

**Information and Privacy  
Commissioner** *Appellant*

v.

**Alberta Teachers' Association** *Respondent*

and

**Attorney General of British Columbia,  
Information and Privacy Commissioner  
of British Columbia and B.C.  
Freedom of Information and Privacy  
Association** *Intervenors*

**INDEXED AS: ALBERTA (INFORMATION AND  
PRIVACY COMMISSIONER) v. ALBERTA TEACHERS'  
ASSOCIATION**

**2011 SCC 61**

File No.: 33620.

2011: February 16; 2011: December 14.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ALBERTA

*Administrative law — Judicial review — Implied decision — Decision of adjudicator quashed on judicial review on basis of Information and Privacy Commissioner's failure to comply with statutory time limits — Issue of time limits not raised with Commissioner or adjudicator — Adjudicator consequently not specifically addressing issue and not issuing reasons in this regard — Whether a matter that was not raised at tribunal may be judicially reviewed — Whether reasons given by tribunal in other decisions may assist in determination of reasonableness of implied decision — Personal Information Protection Act, S.A. 2003, c. P-6.5, s. 50(5).*

*Administrative law — Standard of review — Whether a tribunal's decision relating to interpretation of its home statute or statutes closely connected to its functions is reviewable on standard of correctness or*

**Information and Privacy  
Commissioner** *Appellant*

c.

**Alberta Teachers' Association** *Intimée*

et

**Procureur général de la Colombie-  
Britannique, Information and Privacy  
Commissioner of British Columbia et  
B.C. Freedom of Information and Privacy  
Association** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : ALBERTA (INFORMATION AND  
PRIVACY COMMISSIONER) c. ALBERTA TEACHERS'  
ASSOCIATION**

**2011 CSC 61**

N° du greffe : 33620.

2011 : 16 février; 2011 : 14 décembre.

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

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

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Décision implicite — Décision d'une déléguée annulée à l'issue d'un contrôle judiciaire au motif que le commissaire à l'information et à la protection de la vie privée n'a pas observé le délai prescrit — Inobservation du délai non soulevée devant le commissaire ou sa déléguée — La déléguée n'a donc ni examiné ni abordé expressément la question dans ses motifs — Une question qui n'a pas été soulevée devant un tribunal administratif peut-elle faire l'objet d'un contrôle judiciaire? — Les motifs du tribunal administratif dans d'autres affaires peuvent-ils permettre de se prononcer sur le caractère raisonnable d'une décision implicite? — Personal Information Protection Act, S.A. 2003, ch. P-6.5, art. 50(5).*

*Droit administratif — Norme de contrôle — La décision d'un tribunal administratif qui interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat est-elle assujettie à la norme de la décision correcte ou*

*reasonableness — Whether category of true questions of jurisdiction or vires should be maintained when tribunal is interpreting its home statute or statutes closely connected to its functions.*

The Information and Privacy Commissioner received complaints that the Alberta Teachers' Association ("ATA") disclosed private information in contravention of the Alberta *Personal Information Protection Act* ("PIPA"). At the time, s. 50(5) of PIPA provided that an inquiry must be completed within 90 days of the complaint being received unless the Commissioner notified the parties that he was extending the time period and he provided an anticipated date for completing the inquiry. The Commissioner took 22 months from the initial complaint before extending the estimated date on which the inquiry would be concluded. Seven months later, an adjudicator delegated by the Commissioner issued an order, finding that the ATA had contravened the Act. The ATA applied for judicial review of the adjudicator's order. In argument, it claimed for the first time that the Commissioner had lost jurisdiction due to his failure to extend the period for completion of the inquiry within 90 days of the complaint being received. The chambers judge quashed the adjudicator's decision on that basis. A majority of the Court of Appeal upheld the chambers judge's decision.

*Held:* The appeal should be allowed.

*Per* McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.: Although the timelines issue was not raised before the Commissioner or the adjudicator, the adjudicator implicitly decided that providing an extension after 90 days did not automatically terminate the inquiry. The adjudicator's decision was subject to judicial review on a reasonableness standard and her decision was reasonable. The adjudicator's order should be reinstated and the matter should be remitted to the chambers judge to consider issues not dealt with and resolved in the judicial review.

A court has discretion not to undertake judicial review of an issue and generally will not review an issue that could have been, but was not, raised before the tribunal. However, in this case, the rationales for the general rule have limited application. The Commissioner has consistently expressed his views in other cases, so we have the benefit of his expertise. No evidence was required to consider the timelines issue and no prejudice was alleged.

*à celle de la décision raisonnable? — La catégorie des véritables questions de compétence doit-elle subsister relativement à l'interprétation par un tribunal administratif de sa propre loi constitutive ou d'une loi étroitement liée à son mandat?*

Le commissaire à l'information et à la protection de la vie privée a reçu des plaintes selon laquelle l'Alberta Teachers' Association (« ATA ») avait communiqué des renseignements privés et enfreint de ce fait la *Personal Information Protection Act* de l'Alberta (« PIPA »). Suivant le par. 50(5) de la PIPA alors en vigueur, l'enquête du commissaire devait prendre fin au plus tard 90 jours après la réception de la plainte, sauf avis du commissaire aux parties de la prorogation du délai et de la date prévue d'achèvement de l'enquête. Le commissaire n'a prorogé l'enquête et fixé la date de son achèvement que 22 mois après le dépôt de la première plainte. Sept mois plus tard, la personne qu'il a déléguée a rendu une ordonnance dans laquelle elle concluait que l'ATA avait contrevenu à la Loi. L'ATA a demandé le contrôle judiciaire de l'ordonnance et fait valoir pour la première fois qu'en ne prorogeant pas l'enquête au plus tard 90 jours après la réception de la plainte, le commissaire avait perdu compétence. Le juge en cabinet a annulé la décision de la déléguée pour ce motif. La Cour d'appel a confirmé à la majorité la décision du juge.

*Arrêt :* Le pourvoi est accueilli.

*La juge en chef* McLachlin et les juges LeBel, Fish, Abella, Charron et Rothstein : Même si la question de l'observation du délai n'a pas été soulevée devant le commissaire ou sa déléguée, cette dernière a conclu tacitement que l'omission de proroger le délai avant l'expiration des 90 jours impartis n'avait pas automatiquement mis fin à l'enquête. Au regard de la norme de contrôle de la décision raisonnable à laquelle elle est assujettie, la décision de la déléguée est raisonnable. L'ordonnance de la déléguée est rétablie, et l'affaire est renvoyée au juge en cabinet pour qu'il statue sur les questions qui n'ont pas déjà été examinées et réglées lors du contrôle judiciaire.

La cour de justice jouit du pouvoir discrétionnaire d'entreprendre ou non un contrôle judiciaire et, en règle générale, elle s'en abstient lorsque la question aurait pu être soulevée devant le tribunal administratif mais qu'elle ne l'a pas été. Toutefois, les considérations qui justifient la règle générale ont une application limitée en l'espèce. Le commissaire a exprimé son opinion dans d'autres décisions, ce qui donne accès à son expertise. Nul élément de preuve n'était requis pour trancher la question de l'observation du délai, et nul préjudice n'était allégué.

In the present appeal, the letter notifying the parties of the extension was sent after the expiration of 90 days. An inquiry was conducted and the adjudicator ultimately rendered an order against the ATA. The issue raised by the ATA on judicial review could only be decided in one of two ways — either the consequence of an extension was that the inquiry was terminated or not. Both the Commissioner and the adjudicator implicitly decided that providing an extension after 90 days did not result in the inquiry being automatically terminated.

In this case, a reasonableness standard applied on judicial review. The Commissioner was interpreting his own statute and the question was within his specialized expertise. Deference will usually result where a tribunal is interpreting its own statute or statutes closely connected to its function, unless the question falls into a category of question to which the correctness standard continues to apply. The timelines question does not fall into such a category: it is not a constitutional question, a question regarding the jurisdictional lines between competing specialized tribunals, a question of central importance to the legal system as a whole, nor a true question of jurisdiction or *vires*. Experience has shown that the category of true questions of jurisdiction is narrow and it may be that the time has come to reconsider whether this category exists and is necessary to identify the appropriate standard of review. Uncertainty has plagued standard of review analysis for many years. The “true questions of jurisdiction” category has caused confusion to counsel and judges alike and without a clear definition or content to the category, courts will continue to be in doubt on this question. For now, it is sufficient to say that, unless the situation is exceptional, the interpretation by a tribunal of its home statute or statutes closely connected to its function should be presumed to be a question of statutory interpretation subject to deference on judicial review. As long as the “true question of jurisdiction” category remains, a party seeking to invoke it should be required to demonstrate why the court should not review a tribunal’s interpretation of its home statute on the standard of reasonableness.

The deference due to a tribunal does not disappear because its decision was implicit. Parties cannot gut the deference owed to a tribunal by failing to raise the

En l’espèce, les parties ont été informées par lettre de la prorogation du délai de 90 jours après l’expiration de celui-ci. La déléguée a mené l’enquête à terme, puis rendu une ordonnance défavorable à l’ATA. La question soulevée par l’ATA lors du contrôle judiciaire ne pouvait appeler que l’une de deux conclusions possibles : soit la prorogation n’avait pas mis fin à l’enquête, soit elle y avait mis fin. Le commissaire et sa déléguée ont implicitement décidé que la prorogation du délai après les 90 jours impartis n’a pas automatiquement mis fin à l’enquête.

