arbitre a conclu qu'il était implicitement ou expressément prévu dans l'entente que Creston ferait de son mieux pour obtenir l'approbation de la Bourse. Selon lui, Creston n'avait pas fait de son mieux pour y arriver.

[14] Comme nous l'avons expliqué, les honoraires d'intermédiation se payaient en actions à moins d'avis contraire de la part de Sattva. L'arbitre a conclu que Sattva n'avait pas manifesté de choix. Malgré cela, Creston a déclaré à la Bourse que les honoraires d'intermédiation seraient versés en argent. La Bourse a donc approuvé conditionnellement le versement d'une somme de 1,5 million \$US en argent. Sattva a appris qu'un versement en argent de ses honoraires avait été approuvé au début du mois de juin 2007. Quand Sattva a abordé ce point avec Creston, cette dernière a répondu que Sattva avait le choix de percevoir ses honoraires en argent ou en actions, à raison de 0,70 \$ l'action.

[15] Sattva a soutenu qu'elle avait droit au versement des honoraires d'intermédiation en actions, à raison de 0,15 \$ l'action. Creston a demandé à ses avocats de communiquer avec la Bourse afin qu'elle indique la valeur minimale de l'action qu'elle approuverait pour le versement des honoraires d'intermédiation. La Bourse a confirmé, par téléphone le 7 juin 2007 et par courriel le 9 août de la même année, qu'un cours minimal de 0,70 \$ l'action s'appliquait aux fins du calcul des honoraires d'intermédiation. Selon l'arbitre, Creston [TRADUCTION] « a constamment fait des déclarations inexactes quant à l'obligation qu'elle avait contractée envers Sattva ou, à tout le moins, omis d'en divulguer complètement la nature » (par. 56(k)) et qu'« à moins que Sattva n'en décide autrement, elle a le droit, aux termes de l'entente de percevoir ces honoraires sous forme d'actions, à raison de 0,15 \$ l'action » (par. 56(g)). Selon l'arbitre, la position de Sattva a été véritablement présentée à la Bourse pour la première fois dans la lettre de l'avocat de celle-ci datée du 9 octobre 2007.

[16] L'arbitre était d'avis que si Creston avait fait de son mieux, la Bourse aurait pu approuver le versement des honoraires d'intermédiation sous forme d'actions, à 0,15 \$ l'action, et qu'une telle décision aurait été conforme à ses politiques. Il a affirmé que [TRADUCTION] « [la Bourse] aurait fort probablement donné son approbation » (par. 81) et il a évalué cette probabilité à 85 p. cent.

[17] Selon l'arbitre, Sattva aurait pu vendre ses actions de Creston après quatre mois à un prix variant entre 0,40 et 0,44 \$ l'unité, ce qui aurait représenté un

produit net situé dans une fourchette de 4 583 914 \$ à 5 156 934 \$. Établissant la moyenne de ces deux sommes d'argent à 4 870 424 \$, l'arbitre a ensuite évalué les dommages-intérêts à 85 p. cent de ce nombre, soit 4 139 860 \$, qu'il a ensuite arrondis à la hausse, pour obtenir 4 140 000 \$, plus les dépens.

[18] Après le prononcé de cette sentence arbitrale, Creston a versé 1,5 million \$US (ou l'équivalent en dollars canadiens) à Sattva. Le solde des dommages-intérêts accordés par l'arbitre a été placé dans le compte en fiducie des avocats de Sattva.

III. Historique judiciaire

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique — décision sur la demande d'autorisation d'appel, 2009 BCSC 1079*

[19] La Cour suprême de la Colombie-Britannique a rejeté la demande d'autorisation d'appel parce qu'elle était d'avis que la question soulevée n'était pas une question de droit, un critère prévu à l'art. 31 de l'AA. Selon le juge, il s'agissait d'une question mixte de fait et de droit puisque l'arbitre avait appuyé sa conclusion sur le [TRADUCTION] « fondement factuel ». Plus précisément, pour déterminer sous quelle forme les honoraires d'intermédiation devaient être versés, il fallait examiner [TRADUCTION] « les politiques de la TSX se rapportant au plafond applicable aux honoraires d'intermédiation, ainsi que les pouvoirs discrétionnaires dont dispose la Bourse pour déterminer le montant des honoraires » (par. 35).

[20] Le juge a conclu que, même s'il avait été d'avis que le litige soulevait une question de droit, il aurait exercé son pouvoir discrétionnaire pour refuser l'autorisation d'appel en raison des déclarations inexactes faites par Creston à propos des honoraires d'intermédiation à la Bourse et à Sattva, et par égard pour le [TRADUCTION] « principe selon lequel l'[AA] a notamment pour objectif de favoriser et de préserver l'intégrité du système d'arbitrage » (par. 41).

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique — décision sur la demande d'autorisation d'appel, 2010 BCCA 239*

[21] La cour d'appel a infirmé la décision de la cour suprême et a accueilli la demande, présentée par Creston, en autorisation d'interjeter appel de la sentence arbitrale. Selon elle, la cour suprême avait [TRADUCTION] « commis une erreur en ne reconnaissant pas que l'omission par l'arbitre d'examiner la signification de l'art. 3.1 de l'entente (et plus particulièrement de la stipulation relative au plafond) soulevait une question de droit » (par. 23). La cour d'appel a conclu que l'interprétation de l'art. 3.1 de l'entente, et plus particulièrement de la stipulation relative au « plafond », constituait une question de droit parce qu'elle ne reposait pas sur les faits de l'affaire, à savoir les renseignements communiqués à la Bourse et la décision de cette dernière.

[22] La cour d'appel a reconnu que Creston s'était montré [TRADUCTION] « moins que franche dans ses démarches auprès de M. Le et de [la Bourse] », mais a déclaré que « ces faits n'intéressent pas directement la question de droit qu'elle soulève en appel » (par. 27). Au sujet de la remarque sur la préservation de l'intégrité

du système d'arbitrage formulée par la formation de la CS saisie de la demande d'autorisation d'appel, la formation de la CA saisie de la demande d'autorisation a dit que les parties, quand elles ont choisi de soumettre leur différend à l'arbitrage en vertu de l'AA, savaient que l'appel d'une question de droit était possible. De plus, bien que l'irrévocabilité de la sentence arbitrale constitue un facteur important dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire, [TRADUCTION] lorsqu' «une question de droit importante est soulevée et qu'il y a risque d'erreur judiciaire en cas d'impossibilité d'interjeter appel, l'intégrité du processus exige, du moins dans les circonstances de l'espèce, que le droit d'appel conféré par la loi soit respecté » (par. 29).

C. *Cour suprême de la Colombie-Britannique — décision sur l'appel, 2011 BCSC 597*

[23] Le juge Armstrong a contrôlé la sentence arbitrale selon la norme de la décision correcte. Il a rejeté l'appel et conclu que l'interprétation de l'entente proposée par l'arbitre était correcte.

[24] Le juge Armstrong estimait que, selon le sens ordinaire de l'entente, les honoraires de 1,5 million \$US devaient être versés en actions, à raison de 0,15 \$ l'unité. Il n'estimait pas une telle interprétation absurde du simple fait que le cours de l'action à la date du versement des honoraires était supérieur à celui déterminé suivant la définition du cours. Selon lui, avec le temps, la fluctuation des cours est inévitable et que dès lors qu'elles ont prévu la possibilité du versement des honoraires en actions, les parties, des entreprises averties, devaient raisonnablement s'attendre à

la fluctuation du marché. De l'avis du juge Armstrong, c'est d'ailleurs à cause de cette fluctuation qu'il faut indiquer une date précise qui servira à déterminer la valeur de l'action avant le versement. Il est arrivé à la conclusion que pour ce faire, le « cours » était défini dans l'entente et que le montant des honoraires demeurait 1,5 million \$US, à payer sous forme d'actions à raison de 0,15 \$ l'unité, cette valeur étant établie suivant la définition du cours, sans égard à la valeur de l'action à la date du versement des honoraires.

[25] Selon le juge Armstrong, il était prévisible que le cours de l'action à la date du versement soit supérieur à celui établi conformément à la définition du cours et il s'agissait là d'une [TRADUCTION] « conséquence naturelle de l'entente relative aux honoraires d'intermédiation » (par. 62). Il était d'avis que le risque était assumé par Sattva, puisque le prix de l'action pouvait certes augmenter, mais il pouvait aussi diminuer, de sorte que Sattva aurait alors reçu un portefeuille d'actions d'une valeur inférieure au montant des honoraires (1,5 million \$US) qui avait été convenu.

[26] Le juge Armstrong était d'avis que l'interprétation de l'arbitre, laquelle donnait effet à la définition du cours et à la stipulation relative au « plafond », était préférable à celle de Creston, qui faisait fi de la définition du cours.

[27] En réponse à l'argument de Creston selon lequel l'arbitre n'avait pas examiné l'art. 3.1 de l'entente, qui contient la stipulation relative au « plafond », le juge Armstrong a souligné que l'arbitre avait fait expressément référence à cette stipulation au par. 23 de la sentence arbitrale.

D. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique – décision sur l'appel, 2012 BCCA*
329

[28] La cour d'appel a accueilli l'appel de Creston et a statué que la somme de 1,5 million \$US versée par Creston en faveur de Sattva en exécution de la sentence arbitrale constituait le paiement intégral des honoraires d'intermédiation. La cour a contrôlé la sentence arbitrale suivant la norme de la décision correcte.

[29] La formation de la CA saisie de l'appel s'estimait liée, de même que la cour suprême, par deux conclusions tirées par la formation de la CA saisie de la demande d'autorisation, à savoir : 1° il serait incongru que l'entente permette à Sattva, si elle opte pour le versement de ses honoraires en argent, de toucher 1,5 million \$US alors que, si elle opte pour le versement sous forme d'actions, elle recevra un portefeuille valant environ 8 millions \$ et 2° l'arbitre n'a pas tenu compte de cette anomalie et a fait fi de l'art. 3.1 de l'entente.

[30] Selon la cour d'appel, conclure que Sattva avait droit à des honoraires d'intermédiation de 8 millions \$ menait à un résultat absurde, étant donné la stipulation de l'entente relative au «plafond», qui limite le montant de tels honoraires à 1,5 million \$US. La cour était d'avis qu'il faudrait donner l'effet prépondérant à cette stipulation qui limite à 1,5 million \$US les honoraires [TRADUCTION] «à la date de leur versement» (par. 47). Elle était d'avis que donner effet à la définition du cours ne saurait avoir été l'intention des parties, et ce n'était pas non plus une décision sensée sur le plan commercial.

IV. Questions en litige

[31] Les questions suivantes sont soulevées dans le présent pourvoi :

- a) La Cour a-t-elle été saisie à bon droit de la question de savoir si la cour d'appel a commis une erreur en autorisant l'appel en vertu du par. 31(2) de l'AA?
- b) La cour d'appel a-t-elle commis une erreur en autorisant l'appel en vertu du par. 31(2) de l'AA?
- c) Si l'autorisation a été accordée à bon droit, quelle norme de contrôle convient-il d'appliquer aux sentences arbitrales commerciales rendues sous le régime de l'AA?
- d) L'arbitre a-t-il donné une interprétation raisonnable de l'entente dans son ensemble?
- e) La cour d'appel a-t-elle commis une erreur en s'estimant liée par les remarques formulées par la formation de la CA saisie de la demande d'autorisation au sujet du bien-fondé de l'appel?

V. Analyse

A. *Notre Cour est saisie à bon droit de la question de l'autorisation*

[32] Sattva prétend notamment que la cour d'appel a commis une erreur en accordant l'autorisation d'interjeter appel de la sentence arbitrale. Selon elle, la cour d'appel n'a cerné aucune question de droit, alors que l'autorisation est subordonnée à l'existence d'une telle question, aux termes du par. 31(2) de l'AA. Creston soutient que la Cour n'est pas saisie à bon droit de cette question et avance deux arguments à l'appui de sa position.

[33] Premièrement, Creston fait valoir que cette question n'était pas soulevée dans la demande d'autorisation d'appel que Sattva a présentée à la Cour. Cet argument ne saurait tenir. À moins que la Cour n'impose des restrictions dans l'ordonnance accordant l'autorisation, cette ordonnance est de « portée générale ». Par conséquent, l'appelant peut soulever en appel une question qui n'était pas énoncée dans la demande d'autorisation. La Cour peut toutefois exercer son pouvoir discrétionnaire et refuser de trancher une question qui n'a pas été abordée par les tribunaux d'instance inférieure, s'il en résulte un préjudice pour l'intimé, ou si, pour toute autre raison, elle juge opportun de ne pas la trancher.

[34] En l'espèce, l'ordonnance accordant l'autorisation d'interjeter appel des deux décisions de la cour d'appel, sur la demande d'autorisation d'appel et sur l'appel, ne comportait aucune restriction (2013 CanLII 11315). La question — à savoir si l'appel proposé soulevait une question de droit — a été expressément débattue devant les formations de la CS et de la CA saisies de la demande

d'autorisation, qui l'ont tranchée. Rien n'empêche Sattva de soulever cette question en appel, même si elle ne l'a pas mentionnée dans la demande d'autorisation d'appel qu'elle a présentée à la Cour.

[35] Deuxièmement, Creston soutient que la Cour n'a pas été saisie à bon droit de la question de savoir si la formation de la CA saisie de la demande d'autorisation a cerné une question de droit parce que Sattva n'a pas contesté la décision rendue à ce sujet devant tous les tribunaux d'instance inférieure. Plus précisément, aux dires de Creston, Sattva n'aurait pas fait valoir devant la formation de la CS saisie de l'appel que l'appel soulevait une question mixte de fait et de droit et aurait reconnu devant la cour d'appel que l'appel soulevait une question de droit. Un tel argument ne tient pas. Devant la formation de la CS saisie de l'appel, il n'était pas possible pour Sattva de débattre à nouveau de la question de savoir si l'autorisation aurait dû être accordée. La formation de la CS saisie de l'appel était liée par les conclusions tirées par la formation de la CA saisie de la demande d'autorisation, à savoir que l'autorisation était opportune et qu'une question de droit avait été cernée. Ainsi, Sattva ne pouvait guère plaider devant la formation de la CS saisie de l'appel un point sur lequel la formation de la CA saisie de la demande d'autorisation s'était déjà prononcée. Rien dans l'AA n'habilite Sattva à interjeter appel de la décision sur la demande d'autorisation d'appel rendue par une formation de la cour d'appel à une autre formation de la même cour. Ce n'est pas parce que Sattva n'a pas plaidé à nouveau le point devant la formation de la CS saisie de l'appel ou devant la formation de la CA saisie de l'appel qu'elle ne peut le soulever devant notre Cour, tout particulièrement

étant donné que Sattva a obtenu de notre Cour l'autorisation d'appeler de la décision rendue par la formation de la CA saisie de la demande d'autorisation.

[36] Ainsi, la Cour peut certes refuser l'autorisation si la question que l'on cherche à soulever devant elle n'a pas été plaidée devant les tribunaux d'instance inférieure, mais ce n'est pas le cas en l'espèce. En l'occurrence, les arguments sur le fondement de la demande d'autorisation d'appel de la sentence arbitrale présentée par Creston — à savoir si elle soulevait une question de droit ou une question mixte de fait et de droit — avaient été plaidés devant les formations saisies des demandes d'autorisation.

[37] Par conséquent, la Cour est saisie à bon droit de la question de savoir si la formation de la CA qui a accueilli la demande d'autorisation a conclu à tort que l'appel soulevait une question de droit.

B. *La cour d'appel a commis une erreur en autorisant l'appel en vertu du par. 31(2) de l'AA*

(1) Facteurs qui entrent en ligne de compte dans l'analyse de la demande d'autorisation d'appel présentée au titre de l'AA

[38] L'appel d'une sentence arbitrale commerciale est étroitement circonscrit par l'AA. Aux termes du par. 31(1), il ne peut être interjeté appel que sur une question de droit dans le cas où les parties consentent à l'appel ou, en l'absence de consentement, dans les cas où l'autorisation d'appel est accordée. Le

paragraphe 31(2) de l'AA, reproduit intégralement à l'annexe III, énonce les critères d'autorisation :

[TRADUCTION]

- (2) Relativement à une demande d'autorisation présentée en vertu de l'alinéa (1)(b), le tribunal peut accorder l'autorisation s'il estime que, selon le cas :
- a) l'importance de l'issue de l'arbitrage pour les parties justifie son intervention et que le règlement de la question de droit peut permettre d'éviter une erreur judiciaire,
 - b) la question de droit revêt de l'importance pour une catégorie ou un groupe de personnes dont le demandeur fait partie,
 - c) la question de droit est d'importance publique.

[39] De l'avis des tribunaux de la C.-B., l'expression [TRADUCTION] « peut accorder l'autorisation » qui figure au par. 31(2) de l'AA confère au tribunal un pouvoir discrétionnaire qui l'habilite à refuser l'autorisation même lorsque les critères légaux sont respectés (*British Columbia Institute of Technology (Student Assn.) c. British Columbia Institute of Technology*, 2000 BCCA 496, 192 D.L.R. (4th) 122 (« *BCIT* »), par. 25-26). L'appel d'une sentence arbitrale n'est donc entendu que si les critères du par. 31(2) sont remplis et que le tribunal saisi de la demande d'autorisation ne refuse pas néanmoins l'autorisation en vertu de son pouvoir discrétionnaire résiduel.

[40] Bien que Creston ait présenté une demande d'autorisation à la cour suprême sur le fondement des al. 31(2) (a), (b) et (c), il semble que les arguments invoqués devant elle et au cours des autres instances portaient sur l'al. 31(2)(a). La

décision de la CS sur la demande d'autorisation reprend un long passage tiré de l'affaire *BCIT* axé sur les éléments de l'al. 31(2)(a). La cour suprême y souligne que les deux parties reconnaissent qu'il est satisfait au premier élément de l'al. 31(2)(a), c'est-à-dire que la question est importante pour les parties. Dans sa décision sur la demande d'autorisation d'appel, la cour d'appel a dit craindre que refuser l'autorisation ne donne lieu à une erreur judiciaire — un critère prévu seulement à l'al. 31(2)(a). Enfin, ni les décisions sur les demandes d'autorisation des tribunaux d'instance inférieure ni les arguments soulevés devant notre Cour ne traitent des autres critères, à savoir que la question de droit revêt de l'importance pour une catégorie ou un groupe de personnes dont le demandeur fait partie (al. 31(2)(b)) ou est d'importance publique (al. 31(2)(c)). Par conséquent, l'analyse qui suit porte principalement sur l'al. 31(2)(a).

(2) L'issue est importante pour les parties

[41] L'autorisation d'interjeter appel d'une sentence arbitrale commerciale est subordonnée au respect d'un critère minimal : l'appel doit porter sur une question de droit. Toutefois, avant d'aborder ce sujet, il convient d'examiner sommairement un autre élément requis par l'al. 31(2)(a) et sur lequel s'entendent les parties, à savoir que l'importance de l'issue de l'arbitrage pour les parties doit justifier l'intervention du tribunal. Selon l'explication donnée par la juge Saunders de ce critère dans *BCIT*, il faut que l'issue de l'arbitrage soit [TRADUCTION] « suffisamment importante » aux yeux des parties, pour le principe ou les sommes d'argent en jeu, pour justifier le coût

et la longueur d'une instance (par. 27). Les parties en l'espèce ont convenu que l'issue de l'arbitrage revêt de l'importance pour chacune. Étant donné la somme relativement considérable en litige et compte tenu du fait que les parties s'entendent pour dire que l'issue est importante pour elles, je conviens que l'importance de l'issue de l'arbitrage pour les parties justifie l'intervention du tribunal. Cette condition prévue à l'al. 31(2)(a) est remplie.

(3) La question soulevée n'est pas une question de droit

(a) *Dans quelles circonstances l'interprétation contractuelle est-elle une question de droit?*

[42] Aux termes de l'art. 31 de l'AA, la demande d'autorisation d'appel doit porter sur une question de droit. Pour déterminer la norme de contrôle applicable ou, comme c'est le cas en l'espèce, pour déterminer si les critères d'autorisation sont respectés, le tribunal siégeant en révision est régulièrement appelé à décider si une question tranchée en première instance est une question de droit, une question de fait ou une question mixte de fait et de droit.

[43] Autrefois, la détermination des droits et obligations juridiques des parties à un contrat écrit ressortissait à une question de droit (*King c. Operating Engineers Training Institute of Manitoba Inc.*, 2011 MBCA 80, 270 Man. R. (2d) 63, par. 20, la juge Steel; K. Lewison, *The Interpretation of Contracts* (5^e éd., 2011 et Supp. 2013), p. 173 à 176; G.R. Hall, *Canadian Contractual Interpretation Law* (2^e éd. 2012),

p. 125 et 126). Cette règle a pris naissance en Angleterre, à une époque où les procès civils devant jury étaient fréquents et l'analphabétisme courant. Dans de telles circonstances, l'interprétation des documents écrits devait être assimilée à une question de droit parce que le juge était le seul dont on pouvait être certain qu'il savait lire et écrire et, par conséquent, qu'il était en mesure de prendre connaissance du contrat (Hall, p. 126; Lewison, p. 173 et 174).

[44] Cette justification historique ne s'applique plus. Néanmoins, pour les tribunaux du Royaume-Uni, l'interprétation d'un contrat écrit ressortit toujours à une question de droit (*Thorner c. Major*, [2009] UKHL 18, [2009] 3 All E.R. 945, par. 58, 82 et 83; Lewison, p. 173 à 177), et ce, même s'ils tiennent compte des circonstances — un concept que nous aborderons — dans l'interprétation du contrat écrit (*Prenn c. Simmonds*, [1971] 3 All E.R. 237 (C.L.); *Reardon Smith Line Ltd. c. Hansen-Tangen*, [1976] 3 All E.R. 570 (C.L.)).

[45] Au Canada, l'approche historique n'a pas perdu tous ses adeptes. Voir par exemple *Jiro Enterprises Ltd. c. Spencer*, 2008 ABCA 87 (CanLII), par. 10; *QK Investments Inc. c. Crocus Investment Fund*, 2008 MBCA 21, 290 D.L.R. (4th) 84 par. 26; *Dow Chemical Canada Inc. c. Shell Chemicals Canada Ltd.*, 2010 ABCA 126, 25 Alta. L.R. (5th) 221, par. 11 et 12; *Ministre du revenu national c. Costco Wholesale Canada Ltd.*, 2012 CAF 160, 431 N.R. 78, par. 34. Or, des tribunaux canadiens ont délaissé l'approche historique au profit d'une nouvelle démarche qui conçoit l'interprétation des contrats écrits soit comme une question de droit soit

comme une question mixte de fait et de droit. Voir par exemple *WCI Waste Conversion Inc. c. ADI International Inc.*, 2011 PECA 14, 309 Nfld. & P.E.I.R. 1, par. 11; *269893 Alberta Ltd. c. Otter Bay Developments Ltd.*, 2009 BCCA 37, 266 B.C.A.C. 98, par. 13; *Hayes Forest Services Ltd. c. Weyerhaeuser Co.*, 2008 BCCA 31, 289 D.L.R. (4th) 230, par. 44; *Bell Canada c. The Plan Group*, 2009 ONCA 548, 96 O.R. (3d) 81, par. 22 et 23 (les juges majoritaires, sous la plume du juge Blair) et par. 133 à 135 (la juge Gillese, dissidente, mais pas sur ce point); *King*, par. 20 à 23.

[46] La tendance à délaïsser l'approche historique au Canada semble s'expliquer par deux changements. Le premier est l'adoption d'une méthode d'interprétation contractuelle qui oblige le tribunal à tenir compte des circonstances — que l'on appelle souvent le fondement factuel — dans l'interprétation d'un contrat écrit (Hall, p. 13, 21 à 25 et 127; J. D. McCamus, *The Law of Contracts* (2^e éd. 2012), p. 749 à 751). Le deuxième découle des explications formulées dans les arrêts *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, au par. 35, et *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, aux par. 26 et 31 à 36, sur ce qui distingue la question de droit de la question mixte de fait et de droit.

[47] Relativement au premier changement, l'interprétation des contrats a évolué vers une démarche pratique, axée sur le bon sens plutôt que sur des règles de forme en matière d'interprétation. La question prédominante consiste à discerner « l'intention des parties et la portée de l'entente » (*Jesuit Fathers of Upper Canada c.*

Cie d'assurance Guardian du Canada, 2006 CSC 21, [2006] 1 R.C.S. 744, par. 27, le juge LeBel; voir aussi *Tercon Contractors Ltd. c. Colombie-Britannique (Transports et Voirie)*, 2010 SCC 4, [2010] 1 R.C.S. 69, par. 64-65, le juge Cromwell). Pour ce faire, le décideur doit interpréter le contrat dans son ensemble, en donnant aux mots y figurant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec les circonstances dont les parties avaient connaissance au moment de la conclusion du contrat. Par l'examen des circonstances, on reconnaît qu'il peut être difficile de déterminer l'intention contractuelle à partir des seuls mots, car les mots en eux-mêmes n'ont pas un sens immuable ou absolu :

[TRADUCTION] Aucun contrat n'est conclu dans l'abstrait : les contrats s'inscrivent toujours dans un contexte [...] Lorsqu'un contrat commercial est en cause, le tribunal devrait certes connaître son objet sur le plan commercial, ce qui présuppose d'autre part une connaissance de l'origine de l'opération, de l'historique, du contexte, du marché dans lequel les parties exercent leurs activités.

(*Reardon Smith Line*, p. 574, lord Wilberforce).