Dans la présente affaire, la décision était assujettie à la norme de contrôle de la décision raisonnable. Le commissaire interprétait sa propre loi constitutive, et la question relevait de son expertise. Lorsqu’un tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat, la déférence est habituellement de mise, sauf si la question relève d’une catégorie de questions à laquelle la norme de la décision correcte demeure applicable. La question de l’observation du délai n’appartient pas à une telle catégorie : elle n’est pas de nature constitutionnelle, elle n’a pas trait à la délimitation des compétences respectives de tribunaux spécialisés concurrents, elle ne revêt pas une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et elle ne touche pas véritablement à la compétence. L’expérience enseigne que peu de questions appartiennent à la catégorie des véritables questions de compétence, et le temps est peut-être venu de se demander si cette catégorie existe et si elle est nécessaire pour arrêter la norme de contrôle applicable. Pendant de nombreuses années, l’incertitude a pesé sur l’analyse relative à la norme de contrôle. La catégorie des « questions touchant véritablement à la compétence » a semé la confusion tant chez les juges que chez les avocats et, sans une définition claire ni de précision quant à sa teneur, les cours de justice demeureront dans l’incertitude à ce sujet. Pour l’heure, il suffit d’affirmer que, sauf situation exceptionnelle, il convient de présumer que l’interprétation par un tribunal administratif de sa propre loi constitutive ou d’une loi étroitement liée à son mandat est une question d’interprétation législative commandant la déférence en cas de contrôle judiciaire. Tant que subsiste la catégorie des « véritables questions de compétence », la partie qui prétend soulever une question qui y appartient doit établir les raisons pour lesquelles le contrôle visant l’interprétation de sa loi constitutive par un tribunal administratif ne devrait pas s’effectuer au regard de la norme de la décision raisonnable.

Un tribunal administratif ne cesse pas d’avoir droit à la déférence parce que sa décision est implicite. Les parties ne sauraient, en omettant de soulever une

issue before the tribunal and thereby mislead the tribunal on the necessity of providing reasons. When the decision under review concerns an issue that was not raised before the decision maker, the reviewing court can consider reasons which could have been offered in support of the decision. When a reasonable basis for an implied decision is apparent, a reviewing court should uphold the decision as reasonable. In some cases, it may be that the reviewing court cannot adequately show deference without first providing the decision maker the opportunity to give its own reasons for the decision. It will generally be inappropriate to find that there is no reasonable basis for the tribunal's decision without first giving the tribunal an opportunity to provide one.

Reasons given by a tribunal in other decisions on the same issue can assist a reviewing court in determining whether a reasonable basis for an implied decision exists. Other decisions by the Commissioner and the adjudicator have provided consistent analyses of the similarly worded s. 69(6) of the *Freedom of Information and Protection of Privacy Act* ("FOIPA"). The Commissioner has held that a similar 90-day time limit in s. 69(6) applies only to his duty to complete an inquiry and not to extending time to complete an inquiry. His interpretation of s. 69(6) systematically addresses the text of that provision, its purposes, and the practical realities of conducting inquiries. His interpretation of s. 69(6) satisfies the values of justification, transparency and intelligibility in administrative decision making.

It is reasonable to assume that the Commissioner's interpretations of s. 69(6) of FOIPA are the reasons of the adjudicator in this case. Both s. 50(5) of PIPA and s. 69(6) of FOIPA govern inquiries conducted by the Commissioner. They are identically structured and use almost identical language. It was reasonable for the adjudicator to apply the Commissioner's interpretation of s. 69(6) of FOIPA to s. 50(5) of PIPA. The interpretation does not render statutory requirements of notice meaningless. No principle of statutory interpretation requires a presumption that an extension must be granted before the expiry of the 90-day time limit simply because s. 50(5) is silent as to when an extension of time can be granted. The distinction between mandatory and directory provisions does not arise in this case because this is not a case of failure by a tribunal to comply with a legislative direction. Therefore, there exists a reasonable basis for the adjudicator's implied decision in this case.

question et en induisant ainsi le tribunal administratif en erreur quant à la nécessité de motiver sa décision, écarter la déférence due à ce dernier. Lorsque la décision contestée porte sur une question qui n'a pas été soulevée devant le décideur, la juridiction de révision peut prendre en compte les motifs qui auraient pu être donnés à l'appui. Lorsque la décision tacite a un fondement raisonnable manifeste, la juridiction de révision devrait la déclarer raisonnable et la confirmer. Il peut arriver parfois qu'une juridiction de révision ne puisse manifester la déférence voulue sans offrir d'abord au décideur administratif la possibilité d'exposer les motifs de sa décision. Il ne convient généralement pas qu'elle conclue à l'absence d'assise raisonnable sans offrir d'abord au tribunal administratif la possibilité d'en fournir une.

La juridiction de révision peut s'en remettre aux motifs d'autres décisions du tribunal administratif sur le même point pour décider si une décision implicite a un fondement raisonnable ou non. Dans d'autres décisions, le commissaire et ses délégués interprètent de manière constante le par. 69(6) de la *Freedom of Information and Protection of Privacy Act* (« FOIPA »), dont le libellé est semblable. Le commissaire conclut que le délai apparenté de 90 jours prévu au par. 69(6) ne vise que l'achèvement de l'enquête, et non la prorogation du délai pour la mener à terme. Son interprétation du par. 69(6) aborde successivement le texte de la disposition, son objet et l'expérience du commissaire au chapitre de la tenue d'enquêtes. Elle satisfait également aux exigences de justification, de transparence et d'intelligibilité du processus décisionnel administratif.

On peut certes présumer que les motifs du commissaire interprétant le par. 69(6) de la FOIPA sont repris par la déléguée en l'espèce. Le paragraphe 50(5) de la PIPA et le par. 69(6) de la FOIPA s'appliquent aux enquêtes du commissaire, ils sont conçus de la même manière et leurs libellés sont presque identiques. La déléguée pouvait légitimement appliquer au par. 50(5) de la PIPA l'interprétation du par. 69(6) de la FOIPA par le commissaire. Pareille conclusion ne rend pas inutile l'obligation légale de donner un avis. Aucun principe d'interprétation législative n'établit de présomption voulant que la prorogation doive intervenir avant l'expiration du délai de 90 jours seulement parce que le par. 50(5) ne précise pas la période pendant laquelle le délai peut être prorogé. La distinction entre les dispositions législatives impératives et celles qui sont directives ne joue pas en l'espèce, car il ne s'agit pas d'un cas où le tribunal administratif a omis de se conformer à une prescription du législateur. Par conséquent, la décision implicite de la déléguée avait une assise raisonnable.

*Per Binnie and Deschamps JJ.:* There is agreement with Cromwell J. that the concept of jurisdiction is fundamental to judicial review of administrative tribunals and to the rule of law. Administrative tribunals operate within a legal framework dictated by the Constitution and limited by their respective statutory mandates and it is the courts that determine the outer limits of those mandates. On the other hand, the notion of a “true question of jurisdiction or *vires*” is not helpful at the practical everyday level of deciding whether or not the courts are entitled to intervene in a particular administrative decision.

The middle ground lies in the more nuanced approach adopted in *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471, that if the issue relates to the interpretation and application of a tribunal’s own statute, is within its expertise and does not raise issues of general legal importance, the standard of reasonableness will generally apply. The expression “issues of general legal importance” means issues whose resolution has significance outside the operation of the statutory scheme under consideration. “Reasonableness” is a deceptively simple omnibus term which gives reviewing judges a broad discretion to choose from a variety of levels of scrutiny from the relatively intense to the not so intense. The calibration will be challenging enough for reviewing judges without superadding an elusive search for something that can be labelled a true question of *vires* or jurisdiction.

On the other hand, Rothstein J.’s creation of a “presumption” based on insufficient criteria simply adds a further step to what should be a straightforward analysis. A simplified approach would be that if the issue before the reviewing court relates to the interpretation or application of a tribunal’s “home statute” and related statutes that are also within the core function and expertise of the decision maker, and the issue does not raise matters of legal importance beyond the statutory scheme under review, the Court should afford a measure of deference under the standard of reasonableness. Otherwise, the last word on questions of law should be left with the courts.

*Per Cromwell J.:* In this case the applicable standard of review is reasonableness. The Commissioner’s power to extend time is granted in broad terms in the context

*Les juges Binnie et Deschamps :* Le juge Cromwell a raison d’affirmer que la notion de compétence est fondamentale dans le contrôle judiciaire des décisions des tribunaux administratifs et pour la primauté du droit. Les tribunaux administratifs exercent leurs fonctions dans le cadre juridique que dicte la Constitution et que délimitent leurs mandats légaux respectifs, et ce sont les cours de justice qui déterminent la portée de ces mandats. Par contre, la notion de « question touchant véritablement à la compétence » ne se révèle pas utile au quotidien pour déterminer concrètement si une cour de justice est admise ou non à s’immiscer dans une décision administrative donnée.

La démarche nuancée de la Cour dans l’arrêt *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471, selon laquelle 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, constitue un compromis entre les points de vue qui s’opposent en l’espèce. Une « question de droit générale » s’entend d’une question dont le règlement n’importe pas seulement pour le régime législatif considéré. La « raisonabilité » est une notion générale d’apparence trompeusement simple qui confère à la juridiction de révision le pouvoir discrétionnaire étendu de choisir entre divers degrés d’examen, allant de celui relativement intense à celui qui l’est moins. Les juges saisis de demandes de contrôle judiciaire ont déjà suffisamment à faire pour déterminer l’intensité de l’examen nécessaire sans qu’on leur demande en plus de rechercher un élément insaisissable susceptible d’être qualifié de question touchant véritablement à la compétence.

En revanche, la création par le juge Rothstein d’une présomption fondée sur des critères insuffisants ne fait qu’ajouter une étape à une analyse qui devrait être simple. Suivant une démarche simplifiée, lorsque la décision visée par le contrôle judiciaire a trait à l’interprétation ou à l’application de la loi constitutive du tribunal administratif ou d’une loi connexe qui relève elle aussi essentiellement du mandat et de l’expertise du décideur, et qu’elle ne soulève pas de questions de droit générales, au-delà du régime législatif en cause, la Cour devrait se montrer déférente suivant la norme de la décision raisonnable. Sinon, il appartient à la cour de justice de statuer en dernier ressort sur les questions de droit.