[48] Le sens des mots est souvent déterminé par un certain nombre de facteurs contextuels, y compris l'objet de l'entente et la nature des rapports créés par celle-ci (voir *Moore Realty Inc. c. Manitoba Motor League*, 2003 MBCA 71, 173 Man. R. (2d) 300, par. 15, la juge Hamilton; voir aussi Hall, p. 22; McCamus, p. 749 et 750). Pour reprendre les propos du lord Hoffmann dans *Investors Compensation Scheme Ltd. c. West Bromwich Building Society*, [1998] 1 All E.R. 98 (C.L.) :

[TRADUCTION] Le sens d'un document (ou toute autre déclaration) qui est transmis à la personne raisonnable n'équivaut pas au sens des mots qui le

composent. Le sens des mots fait intervenir les dictionnaires et les grammaires; le sens du document représente ce qu'il est raisonnable de croire que les parties, en employant ces mots compte tenu du contexte pertinent, ont voulu exprimer. [p. 115]

[49] Relativement au deuxième changement, l'approche historique de l'interprétation contractuelle ne cadre pas bien avec la définition de la pure question de droit formulée dans les arrêts *Housen* et *Southam*. Les questions de droit « concernent la détermination du critère juridique applicable » (*Southam*, par. 35). Or, lorsqu'il s'agit d'interprétation contractuelle, le but de l'exercice consiste à déterminer l'intention objective des parties – un but axé sur les faits – par l'application des principes juridiques d'interprétation. Il me semble que cela se rapproche plutôt de la question mixte de fait et de droit, définie dans l'arrêt *Housen* comme supposant « l'application d'une norme juridique à un ensemble de faits » (par. 26; voir aussi *Southam*, par. 35). Toutefois, certains tribunaux ont émis des doutes sur l'application directe de cette définition, qui avait été établie à l'égard d'une action intentée pour négligence, à des questions d'interprétation contractuelle et laissent entendre que cette dernière est d'abord et avant tout une affaire de droit (voir par exemple *Bell Canada*, par. 25).

[50] Avec tout le respect que je dois aux tenants de l'opinion contraire, à mon avis, il faut rompre avec l'approche historique. L'interprétation contractuelle soulève des questions mixtes de fait et de droit, car il s'agit d'en appliquer les principes aux termes figurant dans le contrat écrit, à la lumière du fondement factuel.

[51] Cette conclusion est étayée par les raisons qui sous-tendent la distinction établie entre la question de droit et la question mixte de fait et de droit. En distinguant ces deux catégories, on visait principalement à restreindre l'intervention de la juridiction d'appel aux affaires qui entraîneraient probablement des répercussions qui ne seraient pas limitées aux parties au litige. Ainsi, le rôle des cours d'appel, qui consiste à assurer la cohérence du droit, et non à offrir aux parties une nouvelle tribune leur permettant de poursuivre leur litige privé, est préservé. C'est pourquoi la Cour dans l'arrêt *Southam* reconnaît le degré de généralité (ou « la valeur comme précédents ») comme la principale différence entre la question de droit et la question mixte de fait et de droit. Plus la règle est stricte, moins l'intervention de la cour d'appel sera utile :

Si une cour décidait que le fait d'avoir conduit à une certaine vitesse, sur une route donnée et dans des conditions particulières constituait de la négligence, sa décision aurait peu de valeur comme précédent. Bref, plus le niveau de généralité de la proposition contestée se rapproche de la particularité absolue, plus l'affaire prend le caractère d'une question d'application pure, et s'approche donc d'une question de droit et de fait parfaite. Voir R. P. Kerans, *Standards of Review Employed by Appellate Courts* (1994), aux pp. 103 à 108. Il va de soi qu'il n'est pas facile de dire avec précision où doit être tracée la ligne de démarcation; quoique, dans la plupart des cas, la situation soit suffisamment claire pour permettre de déterminer si le litige porte sur une proposition générale qui peut être qualifiée de principe de droit ou sur un ensemble très particulier de circonstances qui n'est pas susceptible de présenter beaucoup d'intérêt pour les juges et les avocats dans l'avenir. [par. 37]

[52] De même, la Cour dans l'arrêt *Housen* conclut que la retenue à l'égard du juge des faits contribue à réduire le nombre, la durée et le coût des appels tout en favorisant l'autonomie du procès et son intégrité (par. 16 et 17). Ces principes

militent également en faveur de la déférence à l'endroit des décideurs de première instance en matière d'interprétation contractuelle. Les obligations juridiques issues d'un contrat se limitent, dans la plupart des cas, aux intérêts des parties au litige. Le vaste pouvoir de trancher les questions d'application limitée que notre système judiciaire confère au tribunal administratif siégeant en première instance appuie la proposition selon laquelle l'interprétation contractuelle est une question mixte de fait et de droit.

[53] Néanmoins, il peut se révéler possible de dégager une pure question de droit de ce qui paraît au départ constituer une question mixte de fait et de droit (*Housen*, par. 31, 34 et 35). L'interprétation contractuelle peut occasionner des erreurs de droit, notamment [TRADUCTION] « appliquer le mauvais principe ou négliger un élément essentiel d'un critère juridique ou un facteur pertinent » (*King*, par. 21). En outre, il est indubitable que nombre d'autres questions se posant en droit des contrats mettent en jeu des règles de droit substantiel : les critères de formation du contrat, la capacité des parties, l'obligation que soient constatés par écrit certains types de contrat, etc.

[54] Le tribunal doit cependant faire preuve de prudence avant d'isoler une question de droit dans un litige portant sur l'interprétation contractuelle. Compte tenu de l'obligation, prévue au par. 31(2) de l'AA, que la demande d'autorisation soulève une question de droit, le demandeur et son représentant chercheront à qualifier de question de droit toute erreur qu'ils invoquent. Toutefois, le législateur a pris des

mesures visant à limiter ce genre d'appels, et les tribunaux doivent examiner soigneusement le motif d'appel proposé pour déterminer s'il est bien caractérisé. La mise en garde exprimée dans *Housen* qui appelle à la prudence lorsqu'il s'agit d'isoler une question de droit s'applique dans le cas présent :

Les cours d'appel doivent cependant faire preuve de prudence avant de juger que le juge de première instance a commis une erreur de droit lorsqu'il a conclu à la négligence, puisqu'il est souvent difficile de départager les questions de droit et les questions de fait. Voilà pourquoi on appelle certaines questions des questions « mixtes de fait et de droit ». Si le principe juridique n'est pas facilement isolable, il s'agit alors d'une « question mixte de fait et de droit ». . . [par. 36]

[55] Certes, cette mise en garde a été formulée dans le contexte d'une action pour négligence, mais elle s'applique également à mon avis à l'interprétation contractuelle. Comme je le mentionne précédemment, le but de l'interprétation contractuelle – déterminer l'intention objective des parties – est, de par sa nature même, axé sur les faits. Le rapport étroit qui existe entre, d'une part, le choix et l'application des principes d'interprétation contractuelle et, d'autre part, l'interprétation que recevra l'instrument juridique en dernière analyse fait en sorte que rares seront les circonstances dans lesquelles il sera possible d'isoler une question de droit au cours de l'exercice d'interprétation. En l'absence d'une erreur de droit du genre de celles décrites plus haut, aucun droit d'appel de l'interprétation par un arbitre d'un contrat n'est prévu à l'AA.

(b) *Le rôle et la nature des « circonstances »*

[56] Abordons le rôle des circonstances dans l'interprétation du contrat et la nature des éléments admis à l'examen. La présente analyse ne traite que de la démarche d'interprétation contractuelle fondée sur la common law; elle ne se veut ni une application ni une modification du droit relatif à l'interprétation contractuelle régi par le *Code civil du Québec*.

[57] Bien que les circonstances soient prises en considération dans l'interprétation des termes d'un contrat, elles ne doivent jamais les supplanter (*Hayes Forest Services*, par. 14; Hall, p. 30). Le décideur examine cette preuve dans le but de mieux saisir les intentions réciproques et objectives des parties exprimées dans les mots du contrat. Une disposition contractuelle doit toujours être interprétée sur le fondement de son libellé et de l'ensemble du contrat (Hall, p. 15 et 30 à 32). Les circonstances sous-tendent l'interprétation du contrat, mais le tribunal ne saurait fonder sur elles une lecture du texte qui s'écarte de ce dernier au point de créer dans les faits une nouvelle entente (*Glaswegian Enterprises Inc. c. B.C. Tel Mobility Cellular Inc.* (1997), 101 B.C.A.C. 62).

[58] La nature de la preuve susceptible d'appartenir aux « circonstances » variera nécessairement d'une affaire à l'autre. Il y a toutefois certaines limites. Il doit s'agir d'une preuve objective du contexte factuel au moment de la signature du contrat (King, par. 66 et 70), c'est-à-dire, les renseignements qui appartenaient ou auraient raisonnablement dû appartenir aux connaissances des deux parties à la date de signature ou avant celle-ci. Compte tenu de ces exigences et de la règle

d'exclusion de la preuve extrinsèque que nous verrons, on entend par « circonstances », pour reprendre les propos du lord Hoffmann [TRADUCTION] « tout ce qui aurait eu une incidence sur la manière dont une personne raisonnable aurait compris les termes du document » (*Investors Compensation Scheme*, p. 114). La question de savoir si quelque chose appartenait ou aurait dû raisonnablement appartenir aux connaissances communes des parties au moment de la signature du contrat est une question de fait.

(c) *Tenir compte des circonstances n'est pas contraire à la règle d'exclusion de la preuve extrinsèque*

[59] Quelques mots sur l'examen des circonstances et la règle d'exclusion de la preuve extrinsèque s'imposent. Cette règle empêche l'admission d'éléments de preuve autres que les termes du contrat écrit qui auraient pour effet de modifier ou de contredire un contrat qui a été entièrement consigné par écrit, ou d'y ajouter de nouvelles clauses ou d'en supprimer (*King*, par. 35; *Hall*, p. 53). À cette fin, la règle interdit notamment les éléments de preuve concernant les intentions subjectives des parties (*Hall*, p. 64 et 65; *Eli Lilly & Co. c. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 R.C.S. 129, par. 54 à 59, le juge Iacobucci). La règle vise, premièrement, à donner un caractère définitif et certain aux obligations contractuelles et, deuxièmement, à empêcher qu'une partie puisse utiliser des éléments de preuve fabriqués ou douteux pour attaquer des contrats écrits (*Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316, p. 341 à 342, le juge Sopinka).

[60] La règle d'exclusion de la preuve extrinsèque n'interdit pas au tribunal de tenir compte des circonstances entourant le contrat. Cette preuve est compatible avec les objectifs relatifs au caractère définitif et certain puisqu'elle sert d'outil d'interprétation qui vient éclairer le sens des mots du contrat choisis par les parties, et non le changer ou s'y substituer. Les circonstances sont des faits connus ou qui auraient raisonnablement dû l'être des deux parties à la date de signature du contrat ou avant celle-ci; par conséquent, le risque que des éléments d'une fiabilité douteuse soient invoqués ne se pose pas.

[61] Selon une certaine jurisprudence et des auteurs, la règle d'exclusion de la preuve extrinsèque serait un anachronisme ou, à tout le moins, d'application restreinte vu la myriade d'exceptions dont elle est assortie (voir par exemple *Gutierrez c. Tropic International Ltd.* (2002), 63 O.R. (3d) 63 (C.A.) par. 19 et 20; Hall, p. 53 à 64). Dans le cadre du présent pourvoi, il suffit de dire que la règle d'exclusion de la preuve extrinsèque ne s'oppose pas à la présentation d'une preuve des circonstances entourant le contrat pour l'interprétation de ce dernier.

(d) *Application au présent pourvoi*

[62] En l'espèce, la Cour d'appel a accordé l'autorisation d'appel relativement à la question suivante : « L'arbitre a-t-il commis une erreur de droit en n'interprétant pas l'entente relative aux honoraires d'intermédiation dans son ensemble. . . » (d.a., vol. 1, p. 62).

[63] Comme nous le verrons, l'obligation d'interpréter le contrat dans son ensemble est une question de droit susceptible, si on pouvait l'isoler, de satisfaire au critère minimal exigé à l'art. 31 de l'AA. À mon avis, cette question n'a pas été isolée comme il se doit en l'espèce.

[64] Je reconnais qu'il est un principe fondamental de l'interprétation contractuelle selon lequel le contrat doit être interprété dans son ensemble (McCamus, p. 761 et 762; Hall, p. 15). Si l'arbitre n'a pas tenu compte de la stipulation relative au « plafond », comme le prétend Creston, il n'a alors pas interprété l'entente dans son ensemble, car il en a négligé une clause précise et pertinente. Voilà une question de droit qui pourrait être isolée de la conclusion mixte de fait et de droit.

[65] Or, il semble que l'arbitre a effectivement tenu compte de la stipulation relative au « plafond ». En effet, selon la formation de la CA saisie de la demande d'autorisation, l'arbitre a examiné la stipulation, puisqu'elle signale qu'il a envisagé le plafond de 1,5 million \$US, un nombre auquel il ne peut être arrivé que s'il a consulté la Politique de la Bourse à laquelle renvoie la stipulation relative au « plafond » à l'art. 3.1 de l'entente. À la lumière de ses motifs, j'estime que la formation de la CA saisie de la demande d'autorisation, au lieu de se demander si l'arbitre a négligé la stipulation relative au plafond – ce que Creston prétend devant la Cour –, a axé sa décision sur l'interprétation qu'a donnée l'arbitre de l'art. 3.1 de l'entente, qui contient cette stipulation (par. 25 et 26). Par exemple, la formation de la

CA saisie de la demande d'autorisation s'est dite préoccupée que l'arbitre n'ait pas abordé l'[TRADUCTION] « absurdité » de la variation « considérable » dans la valeur des honoraires selon qu'ils étaient versés en argent ou en actions (par. 25).

[66] Avec tout le respect que je lui dois, j'estime que la formation de la CA saisie de la demande d'autorisation a assimilé à tort l'interprétation de l'art. 3.1 de l'entente à une question de droit. Comme l'explique le juge Armstrong dans la décision de la CS sur l'appel, pour interpréter l'art. 3.1 et tenir compte de la stipulation, il fallait examiner les circonstances pertinentes, y compris le fait que les parties étaient des parties avisées, la fluctuation du cours de l'action et la nature du risque qu'une partie assume quand elle opte pour le versement de ses honoraires en actions, plutôt qu'en argent. Un tel exercice soulève une question mixte de fait et de droit. Comme aucune question de droit ne peut être isolée de la question mixte de fait et de droit qui porte sur l'interprétation de l'art. 3.1 et de la stipulation, la cour d'appel a commis une erreur en accueillant la demande d'autorisation d'appel.

[67] Conclure que la demande d'autorisation d'appel présentée par Creston ne soulevait aucune question de droit suffirait à trancher le présent pourvoi. Toutefois, puisque la Cour a rarement l'occasion de se pencher sur l'appel d'une sentence arbitrale, il est à mon avis utile d'expliquer que même si la formation de la CA saisie de la demande d'autorisation avait conclu à bon droit que l'interprétation de l'art. 3.1 de l'entente constituait une question de droit, elle devait néanmoins rejeter la demande, car il n'était pas satisfait aux autres volets de l'analyse des demandes

d'autorisation que requiert l'al. 31(2)(a) de l'AA, qui concernent l'erreur judiciaire et le pouvoir discrétionnaire résiduel.

(4) Le règlement de la question de droit peut permettre d'éviter une erreur judiciaire

(a) *L'erreur judiciaire pour l'application de l'alinéa 31(2)(a) de l'AA*

[68] Une fois qu'il a cerné une question de droit, le tribunal doit être convaincu que le fait de statuer sur cette dernière [TRADUCTION] « peut permettre d'éviter une erreur judiciaire » avant d'accorder l'autorisation d'appel en vertu de l'al. 31(2)(a) de l'AA. La première étape de l'analyse consiste donc à définir l'erreur judiciaire pour l'application de cette disposition.

[69] Dans *BCIT*, la juge Saunders traite du critère concernant l'erreur judiciaire prévu à l'al. 31(2)(a). Elle confirme la définition énoncée dans l'affaire *Domtar Inc. c. Belkin Inc.* (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 257 (C.A.), selon laquelle l'erreur de droit doit toucher une question importante de sorte qu'une conclusion différente aurait abouti à un résultat différent : [TRADUCTION] « [. . .] si le point de droit avait été tranché différemment, l'arbitre aurait rendu une décision différente. Autrement dit, l'erreur de droit invoquée a-t-elle eu un effet déterminant sur la décision; touche-t-elle au cœur de la décision? » (*BCIT*, par. 28). Voir également l'arrêt *Quan c. Cusson*, 2009 CSC 62, [2009] 3 R.C.S. 712, où la Cour analyse le critère qui sert à déterminer

s'il y a « préjudice grave ou [. . .] erreur judiciaire » dans le contexte des procès civils avec jury (par. 43).

[70] Compte tenu des arrêts *BCIT* et *Quan*, je suis d'avis que, pour que l'erreur de droit reprochée soit une erreur judiciaire au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'al. 31(2)(a) de l'AA, elle doit se rapporter à une question importante en litige qui, si elle était tranchée différemment, aurait une incidence sur le résultat.

[71] Suivant cette norme, le règlement d'un point de droit « peut permettre d'éviter une erreur judiciaire » seulement lorsqu'il existe une certaine possibilité que l'appel soit accueilli. Un appel qui est voué à l'échec ne saurait « permettre d'éviter une erreur judiciaire » puisque les possibilités que l'issue d'un tel appel joue sur le résultat final du litige sont nulles.

[72] Ce n'est pas à l'étape de l'autorisation qu'il convient d'examiner exhaustivement le fond du litige et de se prononcer définitivement sur l'absence ou l'existence d'une erreur de droit. Cependant, il faut procéder à un examen préliminaire de la question de droit pour déterminer si l'appel a une chance d'être accueilli et, par conséquent, de modifier le résultat du litige.

[73] Selon l'arrêt *BCIT*, l'appelant doit établir [TRADUCTION] « plus qu'un argument défendable » (par. 30) lors de cet examen préliminaire de l'appel. Pourtant, une fois un argument défendable soulevé, que faudrait-il démontrer de plus pour qu'il soit satisfait à cette norme? Vraisemblablement, le juge saisi de la demande

d'autorisation devrait alors examiner les arguments se rapportant à la question de droit soulevée en appel de plus près que ce qui serait indiqué à cette étape pour trouver *plus* qu'un argument défendable. À mon humble avis, exiger un examen plus approfondi du point de droit brouille les rôles respectifs de la formation saisie de la demande d'autorisation et de celle saisie de l'appel.

[74] Selon moi, ce qu'il faut démontrer, pour l'application du par. 31(2), c'est que la question de droit invoquée a un fondement défendable. Ce critère s'applique souvent à l'étape de l'autorisation, pour établir sommairement le bien-fondé de l'appel (voir par exemple *Quick Auto Lease Inc. c. Nordin*, 2014 MBCA 32, 303 Man. R. (2d) 262, par. 5; *R. c. Fedossenko*, 2013 ABCA 164 (CanLII), par. 7). Il est bien connu et a été exprimé de diverses façons : [TRADUCTION] « une possibilité raisonnable d'être accueilli » (*reasonable prospect of success*) (*Quick Auto Lease*, par. 5; *Enns c. Hansey*, 2013 MBCA 23 (CanLII), par. 2); une « certaine chance de succès » (*some hope of success*) et un « fondement suffisant » (*sufficient merit*) (*R. c. Hubley*, 2009 PECA 21, 289 Nfld & P.E.I.R. 174, par. 11) et un « argument plausible » (*credible argument*) (*R. c. Will*, 2013 SKCA 4, 405 Sask. R. 270, par. 8). À mon avis, les diverses appellations qui désignent le fondement défendable présentent un élément commun : l'argument soulevé par le demandeur ne peut être rejeté à l'issue d'un examen préliminaire de la question de droit. Pour déterminer s'il faut annuler la sentence arbitrale, un examen approfondi est nécessaire, et c'est au tribunal saisi de l'appel qu'il incombe, une fois l'autorisation accordée.

[75] L'examen visant à décider si la question soulevée dans la demande d'autorisation d'appel a un fondement défendable doit se faire à la lumière de la norme de contrôle applicable à l'analyse du bien-fondé de l'appel. Il faut donc procéder à un examen préliminaire ayant pour objet la norme applicable. Comme nous le verrons, la norme de la décision raisonnable s'appliquera presque toujours aux arbitrages commerciaux régis par l'AA, sauf dans les rares circonstances où l'application de la norme de la décision correcte s'imposera, notamment lorsqu'il s'agit d'une question constitutionnelle ou d'une question de droit qui revêt une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et qui est étrangère au domaine d'expertise du décideur administratif. Par conséquent, dans le cadre de l'examen préalable à l'autorisation le tribunal s'interrogera ordinairement quant à savoir si la prétention — selon laquelle la sentence arbitrale sur la question en litige était déraisonnable — a un fondement défendable, compte tenu du fait que le décideur n'est pas tenu de faire référence à tous les arguments, dispositions ou précédents ni de tirer une conclusion précise sur chaque élément constitutif du raisonnement pour que sa décision soit raisonnable (*Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708, par. 16). Certes, le tribunal saisi de la demande d'autorisation ne procède qu'à un examen préliminaire ayant pour objet la norme de contrôle, qui ne lie pas celui qui se penchera sur le bien-fondé de l'appel. Ainsi, il ne faudrait pas considérer qu'il s'agit d'une invitation à se perdre en analyses ou en arguments poussés à propos de la norme de contrôle à l'étape de la demande d'autorisation.

[76] Dans *BCIT*, la juge Saunders s'interroge sur l'étape à laquelle il convient d'examiner le bien-fondé de l'appel dans le cadre de l'analyse requise par l'al. 31(2)(a) de l'AA. Contrairement à ce que prétendait une partie, soit que l'évaluation du bien-fondé se rapporte au critère de l'erreur judiciaire, la juge détermine que cet examen se rattache plutôt à l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Ses motifs révèlent que sa décision découle de sa volonté d'adopter une approche uniforme à l'égard des al. 31(2)(a), (b) et (c) :

[TRADUCTION] À quel moment, le cas échéant, faut-il alors examiner le bien-fondé de l'appel? M. Roberts, qui représente l'Association étudiante, prétend qu'il convient de procéder à cet examen lorsqu'on se demande si une erreur judiciaire risque d'être commise, c'est-à-dire, à la deuxième étape. Je ne suis pas d'accord. À mon avis, l'appréciation du bien-fondé ou de l'absence de fondement apparent de l'appel s'inscrit dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire résiduel et s'applique également aux trois alinéas, de (a) à (c). Tout comme un appel manifestement dénué de fondement ne devrait pas être autorisé en vertu de l'al. (b) (revêt de l'importance pour une catégorie ou un groupe de personnes dont le demandeur fait partie) ou de l'al. (c) (est d'importance publique), un tel appel ne devrait pas non plus être autorisé en vertu de l'al. (a). Dans un but d'uniformité à l'égard de l'article entier, l'appréciation du bien-fondé devrait être intégrée à l'exercice du pouvoir discrétionnaire résiduel. [par. 29]

[77] Je reconnais la validité du raisonnement axé sur l'uniformité. Cependant, à mon humble avis, cette volonté d'adopter une démarche semblable au regard des al. 31(2)(a), (b) et (c) ne saurait l'emporter sur le libellé de la disposition. Contrairement aux al. 31(2)(b) et (c), l'al. 31(2)(a) exige que le tribunal détermine si le fait d'autoriser l'appel [TRADUCTION] « peut permettre d'éviter une erreur judiciaire ». J'estime qu'un examen préliminaire de la question de droit s'inscrit

implicitement dans l'examen qui vise à déterminer si l'autorisation [TRADUCTION] « peut permettre d'éviter une erreur judiciaire ».

[78] Cependant, lorsqu'il s'agit d'une demande d'autorisation d'appel présentée en vertu des al. 31(2)(b) ou (c) — puisque ces dispositions ne prévoient pas le risque d'erreur judiciaire comme critère —, je souscris aux commentaires formulés par la juge Saunders dans *BCIT* selon lesquels l'examen préliminaire du bien-fondé de la question de droit devrait intervenir à l'étape de l'exercice du pouvoir discrétionnaire résiduel dans l'analyse, puisque l'examen du bien-fondé de l'appel proposé demeure pertinent dans la décision d'accorder ou non l'autorisation d'appel en vertu de l'art. 31.

[79] Bref, afin d'établir que l'intervention du tribunal est justifiée [TRADUCTION] « et que le règlement de la question de droit peut permettre d'éviter une erreur judiciaire » pour l'application de l'al. 31(2)(a) de l'AA, le demandeur doit prouver que le point de droit en appel aura une incidence sur le résultat final et qu'il est défendable.

(b) *Application au présent pourvoi*

[80] La formation de la CA saisie de la demande d'autorisation a conclu à la possibilité d'une erreur de droit par l'arbitre qui n'aurait pas interprété l'entente dans son ensemble et, plus particulièrement, aurait fait fi de la stipulation relative au « plafond ». Admettons cette prétention comme question de droit uniquement pour les

besoins de la cause. Le règlement de la question est déterminant parce qu'il pourrait avoir pour effet de modifier la sentence de l'arbitre, lequel a accordé 4,14 millions \$ en dommages-intérêts au motif qu'il évaluait à 85 p. cent la probabilité que la Bourse approuve des honoraires d'intermédiation payés en actions, à raison de 0,15 \$ l'unité. Si l'argument invoqué par Creston est correct et que le cours de l'action ne peut s'établir à 0,15 \$ en raison de la stipulation relative au « plafond », les dommages-intérêts seraient réduits à 1,5 million \$US, une amputation considérable de la somme initiale accordée.

[81] Comme l'al. 31(2)(a) de l'AA est la disposition pertinente en l'espèce, il doit être procédé à un examen préliminaire de la question de droit pour déterminer le risque qu'une erreur judiciaire découle du rejet de la demande d'autorisation d'appel présentée par Creston. Cette dernière soutient que le fait que Sattva reçoive un portefeuille d'actions dont la valeur est très supérieure au plafond de 1,5 million \$US en exécution de la sentence arbitrale prouve que l'arbitre n'a pas tenu compte de la stipulation relative au « plafond ».

[82] Or, l'arbitre renvoie effectivement à l'art. 3.1, la stipulation relative au « plafond », à deux reprises dans sa décision, soit aux par. 18 et 23(a). Par exemple, il affirme ce qui suit au par. 23 :

[TRADUCTION]

Bref, à partir du 27 mars 2007, il était clair et incontestable qu'aux termes de l'entente :

- a) Sattva avait le droit de recevoir des honoraires équivalant au plafond payable conformément aux règles et politiques de la Bourse de croissance TSX – article 3.1. Les parties conviennent que le montant des honoraires s'établit à 1 500 000 \$US.
- b) La commission était payable en actions, en fonction du cours, tel qu'il est défini dans l'entente, à moins que Sattva n'opte pour le versement des honoraires en argent ou en argent et en actions.
- c) Le cours de l'action, tel qu'il est défini dans l'entente, s'établissait à 0,15 \$. [Je souligne.]

[83] Ainsi, même si l'arbitre n'indique pas expressément avoir examiné le jeu de la stipulation relative au « plafond » et de la définition du cours, cet examen ressort implicitement de sa sentence. La seule clause de l'entente qui prévoit le montant des honoraires, soit 1,5 million \$US, est la stipulation relative au « plafond », qui renvoie au point 3.3 de la Politique de la Bourse 5.1. Reconnaissant que le montant des honoraires s'élève à 1,5 million \$US, l'arbitre a accordé à Sattva pareille somme, payable en actions, à raison de 0,15 \$ l'unité. Contrairement à l'argument avancé par Creston, selon qui l'arbitre aurait négligé la stipulation dans son interprétation de l'entente, il ressort de l'examen préliminaire de la question que l'arbitre a effectivement tenu compte de la stipulation relative au « plafond ».

[84] Par conséquent, même si la cour d'appel avait cerné à juste titre une question de droit, elle aurait dû rejeter la demande d'autorisation. Il n'était pas satisfait au critère qui exige que le caractère déraisonnable de la sentence arbitrale ait un fondement défendable, ni à celui de l'erreur judiciaire.

(5) Le pouvoir discrétionnaire résiduel qui habilite à refuser l'autorisation

- (a) *Éléments à examiner dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire résiduel à l'égard d'une demande d'autorisation présentée en vertu de l'alinéa 31(2)(a)*

[85] Les tribunaux de la C.-B. ont conclu que les termes [TRADUCTION] « peut accorder l'autorisation » figurant au par. 31(2) de l'AA confèrent au tribunal un pouvoir discrétionnaire résiduel qui lui permet de refuser l'autorisation même quand les critères prévus par la disposition sont respectés (*BCIT*, par. 9 et 26). Dans *BCIT*, la juge Saunders énumère des facteurs à considérer dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire (par. 31) :

[TRADUCTION]

1. « le bien-fondé apparent de l'appel »;
2. « l'importance de la question pour les parties, les tiers et la société en général »;
3. « les circonstances qui sont à l'origine du différend et de l'arbitrage, y compris le besoin urgent d'obtenir un règlement définitif »;
4. « d'autres considérations temporelles, y compris la possibilité pour l'une ou l'autre des parties de remédier autrement aux conséquences »;
5. « la conduite des parties »;

6. « l'étape à laquelle la décision qui a été portée en appel avait été prise »;
7. « le respect du choix des parties d'avoir recours à l'arbitrage pour résoudre leurs différends »;
8. « la reconnaissance du fait que l'arbitrage constitue souvent un moyen expéditif et définitif de régler les différends, spécialement conçu pour traiter les enjeux susceptibles de toucher les parties à la convention d'arbitrage ».

[86] Je conviens avec la juge Saunders pour dire qu'il n'est pas opportun de dresser ce qu'elle appelle une [TRADUCTION] « liste immuable » de facteurs à considérer dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire prévu au par. 31(2) (*BCIT*, par. 32). Cependant, je ne peux convenir que tous les facteurs qui figurent sur la liste qu'elle a dressée sont applicables à cette étape de l'analyse.

[87] Dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire que lui confère l'al. 31(2)(a) et qui l'habilite à rejeter la demande d'autorisation, le tribunal devrait examiner les motifs traditionnels justifiant le refus d'une réparation discrétionnaire : la conduite des parties, l'existence d'autres recours et tout retard indu (*Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 R.C.S. 326, p. 364-367). L'exercice du pouvoir discrétionnaire qui permet de refuser une réparation fait intervenir des considérations

relatives à la prépondérance des inconvénients (*Mines Alerte Canada c. Canada (Pêches et Océans)*, 2010 CSC 2, [2010] 1 R.C.S. 6, par. 52). Parmi celles-ci se trouve le besoin urgent d'obtenir un règlement définitif.

[88] Quant aux autres facteurs mentionnés dans la liste et dont je traite successivement ci-après, j'estime qu'ils ont déjà été examinés dans le cadre de l'analyse fondée sur l'al. 31(2)(a) ou qu'il conviendrait mieux de les examiner à un autre volet du critère énoncé au par. 31(2). Une fois examinés, ces facteurs ne devraient pas être réexaminés par le tribunal au moment de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire résiduel.

[89] Je le rappelle, dans l'analyse fondée sur l'al. 31(2)(a), il faut procéder à l'examen préliminaire du bien-fondé de la question de droit soulevée dans la demande d'autorisation pour déterminer s'il y a risque d'erreur judiciaire. La question de l'importance pour les parties se règle à l'al. 31(2)(a) : [TRADUCTION] « l'importance de l'issue de l'arbitrage pour les parties ». L'importance de la question pour les tiers et pour la société en général ne doit pas être examinée à l'al. 31(2)(a), car l'AA prévoit ces motifs à des dispositions distinctes, soit les al. 31(2)(b) et (c). En outre, le respect du choix des parties d'avoir recours à l'arbitrage sous-tend la loi elle-même, ce dont témoigne le seuil élevé auquel l'autorisation est subordonnée aux termes de l'al. 31(2)(a). La reconnaissance du fait que l'arbitrage constitue souvent un moyen expéditif et définitif de régler les différends et spécialement conçu pour traiter les

enjeux susceptibles de toucher les parties à la convention d'arbitrage s'inscrit dans le besoin urgent d'obtenir un règlement définitif.

[90] Quant à l'étape du processus à laquelle la décision dont on veut faire appel a été rendue, ce n'est pas un facteur pertinent pour l'exercice par le tribunal du pouvoir discrétionnaire résiduel conféré par l'al. 31(2)(a) qui lui permet de refuser l'autorisation. Ce facteur a été défini en réponse à des préoccupations selon lesquelles l'autorisation d'appeler d'une décision interlocutoire risque d'être prématurée et d'entraîner des retards indus ainsi qu'une fragmentation inutile du processus judiciaire (D. J. M. Brown et J. M. Evans, avec la collaboration de C. E. Deacon, *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, (feuilles mobiles) p. 3-67 à 3-76). Or, ces préoccupations auront été dissipées par la formation saisie de la demande d'autorisation lorsqu'elle se sera penchée sur le risque d'erreur judiciaire, et, plus précisément, sur la possibilité que la question interlocutoire ait une incidence sur le résultat final. Ainsi, les préoccupations mentionnées précédemment ne devraient donc pas être réexaminées.

[91] En résumé, une liste non exhaustive des facteurs à prendre en considération dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire à l'égard d'une demande d'autorisation présentée en vertu de l'al. 31(2)(a) de l'AA comprendrait :

- la conduite des parties;
- l'existence d'autres recours;

- un retard indu;
- le besoin urgent d'obtenir un règlement définitif.

[92] Ces facteurs pourraient, le cas échéant, justifier le rejet de la demande sollicitant l'autorisation d'interjeter appel d'une sentence arbitrale même dans le cas où il est satisfait aux critères prévus à l'al. 31(2)(a). Cependant, les tribunaux devraient faire preuve de prudence dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire. Après avoir conclu à l'existence d'une erreur de droit, et au moins en ce qui concerne l'al. 31(2)(a), d'un risque d'erreur judiciaire, le tribunal doit soupeser ces facteurs avec soin avant de décider s'il va rejeter ou non pour des motifs discrétionnaires une demande par ailleurs admissible.

(b) *Application au présent pourvoi*

[93] Le juge de la CS saisi de la demande d'autorisation a rejeté cette dernière au motif qu'elle ne soulevait aucune question de droit. Il a indiqué que, même s'il avait conclu à l'existence d'une telle question, il aurait refusé l'autorisation en vertu de son pouvoir discrétionnaire résiduel, et ce pour deux raisons. Premièrement, à cause de la conduite de Creston qui a présenté inexactement les faits relatifs aux honoraires d'intermédiation à la Bourse et à Sattva. Deuxièmement, [TRADUCTION] « par égard pour le principe selon lequel l'[AA] a notamment pour objectif de favoriser et de préserver l'intégrité du système d'arbitrage » (par. 41). La formation

de la CA saisie de la demande d'autorisation a écarté la décision de la CS pour ces deux raisons discrétionnaires.

[94] Pour les motifs énoncés précédemment, l'objectif qui vise à favoriser et à préserver l'intégrité du système d'arbitrage ne devrait pas constituer une considération distincte dans l'analyse que requiert l'al. 31(2)(a) préalable à l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Bien que le régime instauré par le par. 31(2) reconnaît cet objectif, l'exercice du pouvoir discrétionnaire doit se rapporter aux faits et aux circonstances de l'affaire. Cet objectif général ne fait pas partie des considérations susceptibles de justifier le refus discrétionnaire de l'autorisation.

[95] Toutefois, la conduite des parties est un facteur que le tribunal peut prendre en considération dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire résiduel que lui confère l'al. 31(2)(a). La cour d'appel doit faire preuve de déférence lorsqu'elle contrôle la décision discrétionnaire de refuser l'autorisation d'interjeter appel. Elle doit se garder d'intervenir seulement parce qu'elle aurait exercé son pouvoir discrétionnaire différemment (*R. c. Bellusci*, 2012 CSC 44, [2012] 2 R.C.S. 509, par. 18 et 30). La cour d'appel ne saurait intervenir à l'égard de l'exercice du pouvoir discrétionnaire par le juge de l'instance inférieure que si celui-ci s'est fondé sur des considérations erronées en droit ou si sa décision est erronée au point de créer une injustice (*R. c. Bjelland*, 2009 CSC 38, [2009] 2 R.C.S. 651, par. 15; *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297, par. 117).

[96] En l'espèce, la formation de la CS saisie de la demande d'autorisation a fondé sur un facteur reconnu sa décision de refuser la réparation discrétionnaire : l'inconduite de Creston. La formation de la CA saisie de la demande d'autorisation a infirmé cette décision au motif que [TRADUCTION] « ces faits [la conduite de Creston] n'intéressent pas directement la question de droit » soulevée en appel (par. 27).

[97] La formation de la CA saisie de la demande d'autorisation n'a pas expliqué pourquoi l'inconduite doit se rapporter directement à une question de droit pour que l'autorisation soit refusée. Rien dans le par. 31(2) de l'AA ne limite l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge saisi de la demande d'autorisation de la façon avancée par la cour d'appel. Mon interprétation de la jurisprudence ne cadre pas avec le point de vue selon lequel l'inconduite d'une partie doit se rapporter directement à la question devant être tranchée par la cour.

[98] Dans l'arrêt *Homex Realty and Development Co. c. Corporation of the Village of Wyoming*, [1980] 2 R.C.S. 1011, aux p. 1037 et 1038, l'inconduite d'une partie ne se rapportait pas directement à la question en cause devant la Cour, mais cette dernière a néanmoins refusé d'accorder la réparation. Le litige tirait son origine d'un désaccord sur la question de savoir si l'acheteur de lots sur un lotissement, Homex, avait assumé les obligations du vendeur prévues à la convention de lotissement, c'est-à-dire de satisfaire à « toutes les exigences, financières ou autres » relativement à l'installation des services d'utilité publique sur un lotissement (p. 1015 et 1016). La Cour décide qu'Homex n'a pas bénéficié de l'équité procédurale lorsque

la municipalité avait adopté un règlement se rapportant au litige (p. 1032). Néanmoins, la demande visant à obtenir l'annulation discrétionnaire du règlement a été rejetée notamment parce que « [t]out au long de ces procédures, Homex a cherché à éviter les obligations qui se rattachent au lotissement des terrains » qu'elle détenait (p. 1037), même si Homex savait, de l'avis de la Cour, qu'elle devait assumer cette obligation (p. 1017 à 1019). Cette conduite se rapportait, non pas à la question de savoir si le règlement avait été adopté d'une manière équitable sur le plan de la procédure, mais au désaccord à l'origine du litige. Par conséquent, je crois que l'arrêt *Homex*  taye la proposition selon laquelle une conduite répréhensible se rapportant au différend à l'origine du litige peut justifier le refus de la réparation discrétionnaire sollicitée, en l'occurrence l'autorisation d'interjeter appel.

[99] En l'espèce, l'arbitre a tiré la conclusion de fait suivante : Creston a induit la Bourse et Sattva en erreur en ce qui concerne [TRADUCTION] « la nature de l'obligation qu'elle avait contractée envers Sattva en affirmant que les honoraires d'intermédiation étaient payables en argent » (par. 56(k)). Bien que cette conduite ne soit pas reliée à la question de droit énoncée par la formation de la CA saisie de la demande d'autorisation, elle est reliée à l'arbitrage visant à déterminer le cours de l'action applicable aux fins du versement des honoraires d'intermédiation de Sattva. La cour suprême pouvait à bon droit fonder sur une telle conduite sa décision de refuser l'autorisation, en vertu de son pouvoir discrétionnaire.

[100] Par conséquent, à mon humble avis, même si la formation de la CA saisie de la demande d'autorisation avait défini une question de droit et qu'il avait été satisfait au critère du risque d'erreur judiciaire, elle aurait dû confirmer la décision de la formation de la CS saisie de la demande d'autorisation de rejeter cette demande, par égard pour l'exercice du pouvoir discrétionnaire de cette cour.

[101] S'il est vrai que la formation de la CA saisie de la demande d'autorisation a commis une erreur en autorisant l'appel, ces interminables procédures ne s'en trouvent pas moins à l'heure actuelle devant nous. Puisque, par ailleurs, c'est la question de fond de l'appel — soit celle de savoir combien l'entente exige que Creston paie à Sattva — qui intéresse réellement les parties, et que les tribunaux d'instance inférieure ont considérablement divergé d'opinion quant à l'interprétation qu'il faut donner à l'entente, il serait bien peu satisfaisant que le véritable litige à l'origine de cette instance ne soit pas réglé. Je vais donc examiner les trois autres questions soulevées en appel comme si l'autorisation d'interjeter appel avait été accordée à bon droit.

C. Norme de contrôle applicable aux affaires régies par l'AA

[102] Abordons les décisions des tribunaux siégeant en appel. Tout d'abord, il est nécessaire de déterminer la norme applicable au contrôle de la sentence arbitrale en fonction de la question à l'égard de laquelle la formation de la CA saisie de la demande d'autorisation a accordé cette dernière : l'arbitre a-t-il interprété la disposition sur les honoraires d'intermédiation à la lumière de l'entente dans son

ensemble? Plus particulièrement, l'a-t-il interprétée en tenant compte de la stipulation relative au « plafond »?

[103] D'entrée de jeu, il convient de souligner que l'*Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, ch. 45, laquelle prévoit les normes de contrôle applicables aux décisions rendues par de nombreux tribunaux administratifs de la Colombie-Britannique (art. 58 et 59), ne s'applique pas aux arbitrages régis par l'AA.

[104] L'examen en appel des sentences arbitrales commerciales s'inscrit dans un régime, strictement défini et adapté aux objectifs de l'arbitrage commercial, qui diffère du contrôle judiciaire d'une décision rendue par un tribunal administratif. Par exemple, la plupart du temps, les parties décident d'un commun accord de soumettre leur différend à l'arbitrage. Il ne s'agit pas d'un processus imposé par la loi. De plus, contrairement à la procédure devant un tribunal administratif, dans le cas d'un arbitrage, les parties à la convention choisissent le nombre d'arbitres et l'identité de chacun. Ces différences révèlent que le cadre relatif au contrôle judiciaire établi dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, et les arrêts rendus depuis, ne peut être tout à fait transposé dans le contexte de l'arbitrage commercial. Par exemple, l'AA interdit le contrôle des conclusions de fait tirées par l'arbitre. En matière d'arbitrage commercial, une telle disposition est absolue. Suivant le cadre établi dans *Dunsmuir*, l'existence d'une disposition d'inattaquabilité (aussi appelée clause privative) n'empêche pas le tribunal judiciaire de procéder au contrôle

d'une décision administrative, elle signale simplement que la déférence est de mise (*Dunsmuir*, par. 31).

[105] Il demeure que le contrôle judiciaire d'une décision rendue par un tribunal administratif et l'appel d'une sentence arbitrale se ressemblent dans une certaine mesure. Dans les deux cas, le tribunal examine la décision rendue par un décideur administratif. En outre, l'expertise constitue un facteur tant en matière de contrôle judiciaire qu'en matière d'arbitrage commercial: quand les parties choisissent leur propre décideur, on peut présumer qu'elles fondent leur choix sur l'expertise de l'arbitre dans le domaine faisant l'objet du litige ou jugent sa compétence acceptable. Pour ces raisons, j'estime que certains éléments du cadre établi dans l'arrêt *Dunsmuir* aident à déterminer le degré de déférence qu'il convient d'accorder aux sentences rendues en matière d'arbitrage commercial.

[106] La jurisprudence depuis l'arrêt *Dunsmuir* vient confirmer qu'il est souvent possible de déterminer la norme de contrôle applicable suivant la nature du litige (voir par exemple *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, par. 44). En matière d'arbitrage commercial, la possibilité d'interjeter appel étant subordonnée à l'existence d'une question de droit, la norme de contrôle est celle de la décision raisonnable, à moins que la question n'appartienne à celles qui entraînent l'application de la norme de la décision correcte, comme les questions constitutionnelles ou les questions de droit qui revêtent une importance capitale pour

le système juridique dans son ensemble et qui sont étrangères au domaine d'expertise du décideur (*Alberta Teachers' Association*, par. 30). La question dont nous sommes saisis, à savoir si l'arbitre a interprété l'entente dans son ensemble, n'appartient pas à l'une ou l'autre de ces catégories. Compte tenu des éléments pertinents de l'analyse établie dans l'arrêt *Dunsmuir*, la norme de la décision raisonnable s'applique en l'espèce.

D. *L'arbitre a donné une interprétation raisonnable de l'entente considérée dans son ensemble*

[107] Essentiellement pour les mêmes motifs que ceux exprimés par le juge Armstrong aux par. 57 à 75 de la décision de la CS sur l'appel, je suis d'avis que l'arbitre, en déterminant que Sattva était en droit de recevoir ses honoraires d'intermédiation en actions, à raison de 0,15 \$ l'action, a donné une interprétation raisonnable de l'entente considérée dans son ensemble. Le juge Armstrong a contrôlé la décision de l'arbitre selon la norme de la décision correcte, mais ses motifs démontrent amplement le caractère raisonnable de cette décision. L'analyse qui suit est largement fondée sur son raisonnement.

[108] La question que devait trancher l'arbitre portait sur la date qui doit être retenue pour évaluer le cours de l'action aux fins du versement des honoraires d'intermédiation : la date établie selon la définition du cours qui figure dans l'entente ou la date du versement des honoraires d'intermédiation.

[109] L'arbitre a conclu que la valeur calculée selon la définition du cours l'emportait, soit 0,15 \$ l'action. Selon lui, tel constat découlait des termes de l'entente et était [TRADUCTION] « clair et incontestable » (par. 23). Apparemment, comme il estimait que ce point était clair, il ne l'a pas motivé abondamment.

[110] Dans l'arrêt *Newfoundland and Labrador Nurses' Union*, la juge Abella cite le professeur David Dyzenhaus pour expliquer que les tribunaux siégeant en révision peuvent compléter les motifs du décideur de première ligne dans le cadre de l'analyse du caractère raisonnable :

[TRADUCTION] Le « caractère raisonnable » s'entend ici du fait que les motifs étayent, effectivement ou en principe, la conclusion. Autrement dit, même si les motifs qui ont en fait été donnés ne semblent pas tout à fait convenables pour étayer la décision, la cour de justice doit d'abord chercher à les compléter avant de tenter de les contrecarrer. Car s'il est vrai que parmi les motifs pour lesquels il y a lieu de faire preuve de retenue on compte le fait que c'est le tribunal, et non la cour de justice, qui a été désigné comme décideur de première ligne, la connaissance directe qu'a le tribunal du différend, son expertise, etc., il est aussi vrai qu'on doit présumer du bien-fondé de sa décision même si ses motifs sont lacunaires à certains égards. [Soulignement ajouté par la juge Abella; par. 12.]

(Citation de D. Dyzenhaus, « The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy », dans M. Taggart, dir., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, p. 304.)

Par conséquent, on peut supposer que l'explication donnée par le juge Armstrong du jeu de la définition du cours et de la stipulation relative au « plafond » complète les motifs de l'arbitre.

[111] Les deux clauses en cause sont la définition du cours et la stipulation relative au « plafond » :

[TRADUCTION]

2. DÉFINITIONS

« **cours** », pour les sociétés dont les titres sont inscrits à la cote de la Bourse de croissance TSX, a le sens qui lui est attribué dans le Guide du financement des sociétés de la Bourse de croissance TSX, c'est-à-dire qu'il s'entend du cours de clôture des actions le dernier jour ouvrable avant la publication du communiqué de presse annonçant l'acquisition. Pour les sociétés cotées à la Bourse TSX, le cours s'entend du cours de clôture moyen des actions de la société à une bourse reconnue cinq jours de bourse avant la publication du communiqué de presse annonçant l'acquisition.

Et :

3. HONORAIRES D'INTERMÉDIATION

3.1 [...] la société convient qu'à la conclusion d'une acquisition qui lui a été présentée par l'intermédiaire, elle verse à l'intermédiaire des honoraires (des « honoraires d'intermédiation »), calculés en fonction de la contrepartie versée au vendeur, dont le montant est égal au plafond payable conformément aux règles et politiques de la Bourse de croissance TSX. Ces honoraires d'intermédiation sont versés en actions de la société en fonction du cours ou, au choix de l'intermédiaire, en actions et en argent, dans la mesure où le montant des honoraires n'excède pas le plafond énoncé au point 3.3 de la politique 5.1 de la Bourse — Plafond des honoraires d'intermédiation. [Je souligne.]

[112] L'article 3.1 de l'entente permet à Sattva de recevoir ses honoraires d'intermédiation en actions en fonction du « cours ». Aux termes de l'article 2 de l'entente, le cours des titres des sociétés cotées à la Bourse de croissance TSX est égal

au [TRADUCTION] « cours de clôture des actions le dernier jour ouvrable avant la publication du communiqué de presse annonçant l'acquisition ». En l'espèce, compte tenu de la définition du cours, l'action vaudrait 0,15 \$. Le passage « dans la mesure où le montant des honoraires n'excède pas le plafond énoncé au point 3.3 de la politique 5.1 de la Bourse — Plafond des honoraires d'intermédiation » tiré de l'article 3.1 de l'entente constitue la stipulation relative au « plafond ». Cette stipulation limite le montant des honoraires d'intermédiation. Le plafond correspond dans le cas qui nous occupe à 1,5 million \$US (voir le point 3.3 de la politique 5.1 de la Bourse à l'annexe II).

[113] La stipulation relative au « plafond » limite le montant des honoraires d'intermédiation, mais elle ne change rien à la définition du cours. Comme l'explique le juge Armstrong, la définition du cours fixe la date à laquelle un moyen de paiement (dollars américains) est converti en un autre (actions) :

[TRADUCTION] Le moyen de paiement des honoraires d'intermédiation est clairement établi par l'entente conclue en ce sens. La valeur marchande de ces actions au moment où les parties ont conclu cette entente était inconnue. L'intimée établit une analogie entre le paiement en actions des honoraires d'intermédiation de 1,5 million \$US et une entente hypothétique en vertu de laquelle la somme de 1,5 million \$US serait convertie en dollars canadiens. Dans les deux cas, les honoraires seraient payés en devises différentes. Le taux de change d'une à l'autre serait fixé à une date précise, tout comme l'est le cours de l'action dans l'entente relative aux honoraires. Ce taux de change permettrait de calculer la somme à verser en dollars canadiens en règlement des honoraires de 1,5 million \$US, tout comme le cours permet de déterminer le nombre d'actions cédées en règlement des honoraires. Le dollar canadien est une forme de paiement, au même titre que l'action. Il importe peu que la valeur du dollar canadien augmente ou diminue après la date fixée pour établir le taux de change. Le montant des honoraires payé est toujours

égal à 1,5 million \$US. Il est converti en un certain nombre de dollars canadiens (ou d'actions) équivalant au montant des honoraires en fonction de la valeur de la devise à la date à laquelle cette valeur est déterminée. (par. 71)

(décision de la CS sur l'appel, par. 71)

[114] Comme l'explique le juge Armstrong, accepter la position de Creston revient à ne pas tenir compte de la définition du cours et à fixer le cours de l'action en fonction de l'évaluation faite en prévision d'un placement privé.