*Le juge Cromwell :* La norme de contrôle applicable en l’espèce est celle de la décision raisonnable. Le pouvoir de prorogation est conféré au commissaire en

of a detailed and highly specialized statutory scheme which it is the Commissioner's duty to administer and under which he is required to exercise many broadly granted discretions. The adjudicator's decision on the timeliness issue should be reinstated and the matter should be remitted to the chambers judge to consider the issues not dealt with and resolved in the judicial review proceedings. Courts have a constitutional responsibility to ensure that administrative action does not exceed its jurisdiction, but they must also give effect to legislative intent when determining the applicable standard of judicial review. The standard of review analysis identifies the limits of the legality of a tribunal's actions and defines the limits of the role of the reviewing court. When existing jurisprudence has not already satisfactorily determined the standard of review applicable to the case at hand, the courts apply several relevant factors. These factors allow the courts to identify questions that are reviewable on a standard of correctness. Elevating to a virtually irrefutable presumption the general guideline that a tribunal's interpretation of its home statute will not often raise a jurisdictional question goes well beyond saying that deference will usually result where a tribunal's interpretation of its home statute is in issue. The terms "jurisdictional" and "*vires*" are unhelpful to the standard of review analysis but true questions of jurisdiction and *vires* do exist. There are legal questions in "home" statutes whose resolution legislatures do not intend to leave to the tribunal. As this Court's recent jurisprudence confirms, as a matter of either constitutional law or legislative intent, a tribunal must be correct on certain issues. The fact that s. 50(5) of *PIPA* is in the Commissioner's home statute did not relieve the reviewing court of its duty to consider the argument that the provision was one whose interpretation the legislator intended to be reviewed for correctness, by examining the provision and other relevant factors.

### Cases Cited

By Rothstein J.

**Discussed:** *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; **distinguished:** *Kellogg Brown and Root Canada v. Information and Privacy Commissioner (Alta.)*, 2007 ABQB 499, 434 A.R.

termes généraux dans le contexte d'un régime législatif détaillé et très spécialisé qu'il lui incombe d'administrer et en application duquel il est appelé à exercer de nombreux pouvoirs discrétionnaires accordés de manière générale. Il convient de rétablir la décision du commissaire concernant l'observation du délai et de renvoyer l'affaire au juge en cabinet pour qu'il statue sur les questions qui n'ont pas déjà été examinées et réglées lors du contrôle judiciaire. Une cour de justice a l'obligation constitutionnelle de s'assurer que les actes de l'Administration n'outrepassent pas les limites de sa compétence, mais elle doit aussi tenir compte de l'intention du législateur lorsqu'elle détermine la norme de contrôle applicable. L'analyse relative à la norme de contrôle délimite la légalité des actes du tribunal administratif et circonscrit la fonction de la cour de justice siégeant en révision. Lorsque la jurisprudence existante ne détermine pas déjà de façon satisfaisante la norme de contrôle applicable à la décision, la cour de justice applique plusieurs considérations pertinentes. Ces considérations lui permettent de déterminer quelle décision est susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte. Élever au rang de présomption pour ainsi dire irréfutable l'énoncé général voulant que l'interprétation par un tribunal administratif de sa loi constitutive soulève rarement une question de compétence va beaucoup plus loin qu'affirmer que la déférence est habituellement de mise envers un tribunal administratif qui interprète sa loi constitutive. L'emploi du mot « compétence » est inutile dans l'analyse relative à la norme de contrôle, mais les questions touchant véritablement à la compétence existent. Une loi constitutive renferme des dispositions qui soulèvent des questions de droit sur lesquelles le législateur n'a pas voulu que le tribunal administratif ait le dernier mot. Comme le confirme la jurisprudence récente de la Cour, suivant le droit constitutionnel ou l'intention du législateur, la décision du tribunal administratif sur certaines questions doit être correcte. La présence du par. 50(5) de la *PIPA* dans la loi constitutive du commissaire ne soustrait pas la cour de justice siégeant en révision à son obligation de se pencher — par l'examen de la disposition et de toute autre considération pertinente — sur la thèse selon laquelle le législateur a voulu que le contrôle de l'interprétation de la disposition s'effectue selon la norme de la décision correcte.

### Jurisprudence

Citée par le juge Rothstein

**Arrêt analysé :** *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; **distinction d'avec l'arrêt :** *Kellogg Brown and Root Canada c. Information and Privacy Commissioner (Alta.)*, 2007 ABQB 499,

311; **referred to:** *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3; *Toussaint v. Canada Labour Relations Board* (1993), 160 N.R. 396; *Poirier v. Canada (Minister of Veterans Affairs)*, [1989] 3 F.C. 233; *Shubenacadie Indian Band v. Canada (Human Rights Commission)*, [1998] 2 F.C. 198; *Legal Oil & Gas Ltd. v. Surface Rights Board*, 2001 ABCA 160, 303 A.R. 8; *United Nurses of Alberta, Local 160 v. Chinook Regional Health Authority*, 2002 ABCA 246, 317 A.R. 385; *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650; *Waters v. British Columbia (Director of Employment Standards)*, 2004 BCSC 1570, 40 C.L.R. (3d) 84; *Alberta v. Nilsson*, 2002 ABCA 283, 320 A.R. 88; *A.C. Concrete Forming Ltd. v. Residential Low Rise Forming Contractors Assn. of Metropolitan Toronto and Vicinity*, 2009 ONCA 292, 306 D.L.R. (4th) 251; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160, rev'g 2009 FCA 110, 389 N.R. 363, rev'g 2008 FC 12, 34 C.E.L.R. (3d) 138; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Syndicat des professeurs du collège de Lévis-Lauzon v. CEGEP de Lévis-Lauzon*, [1985] 1 S.C.R. 596; *Union des employés de commerce, local 503 v. Roy*, [1980] C.A. 394; *Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3, aff'g 2009 FCA 378, 315 D.L.R. (4th) 270, rev'g 2009 FC 271, 344 F.T.R. 45; *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678, aff'g sub nom. *Kerry (Canada) Inc. v. DCA Employees Pension Committee*, 2007 ONCA 416, 86 O.R. (3d) 1, rev'g sub nom. *Nolan v. Superintendent of Financial Services* (2006), 209 O.A.C. 21; *Northrop Grumman Overseas Services Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2009 SCC 50, [2009] 3 S.C.R. 309; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616; *Petro-Canada v. Workers' Compensation Board (B.C.)*, 2009 BCCA 396, 276 B.C.A.C. 135; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Canada (Attorney General) v. Mavi*, 2011 SCC 30, [2011] 2 S.C.R. 504; *Order P2008-005; College of Alberta Psychologists*, December 17, 2008, O.I.P.C.; *Order F2006-031; Edmonton Police Service*, September 22, 2008, O.I.P.C.; *Order F2008-013; Edmonton (Police Service) (Re)*, [2008] A.I.P.C.D. No. 71 (QL); *Order F2007-014; Edmonton (Police Service) (Re)*, [2008] A.I.P.C.D. No. 72 (QL); *Order F2008-003; Edmonton Police Service*, December 12, 2008, O.I.P.C.; *Order F2008-016; Edmonton (Police Service) (Re)*, [2008] A.I.P.C.D. No. 82 (QL); *Order F2008-017; Edmonton (Police Service) (Re)*, [2008] A.I.P.C.D. No.

434 A.R. 311; **arrêts mentionnés :** *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3; *Toussaint c. Conseil canadien des relations du travail* (1993), 160 N.R. 396; *Poirier c. Canada (Ministre des affaires des anciens combattants)*, [1989] 3 C.F. 233; *Bande indienne de Shubenacadie c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1998] 2 C.F. 198; *Legal Oil & Gas Ltd. c. Surface Rights Board*, 2001 ABCA 160, 303 A.R. 8; *United Nurses of Alberta, Local 160 c. Chinook Regional Health Authority*, 2002 ABCA 246, 317 A.R. 385; *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650; *Waters c. British Columbia (Director of Employment Standards)*, 2004 BCSC 1570, 40 C.L.R. (3d) 84; *Alberta c. Nilsson*, 2002 ABCA 283, 320 A.R. 88; *A.C. Concrete Forming Ltd. c. Residential Low Rise Forming Contractors Assn. of Metropolitan Toronto and Vicinity*, 2009 ONCA 292, 306 D.L.R. (4th) 251; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160, inf. 2009 CAF 110, 389 N.R. 363, inf. 2008 CF 12, 34 C.E.L.R. (3d) 138; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Syndicat des professeurs du collège de Lévis-Lauzon c. CEGEP de Lévis-Lauzon*, [1985] 1 R.C.S. 596; *Union des employés de commerce, local 503 c. Roy*, [1980] C.A. 394; *Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3, conf. 2009 CAF 378, 315 D.L.R. (4th) 270, inf. 2009 CF 271, 344 F.T.R. 45; *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678, conf. sub nom. *Kerry (Canada) Inc. c. DCA Employees Pension Committee*, 2007 ONCA 416, 86 O.R. (3d) 1, inf. sub nom. *Nolan c. Superintendent of Financial Services* (2006), 209 O.A.C. 21; *Northrop Grumman Overseas Services Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CSC 50, [2009] 3 R.C.S. 309; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616; *Petro-Canada c. Workers' Compensation Board (B.C.)*, 2009 BCCA 396, 276 B.C.A.C. 135; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Canada (Procureur général) c. Mavi*, 2011 CSC 30, [2011] 2 R.C.S. 504; *Order P2008-005; College of Alberta Psychologists*, December 17, 2008, O.I.P.C.; *Order F2006-031; Edmonton Police Service*, September 22, 2008, O.I.P.C.; *Order F2008-013; Edmonton (Police Service) (Re)*, [2008] A.I.P.C.D. No. 71 (QL); *Order F2007-014; Edmonton (Police Service) (Re)*, [2008] A.I.P.C.D. No. 72 (QL); *Order F2008-003; Edmonton Police Service*, December 12, 2008, O.I.P.C.; *Order F2008-016; Edmonton (Police Service) (Re)*, [2008] A.I.P.C.D. No. 82 (QL); *Order F2008-017; Edmonton (Police Service) (Re)*, [2008] A.I.P.C.D. No.

79 (QL); *Order F2008-005; Edmonton (Police Service) (Re)*, [2008] A.I.P.C.D. No. 81 (QL); *Order F2008-018; Edmonton (Police Service) (Re)*, [2009] A.I.P.C.D. No. 3 (QL); *Order F2008-027; Edmonton (Police Service) (Re)*, [2009] A.I.P.C.D. No. 20 (QL); *Order F2007-031; Grande Yellowhead Regional Division No. 35*, November 27, 2008, O.I.P.C.; *British Columbia (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 S.C.R. 41.