[115] Cependant, rien dans l'entente n'indique, expressément ou implicitement, qu'il faille réévaluer avant la date du versement des honoraires d'intermédiation la conformité à la stipulation relative au « plafond ». L'entente ne précise pas non plus — ni expressément, ni implicitement — la base sur laquelle il faudrait procéder à une telle réévaluation — en l'occurrence un placement privé. Accepter l'interprétation de Creston reviendrait à faire fi du libellé de l'entente selon lequel les [TRADUCTION] « honoraires d'intermédiation sont versés en actions de la société en fonction du cours ».

[116] La sentence arbitrale, selon laquelle l'action devrait être évaluée en fonction de la définition du cours, donne effet à cette dernière et à la stipulation relative au « plafond ». Comme l'explique le juge Armstrong, l'interprétation par l'arbitre de l'entente atteint cet objectif en conciliant la définition du cours et la stipulation relative au « plafond » d'une manière qui ne peut être considérée comme déraisonnable.

[117] Comme l'explique le juge Armstrong, fixer le cours de l'action en avance engendre un risque qui rend le paiement en actions qualitativement différent du paiement en argent. Le versement des honoraires sous forme d'actions présente un risque inhérent, qui ne se pose pas dans le cas du versement en argent. Les honoraires payés en argent ont une valeur prédéterminée. Par contre, quand les honoraires sont versés en actions, le cours de l'action (ou le mécanisme permettant de le déterminer) est fixé à l'avance. Cependant, le cours de l'action fluctue avec le temps. La personne qui reçoit des honoraires payés en actions espère une augmentation du cours, de sorte que ses actions auront une valeur marchande supérieure à celle qui est établie selon le cours prédéterminé. En revanche, si le cours chute, cette personne reçoit des actions dont la valeur est inférieure à celle des actions selon le cours prédéterminé. Ce risque est bien connu de ceux qui évoluent dans ce milieu, et Creston et Sattva, des parties avisées, en auraient eu connaissance.

[118] En acceptant un paiement en actions, Sattva acceptait de se soumettre à la volatilité du marché. Si l'action de Creston avait chuté, Sattva aurait tout de même été liée par la valeur déterminée en application de la définition du cours, de sorte qu'elle aurait reçu des actions d'une valeur marchande inférieure au plafond de 1,5 million \$US. Il ne serait guère logique d'accepter le risque d'une baisse du cours de l'action sans avoir la possibilité de bénéficier d'une hausse. Pour reprendre les propos du juge Armstrong :

[TRADUCTION] Il serait contraire aux principes commerciaux reconnus de protéger l'appelante de la hausse du cours de l'action dont bénéficiait

l'intimée à la date de versement des honoraires, alors qu'une telle augmentation était prévisible et aurait dû être soulevée par l'appelante, tout comme il serait contraire aux principes commerciaux reconnus, et aux termes de l'entente relative aux honoraires, d'augmenter le nombre d'actions cédées à l'intimée dans le cas où leur valeur aurait baissé par rapport au cours en vigueur à la date du versement des honoraires. Les deux parties ont reconnu, quand elles ont conclu l'entente relative aux honoraires, la possibilité de fluctuation de la valeur de l'action après la définition du cours.

(décision de la CS sur l'appel, par. 70.)

[119] Pour ces raisons, on ne peut prétendre que l'arbitre n'a pas tenu compte de la stipulation de l'entente relative au « plafond ». Le raisonnement de l'arbitre, que le juge Armstrong explique, satisfait à la norme du caractère raisonnable dont les attributs sont la justification, la transparence et l'intelligibilité (*Dunsmuir*, par. 47).

E. *La formation saisie de l'appel n'est pas liée par les observations formulées par la formation saisie de la demande d'autorisation sur le bien-fondé de l'appel*

[120] La cour d'appel a conclu qu'elle-même et la formation de la CS saisie de l'appel étaient liées par les conclusions tirées par la formation de la CA saisie de la demande d'autorisation en ce qui a trait non seulement à la décision d'autoriser l'appel, mais aussi au bien-fondé de l'appel. Autrement dit, elle a conclu que la formation de la CS saisie de l'appel avait commis une erreur de droit en faisant fi des conclusions de la formation de la CA saisie de la demande d'autorisation quant au bien-fondé de l'appel.

[121] La formation de la CA saisie de l'appel a mis en relief deux conclusions précises quant au bien-fondé de l'appel qui, à son avis, la liaient elle, et aussi la formation de la CS saisie de l'appel: 1° il serait incongru que l'entente permette à Sattva, si elle opte pour le versement de ses honoraires en argent, de toucher 1,5 million \$US alors que, si elle opte pour le versement sous forme d'actions, elle recevra un portefeuille valant environ 8 millions \$ et 2° l'arbitre n'a pas tenu compte de cette anomalie et a fait fi de l'art. 3.1 de l'entente.

[TRADUCTION] Le juge [de la CS saisi de l'appel] a conclu que l'arbitre avait expressément tenu compte du plafond des honoraires payables conformément au paragraphe 3.1 de l'entente et que sa sentence était correcte.

Cette conclusion est contraire aux remarques formulées par la juge Newbury dans l'appel antérieur selon lesquelles, si ses honoraires étaient versés en actions, à raison de 0,15 \$ l'unité, Sattva obtiendrait des honoraires d'une valeur, à la date du versement des honoraires, de plus de 8 millions \$. Si elle optait pour le versement en argent, elle recevrait un montant de 1,5 million \$US. La juge Newbury a statué expressément que l'arbitre n'avait pas soulevé cette anomalie et qu'il n'avait pas tenu compte du sens du paragraphe 3.1 de l'entente.

Le juge [de la CS saisi de l'appel] était tenu d'accepter ces conclusions. De même, à défaut d'une décision d'une formation de cinq juges en l'espèce, nous devons aussi accepter ces conclusions. [par. 42 à 44]

[122] Avec tout le respect que je lui dois, j'estime que la formation de la CA saisie de l'appel a commis une erreur en concluant que les commentaires sur le bien-fondé de l'appel formulés par la formation de la CA saisie de la demande d'autorisation la liaient elle, de même que la formation de la CS saisie de l'appel. Le tribunal chargé de statuer sur une demande d'autorisation ne tranche pas l'affaire sur

le fond (*Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3, par. 88). Il détermine uniquement s'il est justifié d'accorder l'autorisation, et non si l'appel sera accueilli (*Pacifica Mortgage Investment Corp. c. Laus Holdings Ltd.*, 2013 BCCA 95, 333 B.C.A.C. 310, par. 27, autorisation d'appel refusée, [2013] 3 R.C.S. viii). Cela vaut même lorsque l'étude de la demande d'autorisation appelle un examen préliminaire de la question de droit en cause, comme c'est le cas en l'espèce. L'autorisation accordée ne saurait lier le tribunal chargé de statuer sur l'appel ni restreindre ses pouvoirs (*Tamil Co-operative Homes Inc. c. Arulappah* (2000), 49 O.R. (3d) 566 (C.A.), par. 32).

[123] Creston concède ce point, mais prétend que la conclusion tirée par la formation de la CA saisie de l'appel selon laquelle elle était liée par les conclusions de celle saisie de la demande d'autorisation était sans conséquence parce que la première est arrivée à la même conclusion que la seconde sur le bien-fondé, à l'issue d'un raisonnement distinct et indépendant.

[124] Le fait que la formation de la CA saisie de l'appel soit arrivée à la même conclusion que celle saisie de la demande d'autorisation pour des motifs différents n'annule pas l'erreur. Dès lors que la formation de la CA saisie de l'appel a accordé un caractère obligatoire aux motifs concernant le bien-fondé de l'appel énoncés par celle saisie de la demande d'autorisation, elle ne pouvait guère arriver à une autre décision. Comme le souligne l'avocat de Sattva, considérer comme impérative la décision relative à la demande d'autorisation rendrait l'appel futile.

VI. Conclusion

[125] La formation de la CA saisie de la demande d'autorisation a commis une erreur en accordant l'autorisation d'interjeter appel en l'espèce. Quoiqu'il en soit, la sentence arbitrale était raisonnable. L'appel interjeté à l'encontre des décisions de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique datées du 14 mai 2010 et du 7 août 2012 est accueilli avec dépens devant toutes les cours. La sentence arbitrale est rétablie.

ANNEXE I

Dispositions pertinentes de l'entente relative aux honoraires d'intermédiation conclue entre Sattva et Creston

(a) Définition du « cours » :

2. DÉFINITIONS

« **cours** », pour les sociétés dont les titres sont inscrits à la cote de la Bourse de croissance TSX, a le sens qui lui est attribué dans le Guide du financement des sociétés de la Bourse de croissance TSX, c'est-à-dire qu'il s'entend du cours de clôture des actions le dernier jour ouvrable avant la publication du communiqué de presse annonçant l'acquisition. Pour les sociétés cotées à la Bourse TSX, le cours s'entend du cours de clôture moyen des actions de la société à une bourse reconnue cinq jours de bourse avant la publication du communiqué de presse annonçant l'acquisition.

(b) Disposition relative aux honoraires d'intermédiation (laquelle contient la stipulation relative au « plafond ») :

3. HONORAIRES D'INTERMÉDIATION

3.1 ... la société convient qu'à la conclusion d'une acquisition qui lui a été présentée par l'intermédiaire, elle verse à l'intermédiaire des honoraires (des « honoraires d'intermédiation »), calculés en fonction de la contrepartie versée au vendeur, dont le montant est égal au plafond payable conformément aux règles et politiques de la Bourse de croissance TSX. Ces honoraires d'intermédiation sont versés en actions de la société en fonction du cours ou, au choix de l'intermédiaire, en actions et en argent, dans la mesure où le montant des honoraires n'excède pas le plafond énoncé au point 3.3 de la politique 5.1 de la Bourse — Plafond des honoraires d'intermédiation.

ANNEXE II

Point 3.3 de la politique 5.1 de la Bourse de croissance TSX : Emprunts, primes, honoraires d'intermédiation et commissions

3.3 Plafond des honoraires d'intermédiation

Les honoraires d'intermédiation sont assujettis à un plafond si l'avantage que retire l'émetteur prend la forme d'un achat ou d'une vente d'actifs ou d'une convention de coentreprise, ou si son avantage n'est pas lié à un financement précis. La contrepartie devrait être exprimée à la fois en valeur monétaire et en pourcentage de la valeur de l'avantage reçu. Sauf dans des circonstances exceptionnelles, les honoraires d'intermédiation ne doivent pas dépasser les pourcentages suivants :

Avantage	Honoraires d'intermédiation
300 000 \$ et moins	Jusqu'à 10 %
Entre 300 000 \$ et 1 000 000 \$	Jusqu'à 7,5 %
1 000 000 \$ et plus	Jusqu'à 5 %

De façon générale, les honoraires ou la commission, exprimés en pourcentage de la valeur monétaire de l'avantage, devraient être inversement proportionnels à cette valeur.

ANNEXE III

Commercial Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, ch. 55, (dans sa version du 12 janvier 2007) (maintenant l'Arbitration Act)

[TRADUCTION]

Appel devant le tribunal

- 31** (1) Une partie à l'arbitrage peut interjeter appel au tribunal sur toute question de droit découlant de la sentence si, selon le cas :
- a) toutes les parties à l'arbitrage y consentent,
 - b) le tribunal accorde l'autorisation.
- (2) Relativement à une demande d'autorisation présentée en vertu de l'alinéa (1)(b), le tribunal peut accorder l'autorisation s'il estime que, selon le cas :
- a) l'importance de l'issue de l'arbitrage pour les parties justifie son intervention et que le règlement de la question de droit peut permettre d'éviter une erreur judiciaire,
 - b) la question de droit revêt de l'importance pour une catégorie ou un groupe de personnes dont le demandeur fait partie,
 - c) la question de droit est d'importance publique.
- (3) Si le tribunal accorde l'autorisation en vertu du présent article, il peut assortir des conditions qu'il estime équitables l'ordonnance accordant l'autorisation.
- (4) En appel, le tribunal peut, selon le cas :
- a) confirmer, modifier ou annuler la sentence,
 - b) renvoyer la sentence à l'arbitre avec l'opinion du tribunal sur la question de droit qui a fait l'objet de l'appel.

Pourvoi accueilli avec dépens devant toutes les cours.

Procureurs de l'appelante : McCarthy Tétrault, Vancouver.

Procureurs de l'intimée : Miller Thomson, Vancouver.

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

Procureurs de l'intervenante BCICAC Foundation : Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

TAB J

UNITED STATES - MEASURE AFFECTING IMPORTS OF WOVEN WOOL SHIRTS AND BLOUSES FROM INDIA

AB-1997-1(English & French)

**(US WOOL SHIRTS AND BLOUSES (DS 33)- Includes a one page
summary)**

US – WOOL SHIRTS AND BLOUSES¹

(DS33)

PARTIES		AGREEMENT	TIMELINE OF THE DISPUTE	
Complainant	India	ATC Arts. 6 and 2.4	Establishment of Panel	17 April 1996
			Circulation of Panel Report	6 January 1997
Respondent	United States		Circulation of AB Report	25 April 1997
			Adoption	23 May 1997

1. MEASURE AND PRODUCT AT ISSUE

- **Measure at issue:** Temporary safeguard measure imposed by the United States in the form of a quota on certain imports from India.
- **Product at issue:** Woven wool shirts and blouses from India.

2. SUMMARY OF KEY PANEL/AB FINDINGS

- **ATC Art. 6 (transitional safeguard measures):** The Panel found that the United States violated Arts. 6.2 and 6.3 because it failed to meet the causation and serious damage (and threat of serious damage) requirements therein when imposing its transitional safeguard measure, in particular, by not examining the data relevant to the “woven wool shirts and blouses industry”, as opposed to the “woven shirts and blouses industry in general”. The Panel also considered the list of industry impact factors in Art. 6.3 to be a mandatory list: an investigating authority must demonstrate that it considered the relevance or otherwise of each of the listed items in Art. 6.3. Moreover, the Panel stated that under Art. 6.3, “some consideration and a relevant and adequate explanation have to be provided of how the facts as a whole support the conclusion that the termination is consistent with the requirements of the ATC”.
- **ATC Art. 2.4 (prohibition on new restrictions):** The Panel found that, by violating Art. 6, the United States also violated Art. 2.4, which prohibits the imposition of restraints on the import of textiles and clothing beyond those restraints permitted under the ATC.

3. OTHER ISSUES²

- **Burden of proof:** The Appellate Body upheld the Panel's interpretation and adopted the rule used by most international tribunals, clarifying the rule on the burden of proof by stating that “the burden of proof rests upon the party, whether complaining or defending, who asserts the affirmative of a particular claim or defence”. Also, the Appellate Body found that ATC Art. 6, which governs transitional safeguards with respect to textile products, does not constitute an affirmative defence, but rather a “fundamental part of the rights and obligations of WTO Members... during the [ATC] transition period”, and thus, a Member claiming that the United States violated this right must “assert and prove its claim.”
- **Judicial economy:** The Appellate Body upheld the Panel's exercise of judicial economy and found that, under DSU Art. 11, panels are not required to make a finding on every claim raised, but rather panels may practise “judicial economy” and make findings on only those claims necessary to resolve a dispute.

¹ *United States – Measure Affecting Imports of Woven Wool Shirts and Blouses from India*

² Other issues addressed: Appellate Body's revised schedule (Working Procedures for Appellate Review, Rule 16(2)); scope of appellate review (DSU Art. 17.13); expired measure (panel's mandate in its terms of reference); standard of review; role of the TMB and dispute settlement mechanism.



ÉTATS-UNIS – CHEMISES ET BLOUSES DE LAINE¹

(DS33)

PARTIES		ACCORDS	ÉTAPES DU DIFFÉREND	
Plaignant	Inde	Articles 6 et 2:4 de l'ATV	Établissement du Groupe spécial	17 avril 1996
			Distribution du rapport du Groupe spécial	6 janvier 1997
Défendeur	États-Unis		Distribution du rapport de l'Organe d'appel	25 avril 1997
			Adoption	23 mai 1997

1. MESURE ET PRODUITS EN CAUSE

- Mesure en cause: La mesure de sauvegarde provisoire imposée par les États-Unis sous la forme d'un contingent visant certaines importations en provenance d'Inde.
- Produits en cause: Les chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d'Inde

2. RÉSUMÉ DES PRINCIPALES CONSTATATIONS DU GROUPE SPÉCIAL/DE L'ORGANE D'APPEL

- Article 6 de l'ATV (préjudice grave et lien de causalité): Le Groupe spécial a constaté que les États-Unis avaient enfreint l'article 6 (6:2 et 6:3) parce qu'ils n'avaient pas satisfait aux prescriptions relatives à l'existence d'un lien de causalité et d'un préjudice grave (et d'une menace de préjudice grave) énoncées dans cet article lorsqu'ils avaient imposé leur mesure de sauvegarde transitoire, en particulier en omettant d'examiner les données concernant la «branche de production de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés», par opposition à la «branche de production des chemises, chemisiers et blouses tissés en général». Il a également estimé que la liste des facteurs pouvant avoir un effet sur la branche de production, qui figure à l'article 6:3, était impérative: l'autorité chargée de l'enquête devait démontrer qu'elle s'était interrogée sur la pertinence de chacun des facteurs énumérés à l'article 6:3. De plus, il a indiqué qu'au titre de cet article, «il [fallait] fournir une certaine analyse et une explication pertinente et adéquate de la manière dont les faits dans leur ensemble éta[yaient] la conclusion que la détermination [était] conforme aux prescriptions de l'ATV».
- Article 2:4 de l'ATV: Le Groupe spécial a constaté qu'en enfreignant l'article 6, les États-Unis avaient également enfreint l'article 2:4, qui interdisait l'imposition de limitations aux importations de textiles et de vêtements au-delà de celles qui étaient autorisées en vertu de l'ATV.

3. AUTRES QUESTIONS²

- Charge de la preuve: Confirmant l'interprétation du Groupe spécial et adoptant la règle appliquée par la plupart des tribunaux internationaux, l'Organe d'appel a clarifié la règle concernant la charge de la preuve en indiquant que «la charge de la preuve incomb[ait] à la partie, qu'elle soit demanderesse ou défenderesse, qui établi[ssait], par voie d'affirmation, une allégation ou un moyen de défense particulier». Il a également constaté que l'article 6 de l'ATV, qui régissait les sauvegardes transitoires applicables aux produits textiles, ne constituait pas un moyen de défense affirmatif, mais plutôt une «partie fondamentale des droits et obligations des Membres de l'OMC ... pendant la période transitoire [de l'ATV]», et donc, qu'un Membre alléguant que les États-Unis enfreignaient ce droit devait «soutenir et prouver son allégation».
- Principe d'économie jurisprudentielle: L'Organe d'appel a reconnu le bien-fondé de la décision du Groupe spécial d'appliquer le principe d'économie jurisprudentielle et a constaté qu'au titre de l'article 11 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends, les groupes spéciaux n'étaient pas obligés de se prononcer sur chacune des allégations formulées, mais devaient plutôt appliquer le «principe d'économie jurisprudentielle» et ne devaient rendre des constatations que sur les allégations qu'ils jugeaient nécessaires pour résoudre le différend en question.

¹ États-Unis – Mesure affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d'Inde.

² Autres questions traitées dans la présente affaire: le plan de travail révisé de l'Organe d'appel (Procédures de travail pour l'examen en appel, règle 16 2)); le champ de l'examen en appel (article 17:13 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends); la venue à expiration d'une mesure (mandat du groupe spécial); le critère d'examen; le rôle de l'OSpT et le mécanisme de règlement des différends.

Appellate Body

**UNITED STATES - MEASURE AFFECTING IMPORTS OF
WOVEN WOOL SHIRTS AND BLOUSES FROM INDIA**

AB-1997-1

Report of the Appellate Body

WORLD TRADE ORGANIZATION
APPELLATE BODY

*United States - Measure Affecting Imports of
Woven Wool Shirts and Blouses from India*

India, Appellant

United States, Appellee

AB-1997-1

Present:

Beeby, Presiding Member

Bacchus, Member

Matsushita, Member

I. Introduction

India appeals from certain issues of law and legal interpretations in the Panel Report, *United States - Measure Affecting Imports of Woven Wool Shirts and Blouses from India*, WT/DS33/R (the "Panel Report"). That Panel was established on 17 April 1996 to consider a complaint by India against the United States relating to a transitional safeguard restraint imposed on imports of woven wool shirts and blouses (category 440) from India.

The measure was imposed by the United States on 14 July 1995 after bilateral consultations with India in April and June 1995 did not result in a mutually-agreed solution. The restraint was effective as from 18 April 1995 for one year and was later extended through 17 April 1997. The United States took this transitional safeguard action pursuant to Article 6 of the *Agreement on Textiles and Clothing* (the "ATC"). As required by Article 6.10 of the ATC, the United States referred the matter to the Textiles Monitoring Body (the "TMB"), which concluded - and confirmed upon review - that the transitional safeguard action in this case was imposed in accordance with the requirements of the ATC. The TMB found that "actual threat of serious damage had been demonstrated" and that "this actual threat could be attributed to the sharp and substantial increase in imports from India".¹ At India's request, the Dispute Settlement Body (the "DSB") established a panel (the "Panel") to examine the legality of the United States' transitional safeguard measure.

¹G/TMB/R/3, confirmed in G/TMB/R/6.

After the release of the interim report of the Panel, the United States announced that it would withdraw the transitional safeguard measure, effective as of 22 November 1996, “due to a steady decline in imports of woven wool shirts and blouses from India and the adjustment of the industry”. Nevertheless, India requested that the Panel continue its work and produce a comprehensive report on the dispute. The Panel Report in *United States - Measure Affecting Imports of Woven Wool Shirts and Blouses from India* was circulated to the Members of the World Trade Organization (the "WTO") on 6 January 1997. The Panel Report contains the following conclusions and recommendations:

8.1 We conclude that the US restraint applied as of 18 April 1995 on imports of woven wool shirts and blouses, category 440, from India and its extensions violated the provisions of Articles 2 and 6 of the ATC. Since Article 3.8 of the DSU provides that “In cases where there is an infringement of the obligations assumed under a covered agreement, the action is considered *prima facie* to constitute a case of nullification and impairment”, we conclude that the said US measure nullified and impaired the benefits of India under the WTO Agreement, in particular under the ATC. The Panel recommends that the Dispute Settlement Body make such a ruling.

On 24 February 1997, India notified the DSB² of its decision to appeal certain issues of law covered in the Panel Report and certain legal interpretations developed by the Panel, pursuant to Article 16.4 of the *Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes* (the "DSU"), and filed a notice of appeal with the Appellate Body pursuant to Rule 20 of the *Working Procedures for Appellate Review* (the "Working Procedures"). Pursuant to Rule 21 of the *Working Procedures*, India filed an appellant's submission on 6 March 1997. At the request of the United States, pursuant to Rule 16(2) of the *Working Procedures*, the Appellate Body extended the time for the United States to file its appellee's submission to 24 March 1997. On that date, the United States filed its submission pursuant to Rule 22 of the *Working Procedures*.

The oral hearing provided for in Rule 27 of the *Working Procedures* was held on 7 April 1997. The participants presented their arguments and answered questions from the Division of the Appellate Body hearing the appeal.

²WT/DS33/3, 24 February 1997.

II. Arguments of the Participants

A. *India*

India agrees with the overall conclusions of the Panel Report, but alleges that the Panel erred in law when making its findings on the burden of proof, on the TMB and on the issue of judicial economy.

1. Burden of Proof

India notes that the Panel made statements on the burden of proof in its findings in paragraph 7.12 of the Panel Report as well as in its comments on the interim review in paragraph 6.7 of the Panel Report. India argues that both statements are incorrect, and furthermore, are contradictory. India asserts that the specific interim review comments at issue are part of the findings to be reviewed by the Appellate Body.

India asserts that the fact that India had initiated dispute settlement proceedings did not impose upon India the obligation to establish that the United States had violated Article 6 of the *ATC*, as the Panel stated in paragraph 7.12, nor the obligation to present a *prima facie* case to that effect, as the Panel stated in paragraph 6.7. According to India, the issue of the burden of proof is an issue of substantive law and must be answered solely on the basis of the substantive law of the WTO in the light of the customary rules of interpretation of public international law. India maintains that the question of whether it is up to a particular Member to demonstrate an inconsistency with the *Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization*³ (the "*WTO Agreement*") does not depend on whether the Member is a complaining or a respondent party in the proceedings in which the inconsistency is at issue, but rather on the nature of the provision invoked. In India's view, the rules on the burden of proof determine which party in the dispute must make a legal claim and supply the evidence; the function of the rules is to ensure that a dispute can be settled even if the legal claims and factual information before the panel are incomplete. As India reads it, according to the Panel's comments on the interim review, both parties bear a burden of proof of different degrees.

Moreover, India argues that the Panel's finding on the distribution of the burden of proof is inconsistent with the finding on the same issue by the concurrent WTO panel in *United States -*

³Done at Marrakesh, Morocco, 15 April 1994.

Restrictions on Imports of Cotton and Man-made Fibre Underwear.⁴ India points to that panel's statement that the principle that the party invoking the exception carries the burden of proof is well-established in the GATT 1947 practice.⁵ Thus, India argues that in making its finding on burden of proof in this case, the Panel failed to take into account the customary practice of the CONTRACTING PARTIES under the GATT 1947. India maintains that the *ATC* is an exception to the GATT 1994 because it authorizes the temporary maintenance of measures inconsistent with Articles XI and XIII of the GATT 1994. India argues that within that temporary and exceptional regime deviating from basic GATT principles, Article 6 of the *ATC* establishes an exception from the general principles of trade in textiles and clothing that are set out in Article 2.4 of the *ATC* by authorizing the introduction of new and discriminatory quantitative restraints within the framework of what Article 6.1 of the *ATC* describes as "a specific transitional safeguard mechanism" that "should be applied as sparingly as possible". India concludes that the principles applied to the exceptions in the GATT 1994, therefore, apply with even greater force to Article 6 of the *ATC*. In India's view, the Panel's finding on burden of proof changes the operation of the substantive requirements under Article 6 of the *ATC*, upsetting the negotiated balance of interests between importing and exporting Members under the *ATC*.

2. The TMB

India asserts that the Panel's finding in paragraph 7.20 of the Panel Report that the TMB, when examining a transitional safeguard measure in accordance with Article 6.10 of the *ATC*, "is not limited to the initial information submitted by the importing Member as parties may submit additional and other information in support of their positions, which, we understand, may relate to subsequent events"⁶, was requested neither by India nor by the United States. India contends that this finding attributes to the TMB discretionary powers that neither of the parties to the dispute suggested the TMB had.

India argues that the *ATC* and the *DSU* accord exporting Members three important procedural rights: (i) the right to hold consultations on the proposed transitional safeguard action on the basis of specific and factual information; (ii) the right to a review of a transitional safeguard action by the TMB; and (iii) the right to refer the matter to the DSB for examination by a panel. In India's view, the Panel's finding denies Members the benefit of the first two of these three rights.

⁴Adopted 25 February 1997, WT/DS24/R, para. 7.16.

⁵India cites seven GATT 1947 panel reports to demonstrate that there has been a consistently applied and well-established practice that the party invoking an exception bears the burden of proof.

⁶Panel Report, para. 7.20.

India submits that the Panel bases its finding on the erroneous notion that the *ATC* and the *DSU* establish a "two-track process" for the review of transitional safeguard actions, and that therefore the matter on which the TMB makes a recommendation and the matter submitted to the DSB can be different. In India's view, the *ATC* and the *DSU* establish a two-stage procedure under which the same measure is first submitted to the TMB and, if its recommendations are not acceptable, to the DSB. India stresses that the TMB review is a substitute for consultations normally held before the request for the establishment of a panel, and India argues that information that was not available at the time when the safeguard determination was made is not information that is "relevant" in the TMB's review of that determination under Article 6.10 of the *ATC*.

India further asserts that the task of the TMB is to deal with disputes arising from measures actually taken and to carry out those functions that are specifically assigned to it by the *ATC*. According to India, the expression of views on transitional safeguard actions that have not yet been taken is not part of this task. India maintains that by attributing to the TMB this additional competence, even when the Members did not agree to seek views on that matter, the Panel attributed to the TMB the authority to conciliate without the consent of the Members concerned, which is not consistent with the *DSU*.

Finally, India asserts that a comparison of the provisions of the *ATC* on the TMB and the provisions of the Multi-Fibre Arrangement (the "MFA") on the Textiles Surveillance Body (the "TSB"), reveals that the TMB, in contrast to the TSB under the MFA, has a well-defined, limited function of a legal nature.

In response to the argument by the United States that the Panel's statement on the role of the TMB is merely *obiter dicta* on which the Appellate Body need not rule, India argues that Articles 17.6, 17.12 and 17.13 of the *DSU* do not distinguish between *dicta* and findings. According to India, the right to appellate review would be seriously impaired if panels could express legal opinions on any point other than the issues involved in the case before them and Members of the WTO could not seek an appellate review of those opinions.

3. Judicial Economy

India points out that the Panel did not make findings on two of the four issues India submitted to the Panel for examination: namely, whether the United States' failure to specify in its request for consultations whether the proposed transitional safeguard action related to serious damage or the actual threat of serious damage was consistent with Article 6 of the *ATC*; and whether the retroactive

application by the United States of its transitional safeguard action was consistent with Article 2 of the *ATC*.

India argues that, within the framework of the *ATC*, the determination, the request for consultations on a proposed transitional safeguard action and the actual application of the transitional safeguard action must be regarded as distinct measures that can be contested separately. India states that it contested these measures separately not for the purpose of making the panel address theoretical issues, but rather out of a practical concern relating to the implementation of the Panel's recommendations by the United States. India argues that by defining the three factually and legally distinct measures as a single, "contested measure", the Panel denied India the right to an objective assessment of the request for consultations and the application of the transitional safeguard action in accordance with Article 11 of the *DSU*.⁷ India insists that it is not arguing that panels have to address in all instances all legal claims made by the parties. India acknowledges that there are many instances in which a finding on one matter resolves the dispute on another matter. In the present case, however, India maintains that the Panel's findings did not resolve the dispute on the two matters referred to above.

India asserts that the Panel failed to distinguish the contested "measure" from the matter to be examined. India explains that any dispute brought by a WTO Member under Article XXIII:1(a) of the GATT 1994 concerns an act or omission of another Member, that is a "measure". India notes that the dispute settlement procedures of the WTO begin with consultations on a specific measure and end with a recommendation on that measure. However, India maintains that the matter the panel must examine in accordance with Articles 6, 7 and 11 of the *DSU* is not the measure by itself, but rather the legal claims which the parties to the dispute make in connection with the measure. India concludes that the function assigned to a panel under Article 11 of the *DSU* is, thus, to examine all legal claims made relating to all measures at issue. India concludes that by defining its task solely in terms of the measure to be brought into conformity with the *ATC*, the Panel curtailed India's right to an objective assessment of all the legal claims it had made in its request for a panel. India also observes that while a panel must examine all claims made by the parties to the dispute and cannot go beyond these claims, it need not examine all arguments of the parties and can develop its own arguments.

India asserts that the panels established under the GATT 1947 did not apply the concept of judicial economy as suggested by the Panel in the Panel Report. India contends that those previous panels did not systematically end their legal analysis as soon as they had found the contested measure

⁷India also asserts that the question of what constitutes the "measure" that may be maintained in accordance with Article 6.12 of the *ATC* for a period of up to three years and the question of what constitutes "the specific measures at issue" within the meaning of Article 6 of the *DSU* are obviously completely different issues.

to be inconsistent with the GATT 1947, but instead determined the scope of their examination in the light of the objectives and legal interests of the parties to the dispute. India argues that had the Panel in this case been guided by the customary practice of the CONTRACTING PARTIES to the GATT 1947, it would have determined the scope of its examination in the light of India's expressed legal interest in findings on which the Panel failed to rule. Because the Panel in this case was not guided by this customary practice, India argues that matters that could be resolved in one proceeding will have to be resolved instead in multiple proceedings if future panels apply this Panel's concept of judicial economy.

Therefore, India submits that the Panel's application of the notion of judicial economy undermines the objectives of the *DSU*, which are described in Article 3.2 of the *DSU* and in India's view, include both dispute resolution as well as dispute prevention. India maintains that these objectives can only be achieved if panels resolve both the dispute over the particular contested measure and the issues of interpretation arising from all legal claims made in connection with that measure.

B. *United States*

With respect to each of the three issues raised in this appeal, the United States argues that the Panel acted correctly. The United States asks the Appellate Body to affirm the Panel Report.

1. Burden of Proof

The United States argues that the Panel properly addressed the issue of burden of proof in paragraphs 6.7 and 7.12 of the Panel Report. Unlike India, the United States does not see any contradiction between the Panel's statements in paragraphs 6.7 and 7.12 of the Panel Report, and considers paragraph 6.7 to be the final interpretative word on this issue by the Panel. As the United States sees it, the Panel found, consistently with the *DSU*, that both India and the United States had differing burdens to present factual and legal arguments: first, as the complaining party, India had the initial burden of establishing "a *prima facie* case of violation of the ATC, namely, that the restrictions imposed by the United States did not respect the provisions of Article 2.4 and 6 of the ATC"; then, after India had established a *prima facie* case, the United States had the burden "to convince the Panel that, at the time of its determination, it had respected the requirements of Article 6 of the ATC".

The United States argues that the Panel did not assign any burden of proof, in the sense of burden of persuasion, to either India or the United States. The United States contends that India distorts the findings of the Panel when it claims that the Panel held that India had the ultimate burden of

persuasion. According to the United States, the Panel merely required India to meet the burden of going forward with the evidence. The United States argues that it is clear from the ordinary meaning of Articles 3.8, 6.2 and paragraph 5 of the working procedures for panels in Appendix 3 of the *DSU* that India had the obligation to initiate and commence the legal and factual issues, not only at the stage of a request for a panel, but also at the first substantive meeting of the parties. In other words, India had to make a *prima facie* demonstration that the United States' measure violated provisions of the *ATC*. The United States stresses that, in fact, India did so successfully in the present case.

The United States argues that India incorrectly asserts that there is a "consistently applied" and "well-established" GATT practice that the party invoking an exception carries the burden of proof of justifying the use of the exception. According to the United States, the panel reports cited by India in its appellant's submission do not reflect GATT practice justifying India's arguments that: (1) everything other than India's "core rules" are exceptions; (2) all "exceptions" are required to be construed narrowly; and (3) the complaining party has no burden to demonstrate that a so-called "exception" was improperly invoked. The United States maintains that the reports cited are either distinguishable, irrelevant, or contradicted by other reports, and that only in a few special situations involving the general exceptions of the GATT 1994 and other isolated exceptions of the GATT 1994 have panels consistently assigned the ultimate burden of persuasion to a particular party.

According to the United States, in disputes involving the vast majority of GATT provisions, it is well-established practice that the complaining party has the burden of making a *prima facie* case. Furthermore, the United States argues that India's legal taxonomy is overly simplistic in that it treats all so-called "exceptions" identically and fails to consider the reasons why such so-called "exceptions" exist. The United States argues that India also ignores the fact that, in addition to "obligations", WTO Member also have "rights", and that many, if not most, of what would be considered "exceptions" under India's taxonomy are more properly viewed as "rights". The United States argues that India's approach results in a "crude" method of treaty interpretation that is at odds with what the Appellate Body said in *United States - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, in the sense that India's treatment of so-called "exceptions" is not case-by-case, but instead is a simplistic, "one-size-fits-all" mechanical approach to treaty interpretation.⁸

⁸Referring to the Appellate Body Report in *United States - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, AB-1996-1, adopted 20 May 1996, WT/DS2/9, p. 19, the United States argues that India's approach ignores the "object and purpose" of provisions, it provides for no "scrutiny of the factual and legal context in a given dispute" and it disregards "the words actually used by WTO Members themselves to express their intent and purpose".

Finally, the United States argues that India's theory, if accepted, would alter significantly the rights and obligations of WTO Members with respect to a multitude of provisions of the GATT 1994 and other WTO agreements.⁹

Assuming *arguendo* that India correctly asserts that there is a "consistently applied" and "well-established" GATT practice that the party invoking an exception carries the burden of proof, the United States argues that Article 6 of the *ATC* is not such an exception. The non-exceptional nature of Article 6 is reflected in Article 2.4 of the *ATC*, which states two very general rules, namely, that textile restrictions existing before the *ATC* came into force would be grandfathered, and that new restrictions may be introduced only in accordance with the provisions of the *ATC* and other relevant provisions of the GATT 1994. The United States contends that the term "except" used in Article 2.4 of the *ATC* is in this context a synonym for "only", "provided that", or "unless" and cannot be read as an indication that Article 6 of the *ATC* is an exception. The United States adds as well that the text, context and object of Article 6 of the *ATC* support the conclusion that Article 6 is not a provision that compels a shifting of the burden of proof. The United States argues that for importing countries, Article 6 constituted a critical *quid pro quo* for the acceptance of the *ATC*'s phase-out of pre-existing quotas and integration of textiles and clothing trade into the multilateral trading system. The United States asserts that as an integral *ATC* provision, the transitional safeguard mechanism is on an equal footing with the other provisions of the *ATC*, such as the integration schedule of Article 2. Therefore, the United States concludes, the phrase "should be applied as sparingly as possible" in Article 6.1 of the *ATC* does not provide support for the notion that Article 6 is an exceptional provision; rather, that phrase merely reminds Members not to abuse their right to use temporary, transitional safeguard measures.¹⁰ The United States asserts that the treatment of Article 6 of the *ATC* as an exception would upset the carefully negotiated balance of rights and obligations of Article 6.¹¹

2. The TMB

The United States argues that the Panel's discussion of the TMB was mere *obiter dicta* which had no effect on the outcome of the case, and that it is difficult to see how India's procedural rights

⁹The United States asserted that under India's theory, all of the WTO provisions providing special and differential treatment for developing countries would be labelled as exceptions and that, therefore, the burden of persuasion would be on the developing country seeking to rely on one of these provisions.

¹⁰The United States notes that the Appellate Body in *United States - Restrictions on Imports of Cotton and Man-made Fibre Underwear*, AB-1996-3, adopted 25 February 1997, WT/DS24/AB/R, p. 15, did not interpret Article 6 of the *ATC* either narrowly or broadly and indicated that the "as sparingly as possible" language could not be examined in isolation.

¹¹The United States notes that the Appellate Body in *United States - Restrictions on Imports of Cotton and Man-made Fibre Underwear*, did not "loosen up the carefully negotiated language of Article 6.10, which reflect an equally carefully drawn balance of rights and obligations of Members ...".

under the *ATC* have been denied in any way by this *dicta*. The United States considers that the appropriate manner of "addressing" this Panel's *dicta* on an issue raised by neither of the parties would be for the Appellate Body simply to declare this aspect of the report to be *dicta* and not to offer any additional *dicta* of its own with respect to the role of the TMB.

Furthermore, the United States observes that nothing in the text of the *ATC* supports India's assertion that the information considered by the TMB in its examination of the transitional safeguard action must be limited to the information used by the importing Member in making its determination to take the transitional safeguard action. According to the United States, Article 6.10 of the *ATC*, and in particular the phrase, "any other relevant information", clearly contemplates the consideration of information that is not the same as that used by the importing Member at the time of the determination to take the action. The United States also argues that nothing in the *ATC* supports India's assertion that the TMB, in contrast to the TSB, has a well-defined, limited function of a legal nature.

3. Judicial Economy

The United States argues that the Panel did not err by declining to rule on all claims made by India. According to the United States, nothing in the *DSU* or elsewhere in the *WTO Agreement* requires a panel to rule on every claim raised by a party. The United States argues that the text of Article 11 of the *DSU* does not impose such obligation. The United States cites Article 3.7 of the *DSU* for the proposition that the primary function of the dispute settlement system is to resolve disputes by achieving the withdrawal of WTO-inconsistent measures, not to render interpretations or to generate opinions on any issue. The United States notes that Article IX of the *WTO Agreement* provides a mechanism for obtaining authoritative interpretations, as recognized in Article 3.9 of the *DSU*.¹² The United States does not accept India's argument that WTO dispute settlement has the "twin objective" of "dispute resolution" and "dispute prevention". According to the United States, this argument is at odds with Articles 3.7 and 3.9 of the *DSU*. The United States maintains that "dispute prevention" is, at most, a subsidiary function under the *DSU*, and one which does not translate into a legal requirement that a panel address every claim raised by a party.

With respect to India's argument that there are three "measures", rather than one, at issue in this case¹³, the United States observes that it is clear from Article 6.12 of the *ATC* that the "measure"

¹²The United States refers in this context to the Appellate Body Report in *Japan - Taxes on Alcoholic Beverages*, AB-1996-2, adopted 1 November 1996, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, pp. 13-15.

¹³India argues that not only the United States' determination, but also the United States' request for consultations and the backdating of the United States' restraint each constitute a distinct "measure" that can be contested separately.

is in fact the transitional safeguard action, not the procedures leading up to the imposition of the transitional safeguard action. In the opinion of the United States, India's interpretation of "measure" constitutes the sort of arbitrary subdivision of a measure that the Appellate Body criticized in *United States - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*. The United States also argues that India's belated identification of three measures, rather than one measure, is nothing more than a *post hoc* argument presented for the first time in this appeal.

The United States points out that in addition to being consistent with the text of the *DSU*, the Panel's decision to refrain from ruling on certain issues raised by India was consistent with the well-established practice of the GATT 1947 panels, which frequently declined to address claims in situations where the resolution of a claim was unnecessary for the purpose of resolving a dispute. The United States asserts that this practice has been continued under the *DSU* and the *WTO Agreement* by both WTO panels and the Appellate Body.

The United States also suggests that, as an alternative to finding that the Panel did not err when it declined to make findings on certain issues, the Appellate Body, as it did in *Brazil - Measures Affecting Desiccated Coconut*, could simply address the issue by deciding that it is unnecessary to resolve the procedural issue raised by India since it will have absolutely no effect on the previous conclusion by the Panel that the transitional safeguard measure imposed by the United States was inconsistent with the *ATC*.

Finally, the United States observes that the practice of panels and the Appellate Body in refraining from making findings that are unnecessary to the resolution of disputes has been described as being based on concerns of judicial economy. The United States argues that to the extent such concerns were valid under the pre-WTO regime, they are, in view of the number of matters now referred to the DSB, even more valid today. In order to preserve the integrity of the WTO system in general, and the dispute settlement mechanism in particular, the United States argues that both panels and the Appellate Body should focus only on those claims that must be addressed to resolve a dispute.

III. Issues Raised in this Appeal

This appeal raises the following legal issues:

- (a) Whether a party claiming that a transitional safeguard action violates Article 6 of the *ATC* has the burden of demonstrating that there has been an infringement of the obligations assumed under the *ATC*;
- (b) Whether the TMB is limited in its examination of a transitional safeguard action pursuant to Article 6.10 of the *ATC* to the evidence used by the importing Member in making its determination to take such action, or may also consider developments and information subsequent to that determination; and
- (c) Whether, under Article 11 of the *DSU*, a complaining party is entitled to a finding on all of the legal claims it makes to a panel relating to the measure in dispute.

IV. Burden of Proof

On the issue of burden of proof, the Panel concluded the following at paragraph 7.12 of the "Findings" section of the Panel Report:

The parties seem to have addressed two different aspects of what one might call the "burden of proof" issue. We believe that a distinction should be made. First, we consider the question of which party bears the burden of proof before the Panel. Since India is the party that initiated the dispute settlement proceedings, we consider that it is for India to put forward factual and legal arguments in order to establish that the US restriction was inconsistent with Article 2 of the *ATC* and that the US determination for a safeguard action was inconsistent with the provisions of Article 6 of the *ATC*. Second, we consider the question of what the importing Member must demonstrate at the time of its determination. Concerning the substantive obligations under Article 6 of the *ATC*, it is clear from the wording of Article 6.2 and 6.3 of the *ATC* that, in its determination of the need for the proposed restraint, the United States had the obligation to demonstrate that it had complied with the relevant conditions of application of Article 6.2 and 6.3 of the *ATC*.

The Panel illuminated this finding at paragraph 6.7 in the "Interim Review" section of the Panel Report:

Concerning India's comment about burden of proof, it was for India to submit a *prima facie* case of violation of the ATC, namely, that the restriction imposed by the United States did not respect the provisions of Articles 2.4 and 6 of the ATC. It was then for the United States to convince the Panel that, at the time of its determination, it had respected the requirements of Article 6 of the ATC.

Although the Panel's finding at paragraph 7.12 and comments on interim review at paragraph 6.7 of the Panel Report are not a model of clarity, we do not believe the Panel erred in law. We agree with the Panel that it was up to India to present evidence and argument sufficient to establish a presumption that the transitional safeguard determination made by the United States was inconsistent with its obligations under Article 6 of the ATC. With this presumption thus established, it was then up to the United States to bring evidence and argument to rebut the presumption.

The foundation of dispute settlement under Article XXIII of the GATT 1994 is the assurance to Members of the benefits accruing directly or indirectly to them under the GATT 1994. This was true as well of dispute settlement under the GATT 1947. If any Member should consider that its benefits are nullified or impaired as the result of circumstances set out in Article XXIII, then dispute settlement is available. With respect to complaints of violation of obligations pursuant to Article XXIII:1(a) of the GATT 1994, Article 3.8 of the DSU codifies previous GATT 1947 practice:

In cases where there is an infringement of the obligations assumed under a covered agreement, the action is considered *prima facie* to constitute a case of nullification or impairment. This means that there is normally a presumption that a breach of the rules has an adverse impact on other Members parties to that covered agreement, and in such cases, it shall be up to the Member against whom the complaint has been brought to rebut the charge.

Article 3.8 of the DSU provides that in cases where there is an infringement of the obligations assumed under a covered agreement -- that is, in cases where a violation is established -- there is a presumption of nullification or impairment. Article 3.8 then goes on to explain that "the Member against whom the complaint has been brought" must rebut this presumption. However, the issue in this case is not what happens after a violation is established; the issue in this case is which party must first show that there is, or is not, a violation. More specifically, the issue in this case is which party has

the burden of demonstrating that there has, or has not been, an infringement of the obligations assumed under Article 6 of the *ATC*.¹⁴

In addressing this issue, we find it difficult, indeed, to see how any system of judicial settlement could work if it incorporated the proposition that the mere assertion of a claim might amount to proof. It is, thus, hardly surprising that various international tribunals, including the International Court of Justice, have generally and consistently accepted and applied the rule that the party who asserts a fact, whether the claimant or the respondent, is responsible for providing proof thereof.¹⁵ Also, it is a generally-accepted canon of evidence in civil law, common law and, in fact, most jurisdictions, that the burden of proof rests upon the party, whether complaining or defending, who asserts the affirmative of a particular claim or defence. If that party adduces evidence sufficient to raise a presumption that what is claimed is true, the burden then shifts to the other party, who will fail unless it adduces sufficient evidence to rebut the presumption.¹⁶

In the context of the GATT 1994 and the *WTO Agreement*, precisely how much and precisely what kind of evidence will be required to establish such a presumption will necessarily vary from measure to measure, provision to provision, and case to case.

A number of GATT 1947 panel reports contain language supporting the proposition that the burden of establishing a violation under Article XXIII:1(a) of the GATT 1947 was on the complaining party. As early as 1952, in *Treatment by Germany of Imports of Sardines*, concerning a complaint by Norway, the panel clearly put the burden of establishing a violation of the GATT 1947 obligations at issue on the complaining party, when it concluded:

The examination of the evidence submitted led the Panel to the conclusion that no sufficient evidence had been presented to show that

¹⁴Article 8.10, last sentence, of the *ATC*, allows a Member to invoke Article XXIII of the GATT 1994.

¹⁵M. Kazazi, *Burden of Proof and Related Issues: A Study on Evidence Before International Tribunals* (Kluwer Law International, 1996), p. 117.

¹⁶See M.N. Howard, P. Crane and D.A. Hochberg, *Phipson on Evidence*, 14th ed. (Sweet & Maxwell, 1990), p. 52: "The burden of proof rests upon the party, whether plaintiff or defendant, who substantially asserts the affirmative of the issue." See also L. Rutherford and S. Bone (eds.), *Osborne's Concise Law Dictionary*, 8th ed. (Sweet & Maxwell, 1993), p. 266; Earl Jowitt and C. Walsh, *Jowitt's Dictionary of English Law*, 2nd ed. by J. Burke (Sweet & Maxwell, 1977), Vol. 1, p. 263; L.B. Curzon, *A Directory of Law*, 2nd ed. (Macdonald and Evans, 1983), p. 47; Art. 9, Nouveau Code de Procédure Civile; J. Carbonnier, *Droit Civil*, Introduction, 20th ed. (Presses Universitaires de France, 1991), p. 320; J. Chevalier and L. Bach, *Droit Civil*, 12th ed. (Sirey, 1995), Vol. 1, p. 101; R. Guillien and J. Vincent, *Termes juridiques*, 10th ed. (Dalloz, 1995), p. 384; O. Samyn, P. Simonetta and C. Sogno, *Dictionnaire des Termes Juridiques* (Editions de Vecchi, 1986), p. 250; J. González Pérez, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, 2nd ed. (Editorial Civitas, 1992), p. 311; C.M. Bianca, S. Patti and G. Patti, *Lessico di Diritto Civile* (Giuffrè Editore, 1991), p. 550; F. Galgano, *Diritto Privato*, 8th ed. (Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1994), p. 873; and A. Trabucchi, *Istituzioni di Diritto Civile* (Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1991), p. 210.

the German Government had failed to carry out its obligations under Article I:1 and Article XIII:1.¹⁷

In 1978, in *EEC - Measures on Animal Feed Proteins*, concerning a complaint by the United States, the panel made it equally clear that the burden of proof in that case was on the complaining party. In the final paragraph of that panel report, the panel stated:

Having heard no evidence that either the purchasing obligation, the security deposit or the protein certificate discriminated against imports of "like products" from any contracting party, the Panel concluded that the EEC measures were not inconsistent with the EEC obligations under Article I:1.¹⁸

Two recent panel reports under the GATT 1947 which follow this approach are the 1992 report in *Canada - Import, Distribution and Sale of Certain Alcoholic Drinks by Provincial Marketing Agencies*¹⁹ and the 1994 report in *United States - Measures Affecting the Importation, Internal Sale and Use of Tobacco*.²⁰ In the first case, the United States claimed that Canada had not fully eliminated the listing and delisting practices that a prior GATT panel report had found to be inconsistent with Article XI of the GATT 1947. The panel concluded, however, that with the exception of the listing and delisting practices of the province of Ontario, the United States had not substantiated its claim that Canada still maintained listing and delisting practices inconsistent with Article XI of the GATT 1947. In the second case, the complainants claimed, *inter alia*, that the penalty provisions of the Domestic Marketing Assessment legislation enacted by the United States were separate taxes or charges within the meaning of Article III:2 of the GATT 1947, and that Section 1106(c) of the 1993 Budget Act of the United States, mandated action inconsistent with Article VIII:1(a) of the GATT 1947. With regard to both claims, the panel concluded that the evidence submitted to it did not support the complainants' claims of inconsistency with the GATT 1947 obligations involved.