By Binnie J.

**Discussed:** *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471; **referred to:** *Metropolitan Life Insurance Co. v. International Union of Operating Engineers, Local 796*, [1970] S.C.R. 425; *Bell v. Ontario Human Rights Commission*, [1971] S.C.R. 756; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339.

By Cromwell J.

**Discussed:** *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; **referred to:** *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678; *Metropolitan Life Insurance Co. v. International Union of Operating Engineers, Local 796*, [1970] S.C.R. 425; *Bell v. Ontario Human Rights Commission*, [1971] S.C.R. 756; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City)*, 2004 SCC 19, [2004] 1 S.C.R. 485; *Northrop Grumman Overseas Services Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2009 SCC 50, [2009] 3 S.C.R. 309.

### Statutes and Regulations Cited

*Constitution Act, 1867*, s. 96.  
*Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 18.1(4)(a).  
*Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.A. 2000, c. F-25, ss. 2(b), 69(6).

(*Re*), [2008] A.I.P.C.D. No. 82 (QL); *Order F2008-017; Edmonton (Police Service) (Re)*, [2008] A.I.P.C.D. No. 79 (QL); *Order F2008-005; Edmonton (Police Service) (Re)*, [2008] A.I.P.C.D. No. 81 (QL); *Order F2008-018; Edmonton (Police Service) (Re)*, [2009] A.I.P.C.D. No. 3 (QL); *Order F2008-027; Edmonton (Police Service) (Re)*, [2009] A.I.P.C.D. No. 20 (QL); *Order F2007-031; Grande Yellowhead Regional Division No. 35*, November 27, 2008, O.I.P.C.; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 R.C.S. 41.

Citée par le juge Binnie

**Arrêts analysés :** *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; **arrêts mentionnés :** *Metropolitan Life Insurance Co. c. International Union of Operating Engineers, Local 796*, [1970] R.C.S. 425; *Bell c. Ontario Human Rights Commission*, [1971] R.C.S. 756; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339.

Citée par le juge Cromwell

**Arrêt analysé :** *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; **arrêts mentionnés :** *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678; *Metropolitan Life Insurance Co. c. International Union of Operating Engineers, Local 796*, [1970] R.C.S. 425; *Bell c. Ontario Human Rights Commission*, [1971] R.C.S. 756; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)*, 2004 CSC 19, [2004] 1 R.C.S. 485; *Northrop Grumman Overseas Services Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CSC 50, [2009] 3 R.C.S. 309.

### Lois et règlements cités

*Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.A. 2000, ch. F-25, art. 2(b), 69(6).  
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 96.  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 18.1(4)(a).



*Personal Information Protection Act*, S.A. 2003, c. P-6.5, ss. 3, 7, 19, 43, 47, 50(5), 54(5) [rep. S.A. 2009, c. 50, s. 38].

#### Authors Cited

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

Macaulay, Robert W., and James L. H. Sprague. *Practice and Procedure Before Administrative Tribunals*, vol. 3. Toronto: Carswell, 2004 (loose-leaf updated 2010, release 6).

Mullan, David. “*Dunsmuir v. New Brunswick*, Standard of Review and Procedural Fairness for Public Servants: Let’s Try Again!” (2008), 21 *C.J.A.L.P.* 117.

Mullan, David J. “The McLachlin Court and the Public Law Standard of Review: A Major Irritant Soothed or a Significant Ongoing Problem?”, in David A. Wright and Adam M. Dodek, eds., *Public Law at the McLachlin Court: The First Decade*. Toronto: Irwin Law, 2011, 79.

Sopinka, John, and Mark A. Gelowitz. *The Conduct of an Appeal*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 2000.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Berger, Watson and Slatter J.J.A.), 2010 ABCA 26, 21 Alta. L.R. (5th) 30, 474 A.R. 169, 479 W.A.C. 169, 316 D.L.R. (4th) 117, [2010] 8 W.W.R. 457, 1 Admin. L.R. (5th) 60, [2010] A.J. No. 51 (QL), 2010 CarswellAlta 94, affirming a decision of Marshall J. (2008), 21 Alta. L.R. (5th) 24, 1 Admin. L.R. (5th) 85, [2008] A.J. No. 1592 (QL), 2008 CarswellAlta 2300. Appeal allowed.

*Glenn Solomon, Q.C.*, and *Rob W. Armstrong*, for the appellant.

*Sandra M. Anderson* and *Anne L. G. Côté*, for the respondent.

Written submissions only by *David Loukidelis, Q.C.*, *Veronica Jackson* and *Deanna Billo*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Written submissions only by *T. Murray Rankin, Q.C.*, and *Nitya Iyer*, for the intervener the Information and Privacy Commissioner of British Columbia.

*Brent B. Olthuis* and *Tam C. Boyar*, for the intervener the B.C. Freedom of Information and Privacy Association.

*Personal Information Protection Act*, S.A. 2003, ch. P-6.5, art. 3, 7, 19, 43, 47, 50(5), 54(5) [abr. S.A. 2009, ch. 50, art. 38].

#### Doctrine citée

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.

Macaulay, Robert W., and James L. H. Sprague. *Practice and Procedure Before Administrative Tribunals*, vol. 3. Toronto : Carswell, 2004 (loose-leaf updated 2010, release 6).

Mullan, David. « *Dunsmuir v. New Brunswick*, Standard of Review and Procedural Fairness for Public Servants : Let’s Try Again! » (2008), 21 *C.J.A.L.P.* 117.

Mullan, David J. « The McLachlin Court and the Public Law Standard of Review : A Major Irritant Soothed or a Significant Ongoing Problem? », in David A. Wright and Adam M. Dodek, eds., *Public Law at the McLachlin Court : The First Decade*. Toronto : Irwin Law, 2011, 79.

Sopinka, John, and Mark A. Gelowitz. *The Conduct of an Appeal*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 2000.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (les juges Berger, Watson et Slatter), 2010 ABCA 26, 21 Alta. L.R. (5th) 30, 474 A.R. 169, 479 W.A.C. 169, 316 D.L.R. (4th) 117, [2010] 8 W.W.R. 457, 1 Admin. L.R. (5th) 60, [2010] A.J. No. 51 (QL), 2010 CarswellAlta 94, qui a confirmé une décision du juge Marshall (2008), 21 Alta. L.R. (5th) 24, 1 Admin. L.R. (5th) 85, [2008] A.J. No. 1592 (QL), 2008 CarswellAlta 2300. Pourvoi accueilli.

*Glenn Solomon, c.r.*, et *Rob W. Armstrong*, pour l’appelant.

*Sandra M. Anderson* et *Anne L. G. Côté*, pour l’intimée.

Argumentation écrite seulement par *David Loukidelis, c.r.*, *Veronica Jackson* et *Deanna Billo*, pour l’intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Argumentation écrite seulement par *T. Murray Rankin, c.r.*, et *Nitya Iyer*, pour l’intervenant Information and Privacy Commissioner of British Columbia.

*Brent B. Olthuis* et *Tam C. Boyar*, pour l’intervenante B.C. Freedom of Information and Privacy Association.

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

[1] ROTHSTEIN J. — Through the creation of administrative tribunals, legislatures confer decision-making authority on certain matters to decision makers who are assumed to have specialized expertise with the assigned subject matter. Courts owe deference to administrative decisions within the area of decision-making authority conferred to such tribunals. This appeal provides an opportunity for this Court to address the question of how a court may give adequate deference to a tribunal when a party raises an issue before the court on judicial review, which was never raised before the tribunal and where, as a consequence, the tribunal provided no express reasons with respect to the disposition of that issue.

[2] The context in which this issue arises is the judicial review of a decision of an adjudicator delegated by the appellant, the Information and Privacy Commissioner (“Commissioner”), finding that the respondent, the Alberta Teachers’ Association (“ATA”), had disclosed certain private information in contravention of the *Personal Information Protection Act*, S.A. 2003, c. P-6.5 (“*PIPA*”). In response to a number of complaints about an ATA publication of private information, the Commissioner started an investigation. At the time, the Commissioner’s enabling statute provided that an inquiry “must” be completed within 90 days of the complaint being received by the Commissioner, unless the Commissioner notifies the parties concerned that he is extending the period and provides an anticipated date for completing the inquiry (s. 50(5) *PIPA*). In dealing with the complaints against the ATA, the Commissioner took 22 months from the initial complaint before extending the estimated date on which the inquiry would be concluded. The adjudicator delegated by the Commissioner subsequently issued an order against the ATA before the anticipated date for completion and 29 months after the initial complaint was made.

[3] The issue of compliance with statutory timelines was not raised before the Commissioner or

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

[1] LE JUGE ROTHSTEIN — En créant un tribunal administratif, une législature confère à un décideur le pouvoir de rendre des décisions dans un domaine où il est censé posséder une expertise. Une cour de justice doit déférer aux décisions administratives qui ressortissent à ce pouvoir décisionnel. Le présent pourvoi offre à notre Cour l’occasion d’aborder la question de savoir de quelle manière il convient de déférer à la décision d’un tribunal administratif lorsque, dans le cadre d’un contrôle judiciaire, une cour de justice est saisie d’une question qui n’a pas été soulevée devant ce tribunal et sur laquelle ce dernier n’a donc pas rendu de décision expresse motivée.

[2] En l’espèce, le contrôle judiciaire visait la décision d’une personne déléguée par l’appelant, le commissaire à l’information et à la protection de la vie privée (« commissaire »), concluant que l’intimée, l’Alberta Teachers’ Association (« ATA »), avait communiqué des renseignements privés et enfreint de ce fait la *Personal Information Protection Act*, S.A. 2003, ch. P-6.5 (« *PIPA* »). Le commissaire avait examiné des plaintes relatives à la publication de renseignements privés par l’ATA. Suivant la loi habilitante alors en vigueur, l’enquête du commissaire [TRADUCTION] « prend fin » au plus tard 90 jours après la réception de la plainte, sauf avis du commissaire aux parties de la prorogation du délai et de la date prévue d’achèvement de l’enquête (par. 50(5) de la *PIPA*). Dans le cas des plaintes visant l’ATA, le commissaire n’a prorogé l’enquête et fixé la date de son achèvement que 22 mois après le dépôt de la première plainte. La personne déléguée par le commissaire a subséquemment rendu une ordonnance défavorable à l’ATA avant la date prévue d’achèvement, mais 29 mois après le dépôt de la première plainte.