India has argued that it is "customary GATT practice" that the party invoking a provision which is identified as an exception must offer proof that the conditions set out in that provision are met. We acknowledge that several GATT 1947 and WTO panels have required such proof of a party invoking

¹⁷Adopted 31 October 1952, BISD 1S/53, para. 15. See also the report of the Working Party in *The Australian Subsidy on Ammonium Sulphate*, adopted 3 April 1950, BISD Vol. II/188, para. 11.

¹⁸Adopted 14 March 1978, BISD 25S/49, para. 4.21. See also *European Communities - Refunds on Exports of Sugar, Complaint by Brazil*, adopted 10 November 1980, BISD 27S/69, para. (e) of the Conclusions; *Canada, Administration of the Foreign Investment Review Act*, adopted 7 February 1984, BISD 30S/140, para. 5.13; and *Japan - Tariff on Import of Spruce, Pine, Fir (SPF) Dimension Lumber*, adopted 19 July 1989, BISD 36S/167, para. 10.

¹⁹Adopted 18 February 1992, BISD 39S/27, paras. 5.2-5.3.

²⁰Adopted 4 October 1994, DS44/R, paras. 82 and 124.

a defence, such as those found in Article XX²¹ or Article XI:2(c)(i)²², to a claim of violation of a GATT obligation, such as those found in Articles I:1, II:1, III or XI:1. Articles XX and XI:(2)(c)(i) are limited exceptions from obligations under certain other provisions of the GATT 1994, not positive rules establishing obligations in themselves. They are in the nature of affirmative defences. It is only reasonable that the burden of establishing such a defence should rest on the party asserting it.²³

We do not believe that these particular previous GATT 1947 panel reports are relevant in this case. This case concerns Article 6 of the *ATC*. The *ATC* is a transitional arrangement that, by its own terms, will terminate when trade in textiles and clothing is fully integrated into the multilateral trading system. Article 6 of the *ATC* is an integral part of the transitional arrangement manifested in the *ATC* and should be interpreted accordingly. As the Appellate Body observed in *United States - Restrictions on Imports of Cotton and Man-made Fibre Underwear* with respect to Article 6.10 of the *ATC*, we believe Article 6 is "carefully negotiated language ... which reflects an equally carefully drawn balance of rights and obligations of Members" ²⁴ That balance must be respected.

The transitional safeguard mechanism provided in Article 6 of the *ATC* is a fundamental part of the rights and obligations of WTO Members concerning non-integrated textile and clothing products covered by the *ATC* during the transitional period. Consequently, a party claiming a violation of a provision of the *WTO Agreement* by another Member must assert and prove its claim. In this case, India claimed a violation by the United States of Article 6 of the *ATC*. We agree with the Panel that it, therefore, was up to India to put forward evidence and legal argument sufficient to demonstrate that the transitional safeguard action by the United States was inconsistent with the obligations assumed by the United States under Articles 2 and 6 of the *ATC*. India did so in this case. And, with India having done so, the onus then shifted to the United States to bring forward evidence and argument

²¹*Canada - Administration of Foreign Investment Review Act*, adopted 7 February 1984, BISD 30S/140, para. 5.20; *United States - Section 337 of the Tariff Act of 1930*, adopted 7 November 1989, BISD 36S/345, para. 5.27; *United States - Measures Affecting Alcoholic and Malt Beverages*, adopted 19 June 1992, BISD 39S/206, paras. 5.43 and 5.52; and Panel Report, *United States - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, as modified by the Appellate Body Report, AB-1996-1, adopted 20 May 1996, WT/DS2/9, para. 6.20.

²²*Japan - Restrictions on Imports of Certain Agricultural Products*, adopted 22 March 1988, BISD 35S/163, para. 5.1.3.7; *EEC - Restrictions on Imports of Dessert Apples*, Complaint by Chile, adopted 22 June 1989, BISD 36S/93, para. 12:3; and *Canada - Import Restrictions on Ice Cream and Yoghurt*, adopted 5 December 1989, BISD 36S/68, para. 59.

²³Furthermore, there are a few cases that are similar in that the defending party invoked, as a defence, certain provisions and the panel explicitly required the defending party to demonstrate the applicability of the provision it was asserting. See, for example, *United States - Customs User Fee*, adopted 2 February 1988, BISD 35S/245, para. 98, concerning Article II:2 of the GATT 1947; *Canada - Import, Distribution and Sale of Certain Alcoholic Drinks by Provincial Marketing Agencies*, adopted 22 March 1988, BISD 35S/37, para. 4.34, concerning Article XXIV:12 of the GATT 1947; and *United States - Measures Affecting Alcoholic and Malt Beverages*, adopted 19 June 1992, BISD 39S/206, para. 5.44, concerning the Protocol of Provisional Application.

²⁴AB-1996-3, adopted 25 February 1997, WT/DS24/AB/R, p. 15.

to disprove the claim. This, the United States was not able to do and, therefore, the Panel found that the transitional safeguard action by the United States "violated the provisions of Articles 2 and 6 of the ATC".²⁵

In our view, the Panel did not err on this issue in this case.

V. The TMB

India appealed the following statement relating to Article 6.10 of the *ATC* at paragraph 7.20 of the Panel Report:

During the review process, the TMB is not limited to the initial information submitted by the importing Member as parties may submit additional and other information in support of their positions, which, *we understand*, may relate to subsequent events. (emphasis added)

In our view, this statement by the Panel is purely a descriptive and gratuitous comment providing background concerning the Panel's understanding of how the TMB functions. We do not consider this comment by the Panel to be "a legal finding or conclusion" which the Appellate Body "may uphold, modify or reverse".²⁶

VI. Judicial Economy

With respect to the issue of whether Article 11 of the *DSU* entitles a complaining party to a finding on each of the legal claims it makes to a panel, the Panel stated in paragraph 6.6 of the Panel Report:

Concerning India's argument that Article 11 of the *DSU* entitles India to a finding on each of the issues it raised, we disagree and refer to the consistent GATT panel practice of judicial economy. India is entitled to have the dispute over the contested "measure" resolved by the Panel, and if we judge that the specific matter in dispute can be resolved by addressing only some of the arguments raised by the

²⁵Panel Report, para. 8.1.

²⁶Within the meaning of Article 17.13 of the *DSU*.

complaining party, we can do so. We, therefore, decide to address only the legal issues we think are needed in order to make such findings as will assist the DSB in making recommendations or in giving rulings in respect of this dispute.

The function of panels is expressly defined in Article 11 of the *DSU*, which reads as follows:

The function of panels is to assist the DSB in discharging its responsibilities under this Understanding and the covered agreements. Accordingly, a panel should make an objective assessment of the matter before it, including an objective assessment of the facts of the case and the applicability of and conformity with the relevant covered agreements, and *make such other findings as will assist the DSB* in making the recommendations or in giving the rulings provided for in the covered agreements ... (emphasis added).

Nothing in this provision or in previous GATT practice requires a panel to examine all legal claims made by the complaining party. Previous GATT 1947 and WTO panels have frequently addressed only those issues that such panels considered necessary for the resolution of the matter between the parties, and have declined to decide other issues. Thus, if a panel found that a measure was inconsistent with a particular provision of the GATT 1947, it generally did not go on to examine whether the measure was also inconsistent with other GATT provisions that a complaining party may have argued were violated.²⁷ In recent WTO practice, panels likewise have refrained from examining each and every claim made by the complaining party and have made findings only on those claims that such panels concluded were necessary to resolve the particular matter.²⁸

²⁷See, for example, *EEC - Quantitative Restrictions Against Imports of Certain Products from Hong Kong*, adopted 12 July 1983, BISD 30S/129, para. 33; *Canada - Administration of the Foreign Investment Review Act*, adopted 7 February 1984, BISD 30S/140, para. 5.16; *United States - Imports of Sugar from Nicaragua*, adopted 13 March 1984, BISD 31S/67, paras. 4.5-4.6; *United States - Manufacturing Clause*, adopted 15/16 May 1984, BISD 31S/74, para. 40; *Japan - Measures on Imports of Leather*, adopted 15/16 May 1984, BISD 31S/94, para. 57; *Japan - Trade in Semi-Conductors*, adopted 4 May 1988, BISD 35S/116, para. 122; *Japan - Restrictions on Imports of Certain Agricultural Products*, adopted 22 March 1988, BISD 35S/163, para. 5.4.2; *EEC - Regulations on Imports of Parts and Components*, adopted 16 May 1990, BISD 37S/132, paras. 5.10, 5.22, and 5.27; *Canada - Import, Distribution and Sale of Certain Alcoholic Drinks by Provincial Marketing Agencies*, adopted 22 March 1988, BISD 35S/37, para. 5.6; and *United States - Denial of Most-Favoured-Nation Treatment as to Non-Rubber Footwear from Brazil*, adopted 19 June 1992, BISD 39S/128, para. 6.18.

²⁸See, for example, Panel Report, *Brazil - Measures Affecting Desiccated Coconut*, adopted 20 March 1997, WT/DS22/R, para. 293; and Panel Report, *United States - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, as modified by the Appellate Body Report, AB-1996-1, adopted 20 May 1996, WT/DS2/9, para. 6.43.

Although a few GATT 1947 and WTO panels did make broader rulings, by considering and deciding issues that were not absolutely necessary to dispose of the particular dispute, there is nothing anywhere in the *DSU* that requires panels to do so.²⁹

Furthermore, such a requirement is not consistent with the aim of the WTO dispute settlement system. Article 3.7 of the *DSU* explicitly states:

The aim of the dispute settlement mechanism is to secure a positive solution to a dispute. A solution mutually acceptable to the parties to a dispute and consistent with the covered agreements is clearly to be preferred.

Thus, the basic aim of dispute settlement in the WTO is to settle disputes. This basic aim is affirmed elsewhere in the *DSU*. Article 3.4, for example, stipulates:

Recommendations or rulings made by the DSB shall be aimed at achieving a satisfactory settlement of the matter in accordance with the rights and obligations under this Understanding and under the covered agreements.

As India emphasizes, Article 3.2 of the *DSU* states that the Members of the WTO "recognize" that the dispute settlement system "serves to preserve the rights and obligations of Members under the covered agreements, and to clarify the existing provisions of those agreements in accordance with customary rules of interpretation of public international law" (emphasis added). Given the explicit aim of dispute settlement that permeates the *DSU*, we do not consider that Article 3.2 of the *DSU* is meant to encourage either panels or the Appellate Body to "make law" by clarifying existing provisions of the *WTO Agreement* outside the context of resolving a particular dispute. A panel need only address those claims which must be addressed in order to resolve the matter in issue in the dispute.³⁰

We note, furthermore, that Article IX of the *WTO Agreement* provides that the Ministerial Conference and the General Council have the "exclusive authority" to adopt interpretations of the *WTO*

²⁹See, for example, *EEC - Restrictions on Imports of Dessert Apples*, Complaint by Chile, adopted 22 June 1989, BISD 36S/93, para.12.20, where the panel explicitly stated that given its finding that the EEC measures were in violation of Article XI:1 of the GATT 1947 and were not justified by Article XI:2(c)(i) or (ii) of the GATT 1947, no further examination of the administration of the measures would normally be required. In that case, the panel nonetheless considered it "appropriate" to examine the administration of the EEC measures in respect of Article XIII of the GATT 1947 in view of the questions of great practical interest raised by both parties.

³⁰The "matter in issue" is the "matter referred to the DSB" pursuant to Article 7 of the *DSU*.

Agreement and the Multilateral Trade Agreements.³¹ This is explicitly recognized in Article 3.9 of the *DSU*, which provides:

The provisions of this Understanding are without prejudice to the rights of Members to seek authoritative interpretation of provisions of a covered agreement through decision-making under the WTO Agreement or a covered agreement which is a Plurilateral Trade Agreement.

In the light of the above, we believe that the Panel's finding in paragraph 7.20 of the Panel Report is consistent with the *DSU* as well as with practice under the GATT 1947 and the *WTO Agreement*.

VII. Findings and Conclusions

For the reasons set out in this Report, the Appellate Body upholds the legal findings and conclusions of the Panel.

The Appellate Body *recommends* that the Dispute Settlement Body make a ruling consistent with the legal findings and conclusions in the Panel Report and this Report.

³¹*Japan - Taxes on Alcoholic Beverages*, AB-1996-2, adopted 1 November 1996, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, p. 13.

Signed in the original at Geneva this 15th day of April 1997 by:

Christopher Beeby
Presiding Member

James Bacchus
Member

Mitsuo Matsushita
Member



ORGANISATION MONDIALE
DU COMMERCE

WT/DS33/AB/R

25 avril 1997

(97-1773)

Organe d'appel

**ETATS-UNIS - MESURE AFFECTANT LES IMPORTATIONS
DE CHEMISES, CHEMISIERS ET BLOUSES, DE LAINE,
TISSES EN PROVENANCE D'INDE**

AB-1997-1

Rapport de l'Organe d'appel

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE
ORGANE D'APPEL

Etats-Unis - Mesure affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d'Inde

Inde, appelant
Etats-Unis, intimé

AB-1997-1

Présents:

Beeby, Président de la section
Bacchus, membre
Matsushita, membre

I. Introduction

L'Inde fait appel de certaines questions de droit et interprétations du droit figurant dans le rapport du Groupe spécial chargé de l'affaire *Etats-Unis - Mesure affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d'Inde*, WT/DS33/R (le "rapport du Groupe spécial"). Le Groupe spécial a été établi le 17 avril 1996 pour examiner une plainte de l'Inde concernant une mesure de sauvegarde transitoire imposée par les Etats-Unis à l'importation de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés (catégorie 440) en provenance d'Inde.

La mesure a été imposée par les Etats-Unis le 14 juillet 1995 après que des consultations bilatérales menées avec l'Inde en avril et juin 1995 n'eurent pas permis d'en arriver à une solution mutuellement acceptable. La limitation a pris effet le 18 avril 1995 pour une durée de un an et elle a été prorogée par la suite jusqu'au 17 avril 1997. Les Etats-Unis ont pris cette mesure de sauvegarde transitoire au titre de l'article 6 de l'*Accord sur les textiles et les vêtements* (l'"ATV"). Conformément à l'article 6:10 de l'ATV, les Etats-Unis ont porté la question devant l'Organe de supervision des textiles (l'"OSpT") qui a conclu - et confirmé après examen - que la mesure de sauvegarde transitoire avait été imposée en l'espèce conformément aux exigences de l'ATV. L'OSpT a constaté que "la menace réelle de préjudice grave avait été démontrée et que ... cette menace réelle pouvait être attribuée à l'accroissement brusque et substantiel des importations en provenance d'Inde".¹ A la demande de l'Inde,

¹Constatation figurant dans le document G/TMB/R/3, qui a été confirmée dans le document G/TMB/R/6.

l'Organe de règlement des différends (l'"ORD") a établi un groupe spécial (le "Groupe spécial") chargé d'examiner la légalité de la mesure de sauvegarde transitoire imposée par les Etats-Unis.

Après la publication du rapport intérimaire du Groupe spécial, les Etats-Unis ont annoncé qu'ils retireraient la mesure de sauvegarde transitoire à compter du 22 novembre 1996 "en raison d'une baisse régulière des importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d'Inde et de l'ajustement de la branche de production". Néanmoins, l'Inde a demandé au Groupe spécial de poursuivre ses travaux et de produire un rapport complet sur le différend. Le rapport du Groupe spécial chargé de l'affaire *Etats-Unis - Mesure affectant les importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés en provenance d'Inde* a été distribué aux Membres de l'Organisation mondiale du commerce (l'"OMC") le 6 janvier 1997. Il renferme les conclusions et recommandations suivantes:

8.1 Le Groupe spécial conclut que la limitation appliquée par les Etats-Unis à compter du 18 avril 1995 aux importations de chemises, chemisiers et blouses, de laine, tissés, produits de la catégorie 440, en provenance d'Inde et sa prorogation étaient contraires aux dispositions des articles 2 et 6 de l'ATV. L'article 3:8 du Mémorandum d'accord sur le règlement des différends disposant que "dans les cas où il y a infraction aux obligations souscrites au titre d'un accord visé, la mesure en cause est présumée annuler ou compromettre un avantage", le Groupe spécial conclut que ladite mesure prise par les Etats-Unis a annulé ou compromis les avantages découlant pour l'Inde de l'Accord sur l'OMC, et en particulier de l'ATV. Le Groupe spécial recommande à l'Organe de règlement des différends de statuer dans ce sens.

Le 24 février 1997, conformément à l'article 16:4 du *Mémorandum d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends* (le "*Mémorandum d'accord*"), l'Inde a notifié à l'ORD² sa décision de faire appel de certaines questions de droit figurant dans le rapport du Groupe spécial et de certaines interprétations du droit données par le Groupe spécial et, conformément à la règle 20 des *Procédures de travail pour l'examen en appel* (les "*Procédures de travail*"), elle a déposé auprès de l'Organe d'appel une déclaration d'appel. Conformément à la règle 21 des *Procédures de travail*, l'appelant (l'Inde) a déposé sa communication le 6 mars 1997. A la demande des Etats-Unis et conformément à la règle 16 2) des *Procédures de travail*, l'Organe d'appel a prorogé jusqu'au 24 mars 1997 le délai imparti à l'intimé (Etats-Unis) pour déposer sa communication. A cette date, les Etats-Unis ont déposé leur communication conformément à la règle 22 des *Procédures de travail*.

²WT/DS33/3, 24 février 1997.

L'audience prévue à la règle 27 des *Procédures de travail* a eu lieu le 7 avril 1997. Les participants ont présenté leurs arguments et répondu aux questions de la section de l'Organe d'appel saisie de l'appel.

II. Arguments des participants

A. Inde

L'Inde se rallie aux conclusions générales qui figurent dans le rapport du Groupe spécial, mais elle allègue que celui-ci a commis des erreurs de droit en établissant ses constatations concernant la charge de la preuve, l'OSpT et la question de l'économie jurisprudentielle.

1. Charge de la preuve

L'Inde note que le Groupe spécial a fait des déclarations concernant la charge de la preuve dans ses constatations - au paragraphe 7.12 de son rapport - ainsi que dans ses observations sur le réexamen intérimaire - au paragraphe 6.7 de son rapport. Elle soutient que ces deux déclarations sont inexactes et, qu'en outre, elles sont contradictoires. L'Inde pense que les observations en cause concernant expressément le réexamen intérimaire font partie des constatations qui doivent être examinées par l'Organe d'appel.

Elle affirme que le fait qu'elle avait engagé la procédure de règlement des différends ne l'obligeait pas à établir que les Etats-Unis avaient contrevenu à l'article 6 de l'ATV, comme le Groupe spécial l'a dit au paragraphe 7.12, ni à établir une présomption de violation, comme il l'a indiqué au paragraphe 6.7. Pour l'Inde, la question de la charge de la preuve est une question de droit positif à laquelle il faut répondre uniquement en fonction du droit positif de l'OMC, compte tenu des règles coutumières d'interprétation du droit public international. L'Inde soutient que la question de savoir s'il appartient à un Membre en particulier de faire la preuve qu'il y a incompatibilité avec l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*³ (l'"*Accord sur l'OMC*") ne dépend pas de la question de savoir si le Membre est la partie plaignante ou la partie défenderesse dans l'affaire, mais plutôt de la nature de la disposition qui est invoquée. Pour l'Inde, les règles relatives à la charge de la preuve déterminent à quelle partie au différend il appartient de faire des allégations et d'apporter les éléments de preuve; les règles ont pour objet de faire en sorte que le différend puisse être réglé

³Fait à Marrakech, au Maroc, le 15 avril 1994.

même si les allégations et les données de fait dont dispose le Groupe spécial sont incomplètes. Pour l'Inde, les observations du Groupe spécial concernant le réexamen intérimaire signifient que les deux parties supportent la charge de la preuve à des degrés divers.

En outre, l'Inde soutient que la constatation du Groupe spécial concernant la répartition de la charge de la preuve est incompatible avec la constatation à laquelle en est arrivé concurremment au sujet de la même question le Groupe spécial de l'OMC chargé de l'affaire *Etats-Unis - Restrictions à l'importation de vêtements de dessous de coton et de fibres synthétiques ou artificielles*.⁴ L'Inde attire l'attention sur la déclaration de ce Groupe spécial voulant que le principe selon lequel la partie qui invoque l'exception supporte la charge de la preuve est une pratique bien établie au regard du GATT de 1947.⁵ Par conséquent, l'Inde soutient que le Groupe spécial a négligé de tenir compte de la pratique coutumière des PARTIES CONTRACTANTES du GATT de 1947 lorsqu'il a établi sa constatation concernant la charge de la preuve en l'espèce. L'Inde soutient que l'ATV constitue une exception au GATT de 1994 parce qu'il autorise l'application temporaire de mesures qui sont incompatibles avec les articles XI et XIII du GATT de 1994. L'Inde fait valoir que, dans le cadre de ce régime temporaire et exceptionnel qui s'écarte des principes fondamentaux du GATT, l'article 6 de l'ATV établit une exception aux principes généraux régissant le commerce des textiles et des vêtements qui sont énoncés à l'article 2:4 de l'ATV en autorisant l'application de nouvelles restrictions quantitatives discriminatoires dans le cadre de ce qui est décrit à l'article 6:1 de l'ATV comme étant "un mécanisme de sauvegarde transitoire spécifique (qui) devrait être appliqué avec la plus grande modération possible". L'Inde conclut que les principes qui s'appliquaient aux exceptions prévues dans le GATT de 1994 s'appliquent donc avec encore plus de force à l'article 6 de l'ATV. Pour l'Inde, la constatation du Groupe spécial concernant la charge de la preuve modifie le fonctionnement des conditions de fond posées par l'article 6 de l'ATV en remettant en cause l'équilibre négocié entre les intérêts des Membres importateurs et ceux des Membres exportateurs dans le cadre de l'ATV.

2. L'OSpT

L'Inde affirme que la constatation énoncée au paragraphe 7.20 du rapport du Groupe spécial et voulant que l'OSpT, lorsqu'il examine une mesure de sauvegarde transitoire conformément à l'article 6:10 de l'ATV, "n'a pas à s'en tenir aux renseignements initialement communiqués par le

⁴Adopté le 25 février 1997, WT/DS24/R, paragraphe 7.16.

⁵L'Inde cite sept rapports de groupes spéciaux établis au titre du GATT de 1947 pour démontrer qu'il existe une pratique bien établie et constante selon laquelle la partie qui invoque l'exception supporte la charge de la preuve.

Membre importateur puisque les parties peuvent fournir des renseignements supplémentaires et différents à l'appui de leur position qui, dans l'interprétation du Groupe spécial, peuvent se rapporter à des événements ultérieurs"⁶, n'a été demandée ni par l'Inde ni par les Etats-Unis. L'Inde soutient que cette constatation attribue à l'OSpT un pouvoir d'appréciation que ni l'une ni l'autre des parties au différend ne lui a jamais prêté.

L'Inde soutient que l'ATV et le *Mémoire d'accord* accordent aux Membres exportateurs trois droits importants sur le plan de la forme: i) le droit de tenir des consultations sur la mesure de sauvegarde transitoire envisagée en s'appuyant sur des renseignements factuels et précis; ii) le droit de faire examiner par l'OSpT la mesure de sauvegarde transitoire; et iii) le droit de porter la question devant l'ORD pour qu'elle soit examinée par un groupe spécial. L'Inde estime que la constatation du Groupe spécial enlève aux Membres la possibilité de faire valoir les deux premiers de ces trois droits.

L'Inde soutient que le Groupe spécial fonde sa constatation sur la notion erronée voulant que l'ATV et le *Mémoire d'accord* établissent une "double procédure" pour l'examen des mesures de sauvegarde transitoires et que, par conséquent, la question au sujet de laquelle l'OSpT fait une recommandation et celle dont est saisi l'ORD peuvent être différentes. Pour l'Inde, l'ATV et le *Mémoire d'accord* établissent une procédure en deux étapes en vertu de laquelle une même mesure est d'abord soumise à l'OSpT et, lorsque les recommandations de celui-ci ne sont pas acceptables, à l'ORD. L'Inde souligne que l'examen de l'OSpT remplace les consultations qui se tiennent normalement avant la demande d'établissement d'un groupe spécial; elle soutient que les renseignements qui n'étaient pas disponibles au moment où la détermination concernant la sauvegarde a été établie ne sont pas des renseignements "pertinents" aux fins de l'examen par l'OSpT de cette détermination au titre de l'article 6:10 de l'ATV.

L'Inde soutient en outre que l'OSpT a pour tâche de s'occuper des différends qui découlent de mesures qui ont été prises effectivement et de s'acquitter des fonctions qui lui sont attribuées expressément aux termes de l'ATV. Il ne lui appartient pas, selon l'Inde, d'exprimer ses vues sur des mesures de sauvegarde transitoires qui n'ont pas encore été prises. En attribuant à l'OSpT cette compétence additionnelle, même si les Membres n'avaient pas sollicité les vues de celui-ci sur cette question, le Groupe spécial a attribué à l'OSpT le pouvoir de procéder à une conciliation sans le consentement des Membres intéressés, ce qui pour l'Inde est contraire aux dispositions du *Mémoire d'accord*.

⁶Rapport du Groupe spécial, paragraphe 7.20.

Enfin, l'Inde affirme que l'on constate, si l'on compare les dispositions de l'ATV concernant l'OSpT et celles de l'Arrangement multifibres (l'"AMF") concernant l'Organe de surveillance des textiles (l'"OST"), que l'OSpT, contrairement à l'OST relevant de l'AMF, joue un rôle de nature juridique qui est bien défini et circonscrit.

En réponse à l'argument des Etats-Unis selon lequel la déclaration du Groupe spécial sur le rôle de l'OSpT n'est qu'une opinion incidente au sujet de laquelle l'Organe d'appel n'a pas à se prononcer, l'Inde fait valoir qu'aucune distinction n'est établie entre les opinions incidentes et les constatations aux termes des dispositions des paragraphes 6, 12 et 13 de l'article 17 du *Mémorandum d'accord*. Selon l'Inde, le droit de faire appel serait sérieusement compromis si les groupes spéciaux pouvaient émettre des avis juridiques sur un point autre que les questions dont ils sont saisis et que les Membres de l'OMC ne pouvaient demander que ces avis soient examinés en appel.

3. Economie jurisprudentielle

L'Inde souligne que le Groupe spécial n'a pas établi de constatation dans son rapport concernant deux des quatre points qu'elle lui avait soumis pour examen: c'est-à-dire la question de savoir si le fait que les Etats-Unis n'avaient pas indiqué dans leur demande de consultations si la mesure de sauvegarde transitoire envisagée était liée à l'existence d'un préjudice grave ou à une menace réelle de préjudice grave était conforme à l'article 6 de l'ATV; et la question de savoir si l'application rétroactive par les Etats-Unis de la mesure de sauvegarde transitoire était compatible avec l'article 2 de l'ATV.

L'Inde soutient que, dans le cadre de l'ATV, la détermination, la demande de consultations concernant la mesure de sauvegarde transitoire envisagée et l'application effective de la mesure de sauvegarde transitoire doivent être considérées comme des mesures distinctes qui peuvent être contestées séparément. L'Inde affirme qu'elle a contesté ces mesures séparément non pas pour que le Groupe spécial se prononce sur des questions théoriques, mais plutôt pour des considérations pratiques se rapportant à la mise en oeuvre par les Etats-Unis des recommandations du Groupe spécial. L'Inde soutient que le Groupe spécial, en définissant les trois mesures distinctes en fait et en droit comme étant une seule et même "mesure contestée", a privé l'Inde du droit qu'elle avait d'obtenir une évaluation objective de la demande de consultations et de l'application de la mesure de sauvegarde transitoire,

conformément à l'article 11 du *Mémorandum d'accord*.⁷ L'Inde insiste pour dire qu'elle ne prétend pas que les groupes spéciaux doivent se prononcer dans tous les cas sur toutes les allégations faites par les parties. Elle reconnaît que dans bien des cas, la constatation relative à une question règle le différend concernant une autre question. Néanmoins, en l'occurrence, l'Inde maintient que les constatations du Groupe spécial n'ont pas réglé le différend concernant les deux questions mentionnées plus haut.

L'Inde affirme que le Groupe spécial a négligé de faire une distinction entre la "mesure" contestée et la question à l'examen. Elle explique que tout différend que peut avoir un Membre de l'OMC au titre de l'article XXIII:1 a) du GATT de 1994 porte sur un acte ou une omission d'un autre Membre, c'est-à-dire sur une "mesure". L'Inde fait remarquer que la procédure de règlement des différends de l'OMC commence par des consultations sur une mesure spécifique et se termine par une recommandation concernant cette mesure. Cependant, elle soutient que la question qui doit être examinée par un groupe spécial conformément aux articles 6, 7 et 11 du *Mémorandum d'accord* n'est pas la mesure proprement dite, mais plutôt les allégations que font valoir les parties au différend relativement à la mesure. L'Inde conclut que la fonction attribuée à un groupe spécial au titre de l'article 11 du *Mémorandum d'accord* consiste donc à examiner toutes les allégations qui sont faites relativement à toutes les mesures en cause. Elle conclut que le Groupe spécial, en définissant sa mission uniquement en fonction de la mesure devant être rendue conforme à l'ATV, a amputé le droit de l'Inde d'obtenir une évaluation objective de toutes les allégations qu'elle a fait valoir dans sa demande d'établissement d'un groupe spécial. L'Inde fait observer par ailleurs qu'un groupe spécial doit examiner toutes les allégations des parties au différend sans aller plus loin, mais qu'il n'a pas pour autant à examiner tous les arguments des parties et qu'il peut élaborer sa propre argumentation.

L'Inde affirme que les groupes spéciaux établis au titre du GATT de 1947 n'ont pas appliqué le principe d'économie jurisprudentielle auquel le Groupe spécial fait allusion dans son rapport. Elle prétend que les groupes spéciaux antérieurs n'ont pas mis fin systématiquement à leur analyse juridique immédiatement après avoir constaté que la mesure contestée était incompatible avec le GATT de 1947, mais qu'ils ont plutôt défini la portée de leur examen en tenant compte des objectifs et des intérêts légitimes des parties au différend. L'Inde fait valoir que si le Groupe spécial avait suivi en l'espèce la pratique coutumière des PARTIES CONTRACTANTES du GATT de 1947, il aurait défini la portée

⁷L'Inde affirme en outre que la question de savoir en quoi consiste la "mesure" qui peut être maintenue conformément à l'article 6:12 de l'ATV pendant une période maximale de trois ans et la question de savoir en quoi consistent "les mesures spécifiques en cause" au sens de l'article 6 du *Mémorandum d'accord* sont évidemment deux questions complètement différentes.

de son examen en tenant compte de l'intérêt légitime qu'avait l'Inde d'obtenir des constatations que le Groupe spécial a omis d'établir. Parce que le Groupe spécial n'a pas suivi en l'espèce la pratique coutumière, l'Inde fait valoir que les questions qui auraient pu être réglées dans le cadre d'une seule procédure devront plutôt l'être dans le cadre de multiples procédures si les prochains groupes spéciaux appliquent eux aussi ce principe d'économie jurisprudentielle.

En conséquence, l'Inde soutient que l'application par le Groupe spécial du principe d'économie jurisprudentielle compromet les objectifs du *Mémorandum d'accord*, qui sont décrits à l'article 3:2 et qui consistent selon elle aussi bien à régler les différends qu'à les prévenir. L'Inde maintient que ces objectifs ne peuvent être atteints que si les groupes spéciaux règlent le différend portant sur la mesure contestée ainsi que les questions d'interprétation découlant de toutes les allégations se rapportant à cette mesure.

B. *Etats-Unis*

S'agissant de chacun des trois points sur lesquels porte l'appel, les Etats-Unis soutiennent que le Groupe spécial a agi correctement. Ils demandent à l'Organe d'appel de confirmer le rapport du Groupe spécial.

1. Charge de la preuve

Les Etats-Unis soutiennent que le Groupe spécial a traité correctement de la question de la charge de la preuve aux paragraphes 6.7 et 7.12 de son rapport. Contrairement à l'Inde, ils ne voient aucune contradiction entre les déclarations que le Groupe spécial a faites aux paragraphes 6.7 et 7.12 de son rapport et ils estiment que le Groupe spécial a donné au paragraphe 6.7 une interprétation définitive sur ce point. Pour les Etats-Unis, le Groupe spécial a constaté, conformément au *Mémorandum d'accord*, que l'Inde et les Etats-Unis supportaient des charges différentes concernant la présentation des arguments de fait et de droit: premièrement, en tant que partie plaignante, l'Inde avait d'abord la charge d'établir "une présomption de violation de l'ATV, à savoir que la restriction imposée par les Etats-Unis ne respectait pas les dispositions de l'article 2:4 et de l'article 6 de l'Accord"; puis, après que l'Inde eut fourni un commencement de preuve, il appartenait aux Etats-Unis "de convaincre le Groupe spécial qu'à l'époque de leur détermination, ils avaient respecté les prescriptions de l'article 6 de l'ATV".

Les Etats-Unis soutiennent que le Groupe spécial n'a attribué la charge de la preuve, au sens de charge de persuasion, ni à l'Inde, ni aux Etats-Unis. Ils affirment que l'Inde fausse les constatations du Groupe spécial lorsqu'elle prétend que celui-ci a statué que la charge de persuasion lui revenait en dernière analyse. Selon les Etats-Unis, le Groupe spécial a simplement demandé à l'Inde de démontrer l'existence de faits. Les Etats-Unis font valoir que le sens ordinaire des articles 3.8 et 6.2 et du paragraphe 5 des procédures de travail des groupes spéciaux à l'appendice 3 du *Mémorandum d'accord* indique clairement que l'Inde avait l'obligation de présenter les points de fait et de droit, non seulement au stade de la demande d'établissement d'un groupe spécial, mais aussi lors de la première réunion de fond des parties. Autrement dit, l'Inde devait démontrer que la mesure des Etats-Unis violait à première vue les dispositions de l'ATV. Les Etats-Unis soulignent que, de fait, l'Inde avait réussi à fournir un commencement de preuve en l'espèce.

Les Etats-Unis soutiennent que l'Inde affirme à tort qu'il existe une "pratique bien établie et constante" du GATT selon laquelle la partie qui invoque l'exception a la charge de prouver que le recours à cette exception est légitime. Selon les Etats-Unis, les rapports de groupes spéciaux que l'Inde cite dans la communication qu'elle a présentée à titre d'appelant ne correspondent pas à la pratique du GATT et ne peuvent étayer ses arguments voulant: 1) que toutes les dispositions autres que les "règles fondamentales" de l'Inde constituent des exceptions; 2) que toutes les "exceptions" doivent être interprétées de façon restrictive; et 3) que la partie plaignante n'ait pas la charge d'établir que la prétendue "exception" a été invoquée indûment. Les Etats-Unis maintiennent que les rapports cités soit ont un caractère particulier, soit ne présentent pas d'intérêt en l'espèce ou sont contredits par d'autres rapports et que c'est uniquement dans quelques situations particulières intéressant les exceptions générales prévues dans le GATT de 1994 et d'autres exceptions isolées dans ce même accord que les groupes spéciaux ont constamment attribué la charge de persuasion ultime à une partie donnée.

Selon les Etats-Unis, dans les différends portant sur la vaste majorité des dispositions du GATT, la pratique bien établie veut qu'il appartienne à la partie plaignante de fournir un commencement de preuve. En outre, les Etats-Unis soutiennent que la taxinomie juridique de l'Inde est trop simpliste parce qu'elle traite de la même façon toutes les prétendues "exceptions" sans tenir compte des raisons qui justifient leur existence. Ils soutiennent par ailleurs que l'Inde fait abstraction du fait que les Membres de l'OMC ont aussi des "droits" en plus de leurs "obligations" et que bon nombre, voire la plupart des dispositions qui sont considérées comme des "exceptions" au regard de la taxinomie de l'Inde peuvent être perçues à plus juste titre comme des "droits". Les Etats-Unis font valoir que l'approche adoptée par l'Inde aboutit à une méthode "grossière" d'interprétation des traités qui contraste avec ce que l'Organe d'appel a dit au sujet de l'affaire *Etats-Unis - Normes concernant l'essence nouvelle*

et ancienne formules, en ce sens que l'Inde ne traite pas les prétendues "exceptions" au cas par cas, mais qu'elle adopte plutôt pour l'interprétation des traités une formule simpliste, unique et automatique.⁸

Enfin, les Etats-Unis font valoir que la thèse de l'Inde, si elle était acceptée, modifierait sensiblement les droits et obligations des membres du GATT concernant une multitude de dispositions du GATT de 1994 et d'autres accords de l'OMC.⁹

Si l'on assume, pour les besoins de l'argumentation, que l'Inde a raison d'affirmer qu'il existe une pratique "bien établie et constante" du GATT selon laquelle la partie qui invoque l'exception supporte la charge de la preuve, les Etats-Unis soutiennent que l'article 6 de l'ATV ne constitue pas une telle exception. La nature non exceptionnelle de l'article 6 est confirmée par l'article 2:4 de l'ATV, dans lequel sont énoncées deux règles de nature très générale, à savoir que les restrictions appliquées aux textiles avant l'entrée en vigueur de l'ATV sont protégées par une clause d'antériorité et que de nouvelles restrictions ne peuvent être introduites que conformément aux dispositions de l'ATV et aux autres dispositions pertinentes du GATT de 1994. Les Etats-Unis prétendent que le mot "sauf" utilisé à l'article 2:4 de l'ATV est synonyme dans ce contexte de "uniquement", "à condition que" ou "à moins que" et qu'il ne peut être interprété comme une indication que l'article 6 de l'ATV constitue une exception. Les Etats-Unis ajoutent que le texte, le contexte et l'objet de l'article 6 de l'ATV étayaient la conclusion voulant que l'article 6 ne soit pas une disposition nécessitant le renversement de la charge de la preuve. Les Etats-Unis font valoir que l'article 6 a constitué pour les pays importateurs une contrepartie essentielle lorsqu'ils ont accepté, dans le cadre de l'ATV, de supprimer progressivement les contingents antérieurs et d'intégrer le commerce des textiles et des vêtements dans le système commercial multilatéral. Les Etats-Unis soutiennent que le mécanisme de sauvegarde transitoire est une disposition faisant partie intégrante de l'ATV et qu'à ce titre elle est sur un plan d'égalité avec les autres dispositions de l'ATV, comme le calendrier d'intégration prévu à l'article 2. Les Etats-Unis concluent donc que le membre de phrase "devrait être appliqué avec la plus grande modération possible" figurant à l'article 6:1 de l'ATV ne conforte par l'idée que l'article 6 est une disposition exceptionnelle;

⁸Se référant au rapport de l'Organe d'appel sur l'affaire *Etats-Unis - Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, AB-1996-1, adopté le 20 mai 1996, WT/DS2/9, pages 19 et 20, les Etats-Unis font valoir que l'approche retenue par l'Inde fait abstraction "de l'objet et du but" des dispositions, qu'elle ne prévoit pas "un examen minutieux du contexte factuel et juridique d'un différend donné" et fait abstraction "des termes effectivement utilisés par les Membres de l'OMC eux-mêmes pour exprimer leur intention et leur but".

⁹Les Etats-Unis affirment que selon la thèse de l'Inde, toutes les dispositions de l'Accord sur l'OMC accordant aux pays en développement un traitement spécial et différencié seraient considérées comme des exceptions et que la charge de persuasion pèserait donc sur le pays en développement cherchant à invoquer l'une de ces dispositions.

ce membre de phrase rappelle plutôt aux Membres qu'ils ne doivent pas abuser du droit qu'ils ont d'imposer des mesures de sauvegarde transitoires temporaires.¹⁰ Les Etats-Unis soutiennent que le fait de traiter l'article 6 de l'ATV comme une exception compromettrait l'équilibre des droits et obligations soigneusement négocié dans le cadre de cet article.¹¹

2. L'OSpT

Les Etats-Unis font valoir que les délibérations du Groupe spécial au sujet de l'OSpT ne constituaient que des opinions incidentes qui n'ont eu aucun effet sur le résultat de l'affaire et qu'on peut difficilement comprendre comment ces opinions auraient pu priver l'Inde d'une manière ou d'une autre de ses droits en matière de procédure. Les Etats-Unis estiment que la manière appropriée de "traiter" ces opinions du Groupe spécial sur une question qui n'a été soulevée par ni l'une ni l'autre des parties serait pour l'Organe d'appel de se contenter de déclarer que cette partie du rapport constitue des opinions incidentes et de ne donner lui-même aucune autre opinion incidente concernant le rôle de l'OSpT.

En outre, les Etats-Unis font remarquer que rien dans le texte de l'ATV ne permet d'étayer l'affirmation de l'Inde selon laquelle les renseignements pris en compte par l'OSpT aux fins de l'examen de la mesure de sauvegarde temporaire doivent se limiter à ceux qui ont été utilisés par le Membre importateur lorsqu'il a décidé d'imposer une mesure de sauvegarde transitoire. Selon les Etats-Unis, l'article 6:10 de l'ATV, et notamment l'expression "tous autres renseignements pertinents", prévoit à l'évidence la possibilité d'examiner des renseignements qui ne sont pas les mêmes que ceux qui ont été utilisés par le Membre importateur lorsqu'il a décidé de prendre une mesure. Les Etats-Unis soutiennent en outre que rien dans l'ATV n'étaye l'assertion de l'Inde voulant que l'OSpT, contrairement à l'OST, joue un rôle de nature juridique qui est bien défini et circonscrit.

¹⁰Les Etats-Unis font remarquer que l'Organe d'appel, dans son rapport sur l'affaire *Etats-Unis - Restrictions à l'importation de vêtements de dessous de coton et de fibres synthétiques ou artificielles*, AB-1996-3, adopté le 25 février 1997, WT/DS24/AB/R, pages 15 et 16, n'a interprété l'article 6 de l'ATV ni de façon restrictive, ni au sens large et qu'il a indiqué que l'expression "avec la plus grande modération possible" ne pouvait être examinée isolément.

¹¹Les Etats-Unis font observer que l'Organe d'appel, dans son rapport sur l'affaire *Etats-Unis - Restrictions à l'importation de vêtements de dessous de coton et de fibres synthétiques ou artificielles*, n'a pas "enlevé de sa rigueur au libellé soigneusement négocié de l'article 6:10, qui reflète un équilibre tout aussi soigneusement établi de droits et d'obligations entre les Membres ..."

3. Economie jurisprudentielle

Les Etats-Unis soutiennent que le Groupe spécial n'a pas commis d'erreur en refusant de statuer sur toutes les allégations formulées par l'Inde. Selon les Etats-Unis, rien dans le *Mémorandum d'accord* ni dans d'autres parties de l'*Accord sur l'OMC* n'oblige un groupe spécial à se prononcer sur chacune des allégations formulées par une partie. Les Etats-Unis soutiennent que le texte de l'article 11 du *Mémorandum d'accord* n'impose pas une telle obligation. Ils citent l'article 3:7 du *Mémorandum d'accord* à l'appui de la thèse selon laquelle la fonction première du système de règlement des différends est de régler les différends en obtenant le retrait des mesures incompatibles avec les règles de l'OMC et non de donner des interprétations ou d'émettre des avis sur un point quelconque. Les Etats-Unis notent que l'article IX de l'*Accord sur l'OMC* prévoit un mécanisme permettant d'obtenir des interprétations faisant autorité, comme il est reconnu à l'article 3:9 du *Mémorandum d'accord*.¹² Ils n'acceptent pas l'argument de l'Inde selon lequel le mécanisme de règlement des différends de l'OMC a le "double objectif" de "régler" et de "prévenir" les différends. Selon les Etats-Unis, cet argument ne va pas dans le sens des paragraphes 7 et 9 de l'article 3 du *Mémorandum d'accord*. Les Etats-Unis estiment que "prévenir les différends" est, tout au plus, une fonction subsidiaire relevant du *Mémorandum d'accord* et qu'il n'en découle pas pour un groupe spécial une obligation juridique de traiter chacune des allégations formulées par une partie.

S'agissant de l'argument de l'Inde selon lequel il y a non pas une, mais trois "mesures" incriminées en l'espèce¹³, les Etats-Unis font observer qu'il ressort clairement de l'article 6:12 de l'*ATV* que la "mesure" est en fait la sauvegarde transitoire et non les procédures aboutissant à son imposition. De l'avis des Etats-Unis, l'interprétation que donne l'Inde de la "mesure" constitue le type de subdivision arbitraire d'une mesure que l'Organe d'appel a critiqué dans l'affaire *Etats-Unis - Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*. Les Etats-Unis font également valoir que l'identification tardive par l'Inde de trois mesures, au lieu d'une, n'est rien d'autre qu'un argument *post hoc* présenté pour la première fois au cours de la procédure d'appel.

¹²Les Etats-Unis renvoient à ce propos au rapport de l'Organe d'appel sur l'affaire *Japon - Taxes sur les boissons alcooliques*, AB-1996-2, adopté le 1er novembre 1996, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, pages 14 à 16.

¹³L'Inde fait valoir que non seulement la détermination établie par les Etats-Unis, mais aussi la demande de consultations qu'ils ont présentée et l'application rétroactive de la limitation qu'ils ont imposée constituent chacune une "mesure" distincte qui peut être contestée séparément.

Les Etats-Unis font observer qu'en plus d'être compatible avec le texte du *Mémorandum d'accord*, la décision du Groupe spécial de s'abstenir de statuer sur certains points soulevés par l'Inde est compatible avec la pratique solidement établie des groupes spéciaux institués dans le cadre du GATT de 1947 qui ont souvent refusé de traiter des allégations dans les cas où la solution d'une question faisant l'objet d'une allégation n'était pas nécessaire aux fins du règlement d'un différend. Ils affirment que cette pratique a été suivie dans le cadre du *Mémorandum d'accord* et de l'*Accord sur l'OMC* aussi bien par des groupes spéciaux de l'OMC que par l'Organe d'appel.

Les Etats-Unis estiment également que, au lieu de constater que le Groupe spécial n'a pas commis d'erreur en refusant de faire des constatations sur certains points, l'Organe d'appel, comme il l'a fait dans l'affaire *Brésil - Mesures visant la noix de coco desséchée*, pourrait simplement traiter la question en décidant qu'il n'est pas nécessaire de régler le point de procédure soulevé par l'Inde car cela n'aura absolument aucun effet sur la conclusion antérieure du Groupe spécial selon laquelle la mesure de sauvegarde transitoire imposée par les Etats-Unis est incompatible avec l'*ATV*.

Enfin, les Etats-Unis font observer que la pratique des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel qui consiste à s'abstenir de faire des constatations qui ne sont pas nécessaires au règlement de différends a été décrite comme étant fondée sur des considérations d'économie jurisprudentielle. Ils font valoir que si ces considérations étaient valables dans le cadre du régime existant avant l'OMC, elles le sont encore plus aujourd'hui, vu le nombre de questions dont l'ORD est actuellement saisi. Pour préserver l'intégrité du système de l'OMC en général et du mécanisme de règlement des différends en particulier, les Etats-Unis soutiennent qu'aussi bien les groupes spéciaux que l'Organe d'appel devraient concentrer leur attention uniquement sur les allégations qui doivent être traitées pour régler un différend.

III. Questions soulevées dans le présent appel

Le présent appel soulève les questions juridiques suivantes:

- a) s'il incombe à une partie alléguant qu'une mesure de sauvegarde transitoire est contraire à l'article 6 de l'*ATV* de démontrer qu'il y a eu infraction aux obligations souscrites au titre de l'*ATV*;
- b) si l'OSpT, lorsqu'il examine une mesure de sauvegarde transitoire conformément à l'article 6:10 de l'*ATV*, doit s'en tenir aux éléments de preuve utilisés par le Membre importateur pour établir la détermination qui l'a amené à prendre cette mesure ou s'il

peut également prendre en considération des événements et renseignements postérieurs à ladite détermination; et

- c) si l'article 11 du *Mémorandum d'accord* permet à une partie plaignante de prétendre à une constatation sur chacune des allégations qu'elle présente à un groupe spécial concernant la mesure en cause.

IV. Charge de la preuve

S'agissant de la charge de la preuve, le Groupe spécial a conclu ce qui suit au paragraphe 7.12 de la section "Constatations" de son rapport:

Il semble que les parties se soient intéressées à deux aspects différents de ce qu'on pourrait appeler la question de "la charge de la preuve". Le Groupe spécial estime qu'il y a une distinction à faire. Tout d'abord, il considérera la question de savoir à laquelle des parties incombe la charge de la preuve devant lui. L'Inde étant la partie qui a engagé la procédure de règlement du différend, il estime que c'est à elle d'avancer des arguments de fait et de droit en vue d'établir que la restriction décidée par les Etats-Unis était incompatible avec l'article 2 de l'ATV et que leur détermination aux fins de l'adoption d'une mesure de sauvegarde était incompatible avec les dispositions de l'article 6 de l'Accord. Deuxièmement, il considérera la question de ce que le Membre importateur est tenu de démontrer au moment de sa détermination. Sur les obligations de fond imposées par l'article 6 de l'ATV, il ressort clairement du texte de ses paragraphes 2 et 3 que, dans leur détermination concluant à la nécessité de la limitation envisagée, les Etats-Unis étaient tenus de démontrer qu'ils avaient respecté les conditions mises à son application par les paragraphes 2 et 3 de l'article 6 de l'ATV.

Cette constatation était éclairée par ce qui était dit au paragraphe 6.7 de la section "Réexamen intérimaire" du rapport du Groupe spécial:

Sur l'observation de l'Inde au sujet de la charge de la preuve, c'était à l'Inde qu'il incombait d'établir une présomption de violation de l'ATV, à savoir que la restriction imposée par les Etats-Unis ne respectait pas les dispositions de l'article 2:4 et de l'article 6 de l'Accord. Il appartenait ensuite aux Etats-Unis de convaincre le Groupe spécial qu'à l'époque de leur détermination, ils avaient respecté les prescriptions de l'article 6 de l'ATV.

Bien que la constatation faite par le Groupe spécial au paragraphe 7.12 de son rapport et les observations sur le réexamen intérimaire qu'il a formulées au paragraphe 6.7 ne soient pas un modèle de clarté, nous ne pensons pas que le Groupe spécial a commis une erreur de droit. Nous partageons l'avis du Groupe spécial selon lequel il incombait à l'Inde de présenter des éléments de preuve et des arguments suffisants pour établir une présomption que la détermination faite par les Etats-Unis concernant

la sauvegarde transitoire était incompatible avec les obligations qu'ils tenaient de l'article 6 de l'ATV. Une fois cette présomption établie, il appartenait alors aux Etats-Unis de présenter des éléments de preuve et des arguments pour la réfuter.