[3] L’inobservation du délai légal n’a été invoquée ni devant le commissaire ni devant sa déléguée.

the adjudicator. The ATA applied for judicial review of the adjudicator's order, arguing *inter alia* that the Commissioner had lost jurisdiction due to his failure to extend the period for completion of the inquiry within 90 days. The chambers judge granted the ATA's application on this basis, quashing the adjudicator's decision ((2008), 21 Alta. L.R. (5th) 24). This decision was upheld by a majority of the Court of Appeal (2010 ABCA 26, 21 Alta. L.R. (5th) 30).

[4] The Commissioner now appeals to this Court. There are three questions at issue: First, should the timelines issue have been considered on judicial review since it was not raised before the Commissioner or the adjudicator? Second, if the timelines issue should be considered, what is the applicable standard of review? Third, on the applicable standard of review, does the adjudicator's continuation and conclusion of the inquiry, despite the Commissioner having provided an extension after 90 days, survive judicial review?

[5] For the reasons that follow, I would find that the timelines issue was subject to judicial review. Although the issue was not raised before the Commissioner or the adjudicator, it was implicitly decided by both the Commissioner and the adjudicator, and there was no evidentiary inadequacy or prejudice to the parties in this case. The implied decision of the Commissioner to extend the time after 90 days as implicitly adopted by the delegated adjudicator was reviewable on a reasonableness standard and I conclude that the adjudicator's decision was reasonable. Accordingly, the Commissioner's appeal should be allowed and the adjudicator's order against the ATA reinstated.

#### I. Facts

[6] Between October 13 and December 2, 2005, ten individuals complained to the Office of the Information and Privacy Commissioner that the ATA disclosed their personal information, in contravention of *PIPA*. They alleged that the ATA did so by publishing their names together with a statement that they were no longer required to adhere to

L'ATA a demandé le contrôle judiciaire de l'ordonnance de la déléguée au motif, notamment, qu'en ne prorogeant pas l'enquête au plus tard 90 jours après son début, le commissaire avait perdu compétence. Le juge en cabinet a fait droit à la demande et annulé la décision de la déléguée ((2008), 21 Alta. L.R. (5th) 24). La Cour d'appel a confirmé à la majorité la décision du juge (2010 ABCA 26, 21 Alta. L.R. (5th) 30).

[4] Le commissaire se pourvoit aujourd'hui devant notre Cour, et trois questions sont en litige. Premièrement, convenait-il de se pencher sur la question du délai lors du contrôle judiciaire alors qu'elle n'avait pas été soulevée devant le commissaire ou sa déléguée? Deuxièmement, dans l'affirmative, quelle était la norme de contrôle applicable? Troisièmement, au regard de cette norme, la poursuite de l'enquête par la déléguée jusqu'à sa conclusion, après que le commissaire eut prorogé le délai de 90 jours après son expiration, peut-elle survivre au contrôle judiciaire?

[5] Pour les raisons qui suivent, je suis d'avis que le contrôle judiciaire pouvait porter sur l'observation du délai. En effet, le commissaire et sa déléguée se sont tacitement prononcés sur ce point même s'il n'a pas été soulevé devant eux, et il n'y a eu ni irrégularité sur le plan de la preuve, ni préjudice causé aux parties. La norme de contrôle de la raisonnable s'applique à la décision du commissaire tacitement entérinée par sa déléguée de proroger le délai après l'expiration des 90 jours impartis, et j'estime que la décision du commissaire était raisonnable. Par conséquent, le pourvoi du commissaire est accueilli, et l'ordonnance de sa déléguée visant l'ATA est rétablie.

#### I. Les faits

[6] Entre le 13 octobre et le 2 décembre 2005, dix personnes ont saisi le Commissariat de plaintes alléguant que l'ATA avait communiqué des renseignements personnels les concernant, en contravention de la *PIPA*. Elles prétendaient en effet que l'ATA les avait identifiées dans sa publication intitulée *ATA News* en précisant qu'elles n'étaient plus

the ATA's Code of Professional Conduct in a publication called the "ATA News". The Commissioner's office informed the ATA on October 27, 2005, that it was conducting an investigation. On July 25, 2006, the investigation was concluded and a report was given to the complainants. Although the record is not clear, from their subsequent action, it would appear that the report was not satisfactory to the complainants.

[7] In September 2006, the complainants requested that an inquiry under *PIPA* be conducted. On February 7, 2007, the complainants were notified that their request was being processed. On May 17, 2007, the Commissioner issued a Notice of Inquiry setting out a deadline of June 11, 2007, for written submissions (subsequently extended to July 25, 2007), and of August 8, 2007, for rebuttals. Although the timing is not disclosed in the record, the Commissioner did delegate an adjudicator to conduct the inquiry and issue a decision.

[8] On August 1, 2007, the Commissioner wrote to the parties informing them that he was *extending the 90-day period* set out in s. 50(5) *PIPA* and provided an anticipated date for completion of February 1, 2009. On March 13, 2008, an order was issued by the Commissioner's delegated adjudicator. The adjudicator found that the ATA had disclosed the complainants' personal information contrary to ss. 7 and 19 *PIPA*. The issue of compliance with the timelines set out in s. 50(5) *PIPA* was not raised before the adjudicator and the adjudicator's reasons did not expressly address this issue.

[9] On April 25, 2008, the ATA filed an originating notice for judicial review of the adjudicator's order. On judicial review, the adjudicator's decision was quashed on the basis that the Commissioner lost jurisdiction for failing to comply with the timelines set out in s. 50(5) *PIPA*. By majority, the Court of Appeal upheld that decision.

## II. Relevant Statutory Provisions

[10] The relevant statutory provisions, as they were worded at the relevant time, are:

assujetties au code de déontologie de l'association. Le 27 octobre 2005, le Commissariat a informé l'ATA qu'il examinait l'affaire. L'examen a pris fin le 25 juillet 2006, et un rapport a été remis aux plaignants. Bien que le dossier ne soit pas clair sur ce point, il appert de la conduite subséquente des plaignants qu'ils n'ont pas été satisfaits des conclusions.

[7] En septembre 2006, les plaignants ont demandé la tenue d'une enquête sous le régime de la *PIPA*. Le 7 février 2007, ils ont été informés que leur demande suivait son cours. Le 17 mai, au moyen d'un avis d'enquête, le commissaire a fixé au 11 juin la date limite pour le dépôt d'observations écrites (la reportant ensuite au 25 juillet), et au 8 août 2007 la date limite pour le dépôt des réfutations. Le commissaire a délégué son pouvoir de mener l'enquête et de rendre une décision, bien que le dossier ne précise pas à quelle date.

[8] Le 1<sup>er</sup> août 2007, le commissaire a informé les parties par écrit qu'il *prorogeait le délai de 90 jours* prévu au par. 50(5) de la *PIPA* et fixait au 1<sup>er</sup> février 2009 la date prévue d'achèvement. Le 13 mars 2008, la déléguée du commissaire a statué que l'ATA avait communiqué des renseignements personnels concernant les plaignants et ainsi enfreint les art. 7 et 19 de la *PIPA*. La question de l'observation du délai prévu au par. 50(5) de la *PIPA* n'a pas été soulevée devant elle, et elle ne l'aborde pas expressément dans ses motifs.

[9] Le 25 avril 2008, par voie d'avis introductif d'instance, l'ATA a demandé le contrôle judiciaire de la décision de la déléguée. À l'issue du contrôle, la Cour du Banc de la Reine a annulé la décision au motif que l'inobservation du délai prescrit au par. 50(5) de la *PIPA* avait fait perdre compétence au commissaire. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont confirmé sa décision.

## II. Dispositions législatives pertinentes

[10] Voici les dispositions législatives qui s'appliquaient au moment considéré en l'espèce :

*Personal Information Protection Act*, S.A. 2003, c. P-6.5

**3** The purpose of this Act is to govern the collection, use and disclosure of personal information by organizations in a manner that recognizes both the right of an individual to have his or her personal information protected and the need of organizations to collect, use or disclose personal information for purposes that are reasonable.

**43(1)** The Commissioner may delegate to any person any duty, power or function of the Commissioner under this Act except the power to delegate.

**(2)** A delegation under subsection (1) must be in writing and may contain any conditions or restrictions the Commissioner considers appropriate.

**47(1)** To ask for a review or to initiate a complaint under this Part, an individual must, as soon as reasonable, deliver a written request to the Commissioner.

**(2)** A written request to the Commissioner for a review of a decision of an organization must be delivered within

(a) 30 days from the day that the individual asking for the review is notified of the decision, or

(b) a longer period allowed by the Commissioner.

**(3)** A written request to the Commissioner initiating a complaint must be delivered within a reasonable time.

**(4)** The time limit in subsection (2)(a) does not apply to delivering a written request for a review concerning an organization's failure to respond within a required time period.

**50 . . .**

**(5)** An inquiry into a matter that is the subject of a written request referred to in section 47 must be completed within 90 days from the day that the written request was received by the Commissioner unless the Commissioner

(a) notifies the person who made the written request, the organization concerned and any other person given a copy of the written request that the Commissioner is extending that period, and

(b) provides an anticipated date for the completion of the review.

*Personal Information Protection Act*, S.A. 2003, ch. P-6.5

[TRANSLATION]

**3** La présente loi a pour objet de régir la collecte, l'utilisation et la communication de renseignements personnels par un organisme d'une manière qui respecte à la fois le droit de chacun à la protection des renseignements personnels qui le concernent et le besoin de l'organisme de recueillir, d'utiliser ou de communiquer des renseignements personnels à des fins valables.

**43(1)** Le commissaire peut déléguer à une personne les attributions que lui confère la présente loi, sauf le pouvoir de déléguer.

**(2)** La délégation visée au paragraphe (1) est faite par écrit et peut être assortie des conditions ou restrictions que le commissaire estime indiquées.

**47(1)** La demande de réexamen ou la plainte formulée par un particulier en application de la présente partie est présentée par écrit au commissaire dès que possible.

**(2)** La demande de réexamen de la décision d'un organisme est présentée

a) soit dans les 30 jours qui suivent l'avis de la décision au particulier,

b) soit dans le délai prorogé par le commissaire.

**(3)** La plainte est présentée par écrit au commissaire dans un délai raisonnable.

**(4)** Le délai prévu à l'alinéa (2)a) ne s'applique pas à la demande écrite de réexamen visant l'omission d'un organisme de répondre dans le délai imparti.

**50 . . .**

**(5)** L'enquête qui fait suite à une demande écrite visée à l'article 47 prend fin dans les 90 jours qui suivent la réception de celle-ci, sauf :

a) lorsque le commissaire informe l'auteur de la demande, l'organisme visé et toute autre personne ayant reçu copie de la demande qu'il proroge ce délai,

b) et qu'il précise la date prévue d'achèvement de l'enquête.

### III. Judicial History

A. *Court of Queen's Bench of Alberta, (2008), 21 Alta. L.R. (5th) 24*

[11] In reasons delivered orally, Marshall J. noted that a preliminary question raised by the ATA was whether the Commissioner had lost jurisdiction over the inquiry as a result of his failure to complete the inquiry within the timelines set out in s. 50(5) *PIPA*. Relying on *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, for the principle that “the standard of correctness still applies to matters of jurisdiction and some other matters of law” (at para. 10), he held that this question was reviewable on a standard of correctness.

[12] According to Marshall J., the reasons of Belzil J. in *Kellogg Brown and Root Canada v. Information and Privacy Commissioner (Alta.)*, 2007 ABQB 499, 434 A.R. 311, were compelling and entirely applicable in this case. Following that decision, he held that the timelines for completing a review set out in s. 50(5) are mandatory, employing the word “must” (at para. 7) and not directory. He also held that it was not necessary for him “to determine whether an extension of time must be given within the 90-day period. The time period is substantially breached in any event” (para. 12).

[13] Marshall J. then addressed the issue of unfairness raised by the Commissioner. He noted that various authorities had held that the court should not consider an issue which was not raised before a tribunal. He rejected as speculation the Commissioner’s submission that, since the individual complainants were not before the court, the court would not have the benefit of additional facts available from them. He further held that “[t]he legislature has clearly stated that timely disposition of complaints is essential in a proceeding under the Act” (at para. 11) and that the “matter was not conducted in a manner required by the legislature, so it can be said that the proceedings must be found to be invalid” (para. 11).

### III. Historique judiciaire

A. *Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, (2008), 21 Alta. L.R. (5th) 24*

[11] Dans ses motifs prononcés à l’audience, le juge Marshall fait état de la question préliminaire soulevée par l’ATA — à savoir si le commissaire a perdu compétence parce qu’il n’a pas mené l’enquête à terme dans le délai prescrit au par. 50(5) de la *PIPA*. Sur le fondement du principe voulant que [TRADUCTION] « la norme de la décision correcte continue de s’appliquer aux questions de compétence et à quelques autres questions de droit » (par. 10), établi dans l’arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, il conclut que la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte.

[12] Estimant que les motifs du juge Belzil dans *Kellogg Brown and Root Canada c. Information and Privacy Commissioner (Alta.)*, 2007 ABQB 499, 434 A.R. 311, emportent l’adhésion et sont entièrement applicables à l’espèce, le juge Marshall statue qu’en raison de l’emploi du temps présent ([TRADUCTION] « *prend fin* »), la durée de l’enquête prévue au par. 50(5) est de nature impérative et non directive (par. 7). Il lui paraît également inutile [TRADUCTION] « de déterminer si la prorogation doit intervenir à l’intérieur du délai de 90 jours, car de toute manière, il y a eu inobservation grave du délai » (par. 12).

[13] Le juge Marshall se penche ensuite sur l’iniquité invoquée par le commissaire. Il relève que suivant divers arrêts de jurisprudence, une cour de justice ne doit pas examiner une question qui n’a pas été soumise au tribunal administratif. Il tient pour hypothétique et rejette la prétention du commissaire voulant que l’absence des plaignants devant elle empêche la cour de prendre connaissance de faits supplémentaires qu’ils auraient pu faire valoir. À son avis, [TRADUCTION] « [l]e législateur dit clairement que la célérité du règlement des plaintes est essentielle au déroulement d’une procédure prévue par la Loi » (par. 11) et, en l’espèce, « l’instance ne s’est pas déroulée conformément aux exigences légales, de sorte qu’on peut conclure à son irrégularité » (par. 11).

[14] Marshall J. granted the ATA’s application and quashed the Commissioner’s decision. However, he declined to order costs against the Commission, partly because a tribunal is rarely required to pay costs and partly because the timeliness issue could have been raised before the Commissioner (para. 18).

B. *Alberta Court of Appeal, 2010 ABCA 26, 21 Alta. L.R. (5th) 30 (Watson J.A. (Slatter J.A. Concurring) and Berger J.A. Dissenting)*

(1) The Majority — Watson J.A.

[15] Watson J.A. was of the view that since the adjudicator never got a chance to say anything on the question being considered on judicial review, it was not necessary to determine the appropriate standard of review. Rather, he appears to have determined the issue of timeliness *de novo*.

[16] Watson J.A. affirmed that the timeliness issue ought to have been raised before the Commissioner. Objections to a tribunal’s ability to make a lawful decision should be made first to the challenged tribunal. The failure to raise the issue before the adjudicator was a defect in process that should not be encouraged and should not generally occur. He nonetheless did not reverse the judicial review decision on this ground and was of the opinion that the Court of Appeal was in a position to consider the matter.

[17] Watson J.A. found that the language of the section spoke to “extending that period” in a manner that connoted doing the “extending” while the 90 days was still running. Since the Commissioner had not extended the period within 90 days, the adjudicator’s decision was not rendered within the statutory timelines. He held that the time rules specified in s. 50(5) *PIPA* were mandatory and that the consequence of breaching them was the presumptive termination of the inquiry process. Contrary to the decision of the chambers judge that the consequence of non-compliance with s. 50(5) was the automatic and incurable termination of

[14] Le juge Marshall fait droit à la demande de l’ATA et annule la décision du commissaire. Il refuse cependant de condamner le Commissariat aux dépens parce que, d’une part, il est rare qu’un tribunal administratif doive payer les dépens et, d’autre part, l’inobservation du délai aurait pu être invoquée devant le commissaire (par. 18).

B. *Cour d’appel de l’Alberta, 2010 ABCA 26, 21 Alta. L.R. (5th) 30 (le juge Watson avec l’accord du juge Slatter, le juge Berger étant dissident)*

(1) La majorité — le juge Watson

[15] Le juge Watson estime que dans la mesure où la déléguée du commissaire n’a jamais eu la possibilité de se prononcer sur la question soulevée dans le cadre du contrôle judiciaire, il n’est pas nécessaire d’arrêter la bonne norme de contrôle. Il semble plutôt statuer *de novo* sur le respect du délai.

[16] Il confirme que l’inobservation du délai aurait dû être soulevée devant le commissaire, opinant que la contestation du pouvoir d’un tribunal administratif de rendre une décision valide doit d’abord être formulée devant le tribunal en cause. L’omission de saisir ainsi la déléguée constitue selon lui un vice de procédure qu’il ne faut pas encourager et qui ne doit généralement pas se produire. Cependant, il n’infirmes pas la décision du juge en cabinet pour ce motif et estime que la Cour d’appel dispose des éléments nécessaires pour se prononcer sur le sujet.

[17] Selon le juge Watson, il appert de la manière dont les mots [TRADUCTION] « proroge ce délai » sont employés dans la disposition que la prorogation doit avoir lieu avant l’expiration des 90 jours. Comme la prorogation n’est pas intervenue dans les 90 jours, la déléguée n’a pas rendu sa décision dans le délai prévu par la Loi. Le juge Watson statue que le respect du délai imparti au par. 50(5) de la *PIPA* est impératif et qu’en cas d’inobservation, l’enquête est présumée avoir pris fin. Contrairement au juge en cabinet pour qui l’inobservation du par. 50(5) met automatiquement et irrémédiablement fin à l’enquête, il estime que les motifs du commissaire

the proceedings, the reasons of the Commissioner might justify the breach and overcome the presumption of termination. However, the chambers judge had concluded that “[t]he time period is substantially breached in any event” (para. 12). Under those circumstances, the presumption of termination was not overcome. Watson J.A. therefore upheld the trial judge’s decision to quash the adjudicator’s decision.

(2) The Dissent — Berger J.A.

[18] In dissent, Berger J.A. concluded that *PIPA* authorized the Commissioner to extend the 90-day period either before or after the expiry of that period. When a provision is silent as to when an extension of time can be granted, there is no presumption that the extension must be granted before expiry. An interpretation of s. 50(5) that allows the Commissioner to extend the 90-day period after it expires is consistent with legislative intent because it maintains the protection of the individuals’ rights to privacy which *PIPA* strives to ensure. In the present case, by the time the 90-day period had expired, the inquiry process was engaged and had progressed with the parties’ participation. Because they were involved, the parties were aware that the process would continue beyond 90 days. The goals of timely resolution and keeping parties informed would not have been enhanced by requiring the Commissioner to formally communicate with the parties within 90 days.

[19] Berger J.A. found that quashing the adjudicator’s order without the benefit of reasons compromised judicial review. The court generally will not decide on judicial review a question which was not put to the administrative tribunal. Without the benefit of the Commissioner’s expertise and analysis relative to the questions of mixed law and fact in this case, the curial deference normally accorded to the Commissioner was rendered nugatory, thereby fettering a thorough and meaningful judicial review.