La raison d'être du règlement des différends au titre de l'article XXIII du GATT de 1994 c'est d'assurer aux Membres les avantages résultant pour eux directement ou indirectement du GATT de 1994. C'était aussi celle du règlement des différends dans le cadre du GATT de 1947. Dans le cas où un Membre considérerait que ses avantages se trouvent annulés ou compromis du fait des circonstances indiquées à l'article XXIII, il peut alors recourir au mécanisme de règlement des différends. S'agissant des plaintes concernant une infraction à des obligations relevant de l'article XXIII:1 a) du GATT de 1994, l'article 3:8 du *Mémorandum d'accord* codifie la pratique suivie antérieurement dans le cadre du GATT de 1947:

Dans les cas où il y a infraction aux obligations souscrites au titre d'un accord visé, la mesure en cause est présumée annuler ou compromettre un avantage. En d'autres termes, il y a normalement présomption qu'une infraction aux règles a une incidence défavorable pour d'autres Membres parties à l'accord visé, et il appartient alors au Membre mis en cause d'apporter la preuve du contraire.

L'article 3:8 du *Mémorandum d'accord* prévoit que dans les cas où il y a infraction aux obligations souscrites au titre d'un accord visé - c'est-à-dire dans les cas où une violation est établie - il y a présomption qu'un avantage est annulé ou compromis. L'article 3:8 indique en outre que le "Membre mis en cause" doit réfuter cette présomption. Toutefois, la question en l'espèce n'est pas de savoir ce qui se passe après qu'une violation est établie; elle est de savoir quelle partie doit en premier démontrer qu'il y a, ou qu'il n'y a pas, violation. Plus précisément, la question en l'espèce est de savoir à quelle partie il incombe de démontrer qu'il y a eu, ou qu'il n'y a pas eu, infraction aux obligations souscrites au titre de l'article 6 de l'ATV.¹⁴

Lorsque nous examinons cette question, nous comprenons en fait difficilement comment un système de règlement judiciaire pourrait fonctionner s'il reprenait l'idée que la simple formulation d'une allégation pourrait équivaloir à une preuve. Il n'est donc guère surprenant que divers tribunaux internationaux, y compris la Cour internationale de Justice, aient systématiquement accepté et appliqué la règle selon laquelle il appartient à la partie qui affirme un fait, que ce soit le demandeur ou le

¹⁴La dernière phrase de l'article 8:10 de l'ATV autorise un Membre à invoquer l'article XXIII du GATT de 1994.

défendeur, d'en apporter la preuve.¹⁵ Par ailleurs, un critère de la preuve généralement admis en régime "code civil", en régime "common law" et, en fait, dans la plupart des systèmes juridiques, est que la charge de la preuve incombe à la partie, qu'elle soit demanderesse ou défenderesse, qui établit, par voie d'affirmation, une allégation ou un moyen de défense particulier. Si ladite partie fournit des éléments de preuve suffisants pour établir une présomption que ce qui est allégué est vrai, alors la charge de la preuve se déplace et incombe à l'autre partie, qui n'aura pas gain de cause si elle ne fournit pas des preuves suffisantes pour réfuter la présomption.¹⁶

Dans le cadre du GATT de 1994 et de l'*Accord sur l'OMC*, la quantité et la nature précises des éléments de preuve qui seront nécessaires pour établir une telle présomption varieront forcément d'une mesure à l'autre, d'une disposition à l'autre et d'une affaire à l'autre.

Un certain nombre de rapports de groupes spéciaux établis dans le cadre du GATT de 1947 contiennent des passages étayant l'idée qu'il incombe à la partie plaignante d'établir l'existence d'une violation relevant de l'article XXIII:1 a) du GATT de 1947. Dès 1952, dans l'affaire *Régime des importations de sardines en Allemagne*, faisant suite à une plainte de la Norvège, le Groupe spécial a clairement imposé à la partie plaignante la charge d'établir l'existence d'une infraction aux obligations pertinentes découlant du GATT de 1947, lorsqu'il a conclu ce qui suit:

L'examen des éléments de preuve fournis a conduit le sous-groupe à conclure qu'ils n'étaient pas suffisants pour démontrer que le gouvernement allemand avait failli aux

¹⁵M. Kazazi, *Burden of Proof and Related Issues: A Study on Evidence Before International Tribunals* (Kluwer Law International, 1996), page 117.

¹⁶Voir M.N. Howard, P. Crane et D.A. Hochberg, *Phipson on Evidence*, 14^{ème} éd. (Sweet & Maxwell, 1990), page 52: "La charge de la preuve incombe à la partie, qu'elle soit demanderesse ou défenderesse, qui établit en substance, par voie d'affirmation, la question." Voir également L. Rutherford et S. Bone (eds.), *Osborne's Concise Law Dictionary*, 8^{ème} éd. (Sweet & Maxwell, 1993), page 266; Earl Jowitt et C. Walsh, *Jowitt's Dictionary of English Law*, 2^{ème} éd. par J. Burke (Sweet & Maxwell, 1977), Vol. 1, page 263; L.B. Curzon, *A Directory of Law*, 2^{ème} éd. (Macdonald et Evans, 1983), page 47; Art. 9, Nouveau Code de procédure civile; J. Charbonnier, *Droit civil*, Introduction, 20^{ème} éd. (Presses Universitaires de France, 1991), page 320; J. Chevalier et L. Bach, *Droit civil*, 12^{ème} éd. (Sirey, 1995), Vol. 1, page 101; R. Guillien et J. Vincent, *Termes juridiques*, 10^{ème} éd. (Dalloz, 1995), page 384; O. Samyn, P. Simonetta et C. Sogno, *Dictionnaire des termes juridiques* (Editions de Vecchi, 1986), page 250; J. González Pérez, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, 2^{ème} éd. (Editorial Civitas, 1992), page 311; C.M. Bianca, S. Patti et G. Patti, *Lessico di Diritto Civile* (Giuffrè Editore, 1991), page 550; F. Galgano, *Diritto Privato*, 8^{ème} éd. (Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1994), page 873; et A. Trabucchi, *Istituzioni di Diritto Civile* (Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1991), page 210.

obligations que lui impose le paragraphe 1 de l'article premier et le paragraphe 1 de l'article XIII de l'Accord général.¹⁷

En 1978, dans l'affaire *Mesures appliquées par la CEE aux protéines destinées à l'alimentation des animaux*, faisant suite à une plainte des Etats-Unis, le Groupe spécial a également indiqué clairement que la charge de la preuve incombait en l'espèce à la partie plaignante. Dans le dernier paragraphe de son rapport, il disait ce qui suit:

N'ayant eu connaissance d'aucun témoignage que l'obligation d'achat, la caution ou le certificat protéine comportaient une discrimination à l'encontre des importations de "produits similaires" en provenance d'une partie contractante quelconque, le Groupe a conclu que les mesures communautaires n'étaient pas incompatibles avec les obligations résultant pour la CEE de l'article premier, paragraphe 1.¹⁸

Deux rapports récents de groupes spéciaux établis dans le cadre du GATT de 1947 suivent cette approche: le rapport de 1992 *Canada - Importation, distribution et vente de certaines boissons alcooliques par les organismes provinciaux de commercialisation*¹⁹ et le rapport de 1994 *Etats-Unis - Mesures affectant l'importation, la vente et l'utilisation du tabac sur le marché intérieur*.²⁰ Dans la première affaire, les Etats-Unis alléguaient que le Canada n'avait pas totalement supprimé les pratiques d'inscription au catalogue et de radiation qu'un précédent groupe spécial du GATT avait jugées incompatibles avec l'article XI du GATT de 1947. Le Groupe spécial a toutefois conclu que, sauf dans le cas des pratiques suivies en Ontario, les Etats-Unis n'avaient pas fourni de preuve à l'appui de leur thèse selon laquelle le Canada suivait encore des pratiques d'inscription au catalogue et de radiation incompatibles avec l'article XI du GATT de 1947. Dans la seconde affaire, les plaignants alléguaient, entre autres, que les sanctions que prévoyaient les dispositions relatives au Prélèvement de commercialisation intérieure promulguées par les Etats-Unis étaient des taxes ou des impositions distinctes au sens de l'article III:2 du GATT de 1947 et que l'article 1106 c) de la Loi de finances de 1993 des Etats-Unis prescrivait des mesures incompatibles avec l'article VIII:1 a) du GATT de 1947.

¹⁷Rapport adopté le 31 octobre 1952, IBDD, S1/56, paragraphe 15. Voir également le rapport du Groupe de travail chargé de l'affaire *Les subventions australiennes aux importations de sulfate d'ammonium*, adopté le 3 avril 1950, IBDD Vol. II/204, paragraphe 11.

¹⁸Rapport adopté le 14 mars 1978, IBDD, S25/53, paragraphe 4.21. Voir également *Communautés européennes - Restitutions à l'exportation de sucre - Recours du Brésil*, rapport adopté le 10 novembre 1980, IBDD, S27/74, paragraphe e) des Conclusions; *Canada - Administration de la Loi sur l'examen de l'investissement étranger*, rapport adopté le 7 février 1984, IBDD, S30/147, paragraphe 5.13; et *Japon - Droit de douane appliqué aux importations de bois d'oeuvre d'épicéa, de pin et de sapin (EPS) coupé à dimensions*, rapport adopté le 19 juillet 1989, IBDD, S36/184, paragraphe 10.

¹⁹Rapport adopté le 18 février 1992, IBDD, S39/28, paragraphes 5.2 et 5.3.

²⁰Rapport adopté le 4 octobre 1994, DS44/R, paragraphes 82 et 124.

Au sujet de ces deux allégations, le Groupe spécial a conclu que les éléments de preuve fournis n'étaient pas la thèse des plaignants selon laquelle il y avait incompatibilité avec les obligations pertinentes découlant du GATT de 1947.

L'Inde a fait valoir que la "pratique coutumière du GATT" est que la partie invoquant une disposition qui est considérée comme une exception doit apporter la preuve que les conditions énoncées dans cette disposition sont remplies. Nous reconnaissons que plusieurs groupes spéciaux établis dans le cadre du GATT de 1947 et de l'OMC ont exigé la fourniture de cette preuve par une partie invoquant des exceptions comme celles qui sont énoncées à l'article XX²¹ ou à l'article XI:2 c) i)²², comme moyen de défense à l'égard d'une allégation d'infraction à des obligations découlant du GATT, comme celles qui sont énoncées aux articles I:1, II:1, III ou XI:1. Les articles XX et XI:2 c) i) constituent des exceptions limitées aux obligations découlant de certaines autres dispositions du GATT de 1994 et non des règles positives imposant des obligations en soi. Ils concernent, par définition, des moyens de défense affirmatifs. Il est tout simplement normal qu'il incombe d'établir ce moyen de défense à la partie qui s'en prévaut.²³

Nous ne pensons pas que ces rapports particuliers de groupes spéciaux précédents établis dans le cadre du GATT de 1947 soient pertinents en l'espèce. L'affaire à l'étude concerne l'article 6 de l'ATV. L'ATV est un arrangement transitoire qui, selon ses propres termes, prendra fin lorsque le commerce des textiles et des vêtements sera pleinement intégré dans le système commercial multilatéral.

²¹*Canada - Administration de la Loi sur l'examen de l'investissement étranger*, rapport adopté le 7 février 1984, IBDD, S30/147, paragraphe 5.20; *Etats-Unis - L'article 337 de la Loi douanière de 1930*, rapport adopté le 7 novembre 1989, IBDD, S36/386, paragraphe 5.27; *Etats-Unis - Mesures affectant les boissons alcooliques et les boissons à base de malt*, rapport adopté le 19 juin 1992, IBDD, S39/233, paragraphes 5.43 et 5.52; et rapport du Groupe spécial sur l'affaire *Etats-Unis - Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, tel qu'il a été modifié par le rapport de l'Organe d'appel, AB-1996-1, adopté le 20 mai 1996, WT/DS2/9, paragraphe 6.20.

²²*Japon - Restrictions à l'importation de certains produits agricoles*, rapport adopté le 22 mars 1988, IBDD, S35/180, paragraphe 5.1.3.7; *CEE - Restrictions à l'importation de pommes de table*, plainte du Chili, rapport adopté le 22 juin 1989, IBDD, S36/100, paragraphe 12.3; et *Canada - Restrictions à l'importation de crème glacée et de yoghourt*, rapport adopté le 5 décembre 1989, IBDD, S36/71, paragraphe 59.

²³En outre, il y a quelques affaires analogues en ce sens que la partie défenderesse a invoqué, comme moyen de défense, certaines dispositions et que le Groupe spécial a expressément exigé que la partie défenderesse démontre l'applicabilité de la disposition dont elle se prévalait. Voir par exemple *Etats-Unis - Redevances pour les opérations douanières*, rapport adopté le 2 février 1988, IBDD, S35/277, paragraphe 98, concernant l'article II:2 du GATT de 1947; *Canada - Importation, distribution et vente de boissons alcooliques par les organismes provinciaux de commercialisation*, rapport adopté le 22 mars 1988, IBDD, S35/38, paragraphe 4.34, concernant l'article XXIV:12 du GATT de 1947; et *Etats-Unis - Mesures affectant les boissons alcooliques et les boissons à base de malt*, rapport adopté le 19 juin 1992, IBDD, S39/233, paragraphe 5.44, concernant le Protocole d'application provisoire.

L'article 6 de l'ATV fait partie intégrante de l'arrangement transitoire que représente l'ATV et devrait être interprété en conséquence. Comme l'Organe d'appel l'a fait observer dans l'affaire *Etats-Unis - Restrictions à l'importation de vêtements de dessous de coton et de fibres synthétiques ou artificielles* au sujet de l'article 6:10 de l'ATV, nous pensons que l'article 6 a un "libellé soigneusement négocié ... qui reflète un équilibre tout aussi soigneusement établi de droits et d'obligations entre les Membres ...".²⁴ Cet équilibre doit être respecté.

Le mécanisme de sauvegarde transitoire prévu à l'article 6 de l'ATV est une partie fondamentale des droits et obligations des Membres de l'OMC concernant les textiles et les vêtements non intégrés visés par l'ATV pendant la période transitoire. En conséquence, une partie alléguant qu'il y a eu violation d'une disposition de l'*Accord sur l'OMC* par un autre Membre doit soutenir et prouver son allégation. Dans l'affaire à l'étude, l'Inde a allégué une violation de l'article 6 de l'ATV par les Etats-Unis. Nous partageons l'avis du Groupe spécial selon lequel il appartenait donc à l'Inde de présenter des éléments de preuve et des arguments juridiques suffisants pour démontrer que la mesure de sauvegarde transitoire prise par les Etats-Unis était incompatible avec les obligations que ceux-ci tenaient des articles 2 et 6 de l'ATV. C'est ce qu'elle a fait en l'occurrence et il incombait dès lors aux Etats-Unis de présenter des preuves et des arguments pour réfuter l'allégation. Or, les Etats-Unis n'ont pas été en mesure de le faire et le Groupe spécial a donc constaté que la mesure de sauvegarde transitoire prise par les Etats-Unis "était contraire aux dispositions des articles 2 et 6 de l'ATV".²⁵

A notre avis, le Groupe spécial n'a pas commis d'erreur sur ce point.

V. L'OSpT

L'Inde a fait appel de la déclaration suivante concernant l'article 6:10 de l'ATV faite au paragraphe 7.20 du rapport du Groupe spécial:

Au cours de cet examen, l'OSpT n'a pas à s'en tenir aux renseignements initialement communiqués par le Membre importateur puisque les parties peuvent fournir des renseignements supplémentaires et différents à l'appui de leur position qui, *dans l'interprétation du Groupe spécial*, peuvent se rapporter à des événements ultérieurs. (Les italiques ne figurent pas dans le texte original)

²⁴AB-1996-3, rapport adopté le 25 février 1997, WT/DS24/AB/R, page 16.

²⁵Rapport du Groupe spécial, paragraphe 8.1.

A notre avis, cette déclaration du Groupe spécial est une observation purement factuelle et gratuite donnant des indications sur la façon dont il interprète le mode de fonctionnement de l'OSpT. Nous ne considérons pas que cette observation du Groupe spécial est "une constatation ou conclusion juridique" que l'Organe d'appel peut "confirmer, modifier ou infirmer".²⁶

VI. Economie jurisprudentielle

Sur la question de savoir si l'article 11 du *Mémorandum d'accord* permet à une partie plaignante de prétendre à une constatation sur chacune des allégations qu'elle formule devant un groupe spécial, le Groupe spécial a indiqué ce qui suit au paragraphe 6.6 de son rapport:

Sur l'argument avancé par l'Inde que l'article 11 du *Mémorandum d'accord* sur le règlement des différends lui permet de prétendre à une constatation sur chacun des points qu'elle a soulevés, le Groupe spécial n'est pas d'accord avec elle et renvoie à la pratique d'économie jurisprudentielle constante des groupes spéciaux du GATT. L'Inde est en droit de voir régler par le Groupe spécial le différend sur la "mesure" contestée, et si le Groupe spécial juge qu'il est possible de régler la question précise en cause en ne traitant que certains des arguments soulevés par la partie plaignante, il peut le faire. Le Groupe spécial décide par conséquent de ne retenir que les points de droit qu'il estime nécessaires pour faire des constatations propres à aider l'ORD à formuler des recommandations ou à statuer sur le présent différend.

La fonction des groupes spéciaux est expressément définie à l'article 11 du *Mémorandum d'accord* qui se lit comme suit:

La fonction des groupes spéciaux est d'aider l'ORD à s'acquitter de ses responsabilités au titre du présent mémorandum d'accord et des accords visés. En conséquence, un groupe spécial devrait procéder à une évaluation objective de la question dont il est saisi, y compris une évaluation objective des faits de la cause, de l'applicabilité des dispositions des accords visés pertinents et de la conformité des faits avec ces dispositions, et *formuler d'autres constatations propres à aider l'ORD* à faire des recommandations ou à statuer ainsi qu'il est prévu dans les accords visés ... (les italiques ne figurent pas dans le texte original).

Rien dans cette disposition ni dans la pratique antérieure du GATT n'exige qu'un groupe spécial examine toutes les allégations formulées par la partie plaignante. Les précédents groupes spéciaux établis dans le cadre du GATT de 1947 et de l'OMC ont souvent traité uniquement les points qu'ils jugeaient nécessaires pour régler la question opposant les parties, et ont refusé de statuer sur d'autres points. Ainsi, dans les cas où un groupe spécial a constaté qu'une mesure était incompatible avec une

²⁶Au sens de l'article 17:13 du *Mémorandum d'accord*.

disposition particulière du GATT de 1947, d'une manière générale, il ne s'est pas demandé si la mesure était aussi incompatible avec d'autres dispositions du GATT qui auraient pu faire l'objet d'une allégation de violation formulée par une partie plaignante.²⁷ Dans la pratique récente de l'OMC, les groupes spéciaux se sont de même abstenus d'examiner chacune des allégations formulées par la partie plaignante et n'ont rendu des constatations que sur les allégations qu'ils jugeaient nécessaires pour résoudre la question à l'étude.²⁸

Même si quelques groupes spéciaux établis dans le cadre du GATT de 1947 et de l'OMC ont rendu des décisions d'une portée plus générale, en examinant et en tranchant des points qui n'étaient pas absolument nécessaires pour régler le différend à l'étude, rien dans le *Mémoire d'accord* n'oblige les groupes spéciaux à agir ainsi.²⁹

En outre, une telle obligation n'est pas compatible avec le but du système de règlement des différends de l'OMC. L'article 3:7 du *Mémoire d'accord* dispose expressément ce qui suit:

Le but du mécanisme de règlement des différends est d'arriver à une solution positive des différends. Une solution mutuellement acceptable pour les parties et compatible avec les accords visés est nettement préférable.

²⁷Voir, par exemple, *CEE - Groupe spécial des restrictions quantitatives à l'importation de certains produits en provenance de Hong Kong*, rapport adopté le 12 juillet 1983, IBDD, S30/135, paragraphe 33; *Canada - Administration de la Loi sur l'examen de l'investissement étranger*, rapport adopté le 7 février 1984, IBDD, S30/147, paragraphe 5.16; *Etats-Unis - Importations de sucre en provenance du Nicaragua*, rapport adopté le 13 mars 1984, IBDD, S31/74, paragraphes 4.5 et 4.6; *Clause d'impression appliquée par les Etats-Unis*, rapport adopté les 15/16 mai 1984, IBDD, S31/82, paragraphe 40; *Groupe spécial sur les mesures appliquées par le Japon aux importations de cuirs*, rapport adopté les 15/16 mai 1984, IBDD, S31/102, paragraphe 57; *Japon - Commerce des semi-conducteurs*, rapport adopté le 4 mai 1988, IBDD, S35/126, paragraphe 122; *Japon - Restrictions à l'importation de certains produits agricoles*, rapport adopté le 22 mars 1988, IBDD, S35/180, paragraphe 5.4.2; *CEE - Règlement relatif aux importations de pièces détachées et composants*, rapport adopté le 16 mai 1990, IBDD, S37/142, paragraphes 5.10, 5.22 et 5.27; *Canada - Importation, distribution et vente de boissons alcooliques par les organismes provinciaux de commercialisation*, rapport adopté le 22 mars 1988, IBDD, S35/38, paragraphe 5.6; et *Etats-Unis - Refus d'accorder le traitement NPF aux chaussures autres qu'en caoutchouc en provenance du Brésil*, rapport adopté le 19 juin 1992, IBDD, S39/142, paragraphe 6.18.

²⁸Voir, par exemple, rapport du Groupe spécial sur l'affaire *Brésil - Mesures visant la noix de coco desséchée*, adopté le 20 mars 1997, WT/DS22/R, paragraphe 293; et rapport du Groupe spécial sur l'affaire *Etats-Unis - Normes concernant l'essence nouvelle et ancienne formules*, tel qu'il a été modifié par le rapport de l'Organe d'appel, AB-1996-1, adopté le 20 mai 1996, WT/DS2/9, paragraphe 6.43.

²⁹Voir, par exemple, *CEE - Restrictions à l'importation de pommes de table*, plainte du Chili, rapport adopté le 22 juin 1989, IBDD, S36/100, paragraphe 12.20, où le groupe spécial indiquait expressément que vu sa constatation selon laquelle les mesures communautaires contrevenaient à l'article XI:1 du GATT de 1947 et n'étaient pas justifiées par l'article XI:2 c) i) ou ii) du GATT de 1947, un plus ample examen de l'application des mesures ne serait pas normalement nécessaire. Dans cette affaire, le Groupe spécial a néanmoins estimé qu'il "convenait" d'examiner l'application des mesures communautaires au regard de l'article XIII du GATT de 1947 eu égard aux questions soulevées par les deux parties qui présentaient un grand intérêt sur le plan pratique.

Le but fondamental du règlement des différends dans le cadre de l'OMC est donc de régler les différends. Il est confirmé ailleurs dans le *Mémoire d'accord*. L'article 3:4, par exemple, est ainsi libellé:

En formulant ses recommandations ou en statuant sur la question, l'ORD visera à la régler de manière satisfaisante conformément aux droits et obligations résultant du présent mémorandum d'accord et des accords visés.

Comme l'Inde le souligne, l'article 3:2 du *Mémoire d'accord* indique que les Membres de l'OMC "reconnaissent" que le système de règlement des différends "a pour objet de préserver les droits et les obligations résultant pour les Membres des accords visés, et de clarifier les dispositions existantes de ces accords conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit international public" (les italiques ne figurent pas dans le texte original). Etant donné le but explicite du règlement des différends qui transparaît dans tout le *Mémoire d'accord*, nous ne considérons pas que l'article 3:2 du *Mémoire d'accord* est censé encourager ni les groupes spéciaux ni l'Organe d'appel à "légiférer" en clarifiant les dispositions existantes de l'*Accord sur l'OMC* hors du contexte du règlement d'un différend particulier. Un groupe spécial ne doit traiter que les allégations qui doivent l'être pour résoudre la question en cause dans le différend.³⁰

Nous notons en outre que l'article IX de l'*Accord sur l'OMC* prévoit que la Conférence ministérielle et le Conseil général ont le "pouvoir exclusif" d'adopter des interprétations de l'*Accord sur l'OMC* et des Accords commerciaux multilatéraux.³¹ Cela est expressément reconnu à l'article 3:9 du *Mémoire d'accord* qui est ainsi libellé:

Les dispositions du présent mémorandum d'accord sont sans préjudice du droit des Membres de demander une interprétation faisant autorité des dispositions d'un accord visé, par la prise de décisions au titre de l'*Accord sur l'OMC* ou d'un accord visé qui est un Accord commercial plurilatéral.

Au vu de ce qui précède, nous pensons que la constatation faite par le Groupe spécial au paragraphe 7.20 de son rapport est compatible avec le *Mémoire d'accord* ainsi qu'avec la pratique suivie dans le cadre du GATT de 1947 et de l'*Accord sur l'OMC*.

³⁰La "question en cause" est la "question portée devant l'ORD" conformément à l'article 7 du *Mémoire d'accord*.

³¹*Japon - Taxes sur les boissons alcooliques*, AB-1996-2, rapport adopté le 1er novembre 1996, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, page 15.

VII. Constatations et conclusions

Pour les raisons énoncées dans le présent rapport, l'Organe d'appel confirme les constatations et conclusions juridiques du Groupe spécial.

L'Organe d'appel *recommande* que l'Organe de règlement des différends statue conformément aux constatations et conclusions juridiques exposées dans le rapport du Groupe spécial et le présent rapport.

Texte original signé à Genève le 15 avril 1997 par:

Christopher Beeby
Président de la section

James Bacchus
Membre

Mitsuo Matsushita
Membre