[20] Berger J.A. would have allowed the appeal and restored the adjudicator’s order.

peuvent justifier l’inobservation et réfuter la présomption. Or, le juge en cabinet a conclu que, [TRADUCTION] « [d]e toute manière, il y a eu inobservation grave du délai » (par. 12), de sorte que la présomption d’achèvement n’était pas réfutée. Il confirme donc l’annulation de la décision de la déléguée du commissaire.

(2) La dissidence du juge Berger

[18] Le juge Berger estime pour sa part que la *PIPA* autorise le commissaire à proroger le délai avant ou après l’expiration des 90 jours impartis et que lorsque le texte de loi ne précise pas la période pendant laquelle un délai peut être prorogé, nulle présomption ne veut que la prorogation doive intervenir avant l’expiration du délai. L’interprétation du par. 50(5) voulant que le commissaire puisse proroger le délai de 90 jours après son expiration est compatible avec l’intention du législateur en ce qu’elle est de nature à protéger le droit à la vie privée comme le veut la *PIPA*. En l’espèce, l’enquête a débuté avant l’expiration du délai et elle a progressé avec le concours des parties. Du fait de leur participation, les parties savaient que l’enquête se poursuivrait au-delà des 90 jours. La réalisation des objectifs que sont la célérité du règlement et l’information des parties n’aurait pas été favorisée par le fait d’exiger du commissaire qu’il communique officiellement avec les parties avant l’expiration du délai.

[19] Selon le juge Berger, annuler l’ordonnance sans connaître les motifs de la déléguée a compromis le contrôle judiciaire. En règle générale, une cour de justice ne se prononce pas sur une question qui n’a pas été soumise au tribunal administratif. À défaut de l’expertise et de l’analyse du commissaire sur les questions mixtes de fait et de droit en cause, la déférence que commandent normalement ses décisions est neutralisée, ce qui empêche un contrôle judiciaire véritable et approfondi.

[20] Le juge Berger aurait accueilli l’appel et rétabli l’ordonnance de la déléguée.



IV. Analysis

[21] This appeal raises three issues, which I shall consider in turn. First, should the timelines issue have been considered on judicial review since it was not raised before the Commissioner or the adjudicator? Second, if the timelines issue should be considered, what is the applicable standard of review? Third, on the applicable standard of review, does the continuation and conclusion of the inquiry, despite providing an extension after 90 days, survive judicial review?

A. *Judicial Review of an Issue That Was Not Raised Before the Tribunal*

[22] The ATA sought judicial review of the adjudicator's decision. Without raising the point before the Commissioner or the adjudicator or even in the originating notice for judicial review, the ATA raised the timelines issue for the first time in argument. The ATA was indeed entitled to seek judicial review. However, it did not have a right to require the court to consider this issue. Just as a court has discretion to refuse to undertake judicial review where, for example, there is an adequate alternative remedy, it also has a discretion not to consider an issue raised for the first time on judicial review where it would be inappropriate to do so: see, e.g., *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3, *per* Lamer C.J., at para. 30: “[T]he relief which a court may grant by way of judicial review is, in essence, discretionary. This [long-standing general] principle flows from the fact that the prerogative writs are extraordinary [and discretionary] remedies.”

[23] Generally, this discretion will not be exercised in favour of an applicant on judicial review where the issue could have been but was not raised before the tribunal (*Toussaint v. Canada Labour Relations Board* (1993), 160 N.R. 396 (F.C.A.), at para. 5, citing *Poirier v. Canada (Minister of*

IV. Analyse

[21] Le pourvoi soulève trois questions que j'examine tour à tour. Premièrement, convenait-il de se pencher sur la question du délai lors du contrôle judiciaire alors qu'elle n'avait pas été soulevée devant le commissaire ou sa déléguée? Deuxièmement, dans l'affirmative, quelle était la norme de contrôle applicable? Troisièmement, au regard de cette norme, la poursuite de l'enquête par la déléguée jusqu'à sa conclusion, après que le commissaire eut prorogé le délai après les 90 jours impartis, peut-elle survivre au contrôle judiciaire?

A. *Contrôle judiciaire relatif à un point non soulevé devant le tribunal administratif*

[22] L'ATA a demandé le contrôle judiciaire de la décision de la déléguée. Elle n'avait invoqué l'inobservation du délai ni devant le commissaire ni devant sa déléguée. Elle ne l'a même pas fait dans l'avis introductif d'instance en contrôle judiciaire, invoquant la question pour la première fois en plaidoirie. L'ATA pouvait certainement demander le contrôle judiciaire, mais elle ne pouvait contraindre la cour à examiner la question. Tout comme elle jouit du pouvoir discrétionnaire de refuser d'entreprendre un contrôle judiciaire lorsque, par exemple, il existe un autre recours approprié, une cour de justice peut également, à son gré, ne pas se saisir d'une question soulevée pour la première fois dans le cadre du contrôle judiciaire lorsqu'il lui paraît inopportun de le faire. Voir, p. ex., *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3, le juge en chef Lamer, par. 30 : « [L]a réparation qu'une cour de justice peut accorder dans le cadre du contrôle judiciaire est essentiellement discrétionnaire. Ce principe [général de longue date] découle du fait que les brevets de prérogative sont des recours extraordinaires [et discrétionnaires]. »

[23] En règle générale, dans une instance en contrôle judiciaire, ce pouvoir discrétionnaire n'est pas exercé au bénéfice du demandeur lorsque la question en litige aurait pu être soulevée devant le tribunal administratif mais qu'elle ne l'a pas été (*Toussaint c. Conseil canadien des relations*

*Veterans Affairs*), [1989] 3 F.C. 233 (C.A.), at p. 247; *Shubenacadie Indian Band v. Canada (Human Rights Commission)*, [1998] 2 F.C. 198 (T.D.), at paras. 40-43; *Legal Oil & Gas Ltd. v. Surface Rights Board*, 2001 ABCA 160, 303 A.R. 8, at para. 12; *United Nurses of Alberta, Local 160 v. Chinook Regional Health Authority*, 2002 ABCA 246, 317 A.R. 385, at para. 4).

[24] There are a number of rationales justifying the general rule. One fundamental concern is that the legislature has entrusted the determination of the issue to the administrative tribunal (*Legal Oil & Gas Ltd.*, at paras. 12-13). As this Court explained in *Dunsmuir*, “[c]ourts . . . must be sensitive . . . 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” (para. 27). Accordingly, courts should respect the legislative choice of the tribunal as the first instance decision maker by giving the tribunal the opportunity to deal with the issue first and to make its views known.

[25] This is particularly true where the issue raised for the first time on judicial review relates to the tribunal’s specialized functions or expertise. When it does, the Court should be especially careful not to overlook the loss of the benefit of the tribunal’s views inherent in allowing the issue to be raised. (See *Council of Canadians with Disabilities v. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 SCC 15, [2007] 1 S.C.R. 650, at para. 89, *per* Abella J.)

[26] Moreover, raising an issue for the first time on judicial review may unfairly prejudice the opposing party and may deny the court the adequate evidentiary record required to consider the issue (*Waters v. British Columbia (Director of Employment Standards)*, 2004 BCSC 1570, 40 C.L.R. (3d) 84, at paras. 31 and 37, citing *Alberta v. Nilsson*, 2002 ABCA 283, 320 A.R. 88, at para. 172, and J. Sopinka and M. A. Gelowitz, *The Conduct of an Appeal* (2nd ed. 2000), at pp. 63-68;

*du travail* (1993), 160 N.R. 396 (C.A.F.), par. 5, citant *Poirier c. Canada (Ministre des Affaires des anciens combattants)*, [1989] 3 C.F. 233 (C.A.), p. 247; *Bande indienne de Shubenacadie c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1998] 2 C.F. 198 (1<sup>re</sup> inst.), par. 40-43; *Legal Oil & Gas Ltd. c. Surface Rights Board*, 2001 ABCA 160, 303 A.R. 8, par. 12; *United Nurses of Alberta, Local 160 c. Chinook Regional Health Authority*, 2002 ABCA 246, 317 A.R. 385, par. 4).

[24] Un certain nombre de considérations justifient cette règle générale, l’une des principales étant que le législateur a confié au tribunal administratif la tâche de trancher la question (*Legal Oil & Gas Ltd.*, par. 12-13). Comme l’explique notre Cour dans *Dunsmuir*, « les cours de justice doivent tenir compte de la nécessité [. . .] d’éviter toute immixtion injustifiée dans l’exercice de fonctions administratives en certaines matières déterminées par le législateur » (par. 27). La cour de justice doit donc respecter le choix du législateur de désigner le tribunal administratif comme décideur de première instance et laisser à ce tribunal administratif la possibilité de se pencher le premier sur la question et de faire connaître son avis.

[25] Le principe vaut particulièrement lorsque la question soulevée pour la première fois lors du contrôle judiciaire a trait au domaine d’expertise du tribunal administratif et à ses attributions spécialisées. La Cour doit alors être bien consciente que si elle accepte de se pencher sur la question, elle le fera sans pouvoir connaître l’opinion du tribunal administratif. (Voir *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650, par. 89, la juge Abella.)

[26] Qui plus est, soumettre une question pour la première fois lors du contrôle judiciaire peut porter indûment préjudice à la partie adverse et priver la cour de justice des éléments de preuve nécessaires pour trancher (*Waters c. British Columbia (Director of Employment Standards)*, 2004 BCSC 1570, 40 C.L.R. (3d) 84, par. 31 et 37, citant *Alberta c. Nilsson*, 2002 ABCA 283, 320 A.R. 88, par. 172, et J. Sopinka et M. A. Gelowitz, *The Conduct of an Appeal* (2<sup>e</sup> éd. 2000), p. 63-68; *A.C. Concrete*

*A.C. Concrete Forming Ltd. v. Residential Low Rise Forming Contractors Assn. of Metropolitan Toronto and Vicinity*, 2009 ONCA 292, 306 D.L.R. (4th) 251, at para. 10 (*per* Gillese J.A.).

[27] Watson J.A., for the majority of the Court of Appeal, acknowledged that “[t]he judicial review was adversely affected by the fact that the adjudicator did not hear and consider the objection”, under s. 50(5) *PIPA*, to the Commissioner’s authority to proceed. It was a “defect in the process” that should “not . . . be encouraged and should not generally occur” (para. 18). He nevertheless did not interfere with the chambers judge’s judicial review on this ground. He observed that no additional evidence or submissions were available beyond the statements of law and policy contained in the Commissioner’s prior decisions. Moreover, the Commissioner conceded that the adjudicator would have said the same as the Commissioner, had the issue been raised (para. 18). For its part, the ATA stressed in its factum before this Court that the Commissioner has consistently decided the timelines issue in other decisions and that there was nothing further for the Commissioner to decide (paras. 6, 42, 49 and 51).

[28] In these circumstances, I do not think the Court of Appeal erred in refusing to disturb the exercise of the reviewing judge’s discretion to consider the timeliness issue. In this case, the rationales for the general rule have limited application. Both parties agreed that the Commissioner has expressed his views in several other decisions. Therefore, the Commissioner has had the opportunity to decide the issue at first instance and we have the benefit of his expertise, albeit without reasons in this case. No evidence was required to consider the timelines issue and no prejudice was alleged. Rather, it involved a straightforward determination of law, the basis of which was able to be addressed on judicial review, irrespective of what is the appropriate standard of review.

[29] In the present appeal, a decision on the timelines issue is necessarily implied. By his

*Forming Ltd. c. Residential Low Rise Forming Contractors Assn. of Metropolitan Toronto and Vicinity*, 2009 ONCA 292, 306 D.L.R. (4th) 251, par. 10 (la juge Gillese)).

[27] Au nom des juges majoritaires de la Cour d’appel, le juge Watson reconnaît que [TRADUCTION] « [l]e contrôle judiciaire a souffert de ce que la déléguée n’a ni entendu ni examiné la contestation », fondée sur le par. 50(5) de la *PIPA*, du pouvoir du commissaire d’aller de l’avant. Il s’agit selon lui d’un « vice de procédure qu’il ne faut pas encourager et qui ne doit généralement pas se produire » (par. 18). Toutefois, il n’infirmes pas pour autant la décision du juge en cabinet. Il relève qu’exception faite des énoncés de droit et de principe contenus dans les décisions antérieures du commissaire, il n’y avait ni preuve ni argumentation supplémentaires. Le commissaire avait d’ailleurs reconnu que sa déléguée aurait tenu les mêmes propos que lui si elle avait été saisie de la question (par. 18). Dans son mémoire, l’ATA soutient pour sa part que d’autres décisions du commissaire sur la question du délai sont constantes et que le commissaire n’aurait eu aucun autre point à trancher (par. 6, 42, 49 et 51).

[28] Dans ces circonstances, je ne crois pas que la Cour d’appel a eu tort de refuser de s’immiscer dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire du juge saisi de la demande de contrôle judiciaire de se pencher sur la question du délai. Les considérations qui justifient la règle générale ont une application limitée en l’espèce. Les deux parties reconnaissent que le commissaire a exprimé son opinion dans d’autres décisions. Le commissaire avait donc eu l’occasion de se prononcer sur la question en première instance, ce qui donne accès à son expertise malgré l’absence de motifs en l’espèce. Nul élément de preuve n’était requis pour trancher la question du délai, et nul préjudice n’était allégué. La question appelait simplement une décision sur un point de droit à partir d’éléments pouvant être examinés lors d’un contrôle judiciaire, quelle que soit la norme de contrôle applicable.

[29] En l’espèce, la question du délai a nécessairement été tranchée de façon implicite. Dans sa

letter of August 1, 2007, the Commissioner notified the parties that he was extending the 90-day period for completion of an inquiry and provided them with an anticipated date for completion of February 1, 2009. This was done after the expiry of the 90-day period. An inquiry was conducted and the Commissioner's delegated adjudicator ultimately rendered an order against the ATA. The issue raised by the ATA on judicial review, but not before the Commissioner or the adjudicator, was whether the result of the Commissioner not extending the completion date of the inquiry before the 90-day period expired resulted in the automatic termination of the inquiry. This issue could only be decided in one of two ways: either the consequence of an extension after 90 days was that the inquiry was automatically terminated or that it was not. Both the Commissioner and the adjudicator implicitly decided that providing an extension after 90 days did not result in the inquiry being automatically terminated. The Commissioner's decision was implicit in his giving notice of an extension and an anticipated date for completion after 90 days. The adjudicator's decision was implicit in her proceeding with the inquiry and rendering an order. In this appeal, this Court is reviewing the adjudicator's implied decision because hers is the decision under judicial review.

*B. What Is the Applicable Standard of Review and How Is It Applied to Implicit Decisions on Issues Not Raised Before the Administrative Tribunal?*

[30] The narrow question in this case is: Did the inquiry automatically terminate as a result of the Commissioner extending the 90-day period only after the expiry of that period? This question involves the interpretation of s. 50(5) *PIPA*, a provision of the Commissioner's home statute. There is authority 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" (*Dunsmuir*, at para. 54; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160, at para. 28, *per* Fish J.). This principle applies unless the interpretation of the home statute falls into one of the categories of questions to

lettre du 1<sup>er</sup> août 2007, le commissaire a informé les parties qu'il prorogeait le délai de 90 jours et que la date prévue d'achèvement de l'enquête était le 1<sup>er</sup> février 2009. Le délai de 90 jours impartis avait déjà expiré. La déléguée du commissaire a mené l'enquête à terme, puis rendu une ordonnance défavorable à l'ATA. La question non soulevée devant le commissaire ou sa déléguée, mais que l'ATA a soumise lors du contrôle judiciaire, était celle de savoir si l'omission du commissaire de proroger le délai avant l'expiration des 90 jours impartis avait automatiquement mis fin à l'enquête. Seulement deux conclusions étaient possibles : soit la prorogation après les 90 jours ne mettait pas automatiquement fin à l'enquête, soit elle y mettait fin. Le commissaire et sa déléguée ont implicitement décidé que la prorogation du délai après les 90 jours impartis n'avait pas mis fin automatiquement à l'enquête. Le commissaire, en informant les parties de la prorogation et en leur précisant la date prévue d'achèvement, et la déléguée, en effectuant l'enquête et en rendant une ordonnance, se sont implicitement prononcés sur la question. Puisque la décision implicite de la déléguée est celle visée par le contrôle judiciaire, c'est cette décision que notre Cour examine dans le présent pourvoi.

*B. Détermination de la norme de contrôle et application de celle-ci à une décision implicite sur un point non soulevé devant le tribunal administratif*

[30] Seule la question suivante se pose en l'espèce : la prorogation du délai par le commissaire après les 90 jours impartis a-t-elle automatiquement mis fin à l'enquête? Dès lors, il faut interpréter le par. 50(5) de la *PIPA*, une disposition de la loi constitutive du Commissariat. Suivant la jurisprudence, « [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 » (*Dunsmuir*, par. 54; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160, par. 28, le juge Fish). Le principe ne vaut cependant pas lorsque l'interprétation de la loi constitutive relève

which the correctness standard continues to apply, i.e., “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, . . . ‘[q]uestions regarding the jurisdictional lines between two or more competing specialized tribunals’ [and] true questions of jurisdiction or *vires*” (*Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471, at para. 18, *per* LeBel and Cromwell JJ., citing *Dunsmuir*, at paras. 58, 60-61).

[31] The timelines question is not a constitutional question; nor is it a question regarding the jurisdictional lines between two or more competing specialized tribunals.

[32] And it is not a question of central importance to the legal system as a whole, but is one that is specific to the administrative regime for the protection of personal information. The timelines question engages considerations and gives rise to consequences that fall squarely within the Commissioner’s specialized expertise. The question deals with the Commissioner’s procedures when conducting an inquiry, a matter with which the Commissioner has significant familiarity and which is specific to *PIPA*. Also, in terms of interpreting s. 50(5) *PIPA* consistently with the purposes of the Act, the relevant considerations include the interests of all parties in the timely completion of inquiries, the importance of keeping the parties informed of the progression of the process and the effect of automatic termination of an inquiry on individual privacy interests. These considerations fall within the Commissioner’s expertise, which centres upon balancing the rights of individuals to have their personal information protected against the need of organizations to collect, use or disclose personal information for purposes that are reasonable (s. 3 *PIPA*).

[33] Finally, the timelines question does not fall within the category of a “true question of jurisdiction or *vires*”. I reiterate Dickson J.’s oft-cited

d’une catégorie de questions à laquelle la norme de la décision correcte demeure applicable, à savoir 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” [et] les questions touchant véritablement à la compétence » (*Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471, par. 18, les juges LeBel et Cromwell, citant *Dunsmuir*, par. 58, 60-61).

[31] La question de l’observation du délai n’est pas de nature constitutionnelle et elle n’a pas trait à la délimitation des compétences respectives de tribunaux spécialisés concurrents.

[32] Elle ne revêt pas non plus une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble, mais vise précisément le régime administratif de protection des renseignements personnels. Elle met en jeu des considérations et des conséquences qui relèvent bel et bien de l’expertise du commissaire dans son domaine spécialisé. Elle touche à la procédure d’enquête propre à la *PIPA* et dont le commissaire a une connaissance approfondie. En outre, les considérations qui président à l’interprétation du par. 50(5) conformément aux objets de la *PIPA* comprennent l’intérêt de toutes les parties en cause à ce que l’enquête soit menée à terme avec célérité, l’importance de tenir les parties informées du déroulement du processus et les conséquences de la cessation automatique de l’enquête sur le droit de chacun au respect de sa vie privée. Ces considérations relèvent elles aussi de l’expertise du commissaire, laquelle est axée sur la mise en balance du droit de chacun à la protection de ses renseignements personnels, d’une part, et du besoin de l’organisme de recueillir, d’utiliser ou de communiquer des renseignements à des fins valables, d’autre part (art. 3 de la *PIPA*).

[33] Enfin, la question de l’observation du délai n’appartient pas à la catégorie des « questions touchant véritablement à la compétence ». Rappelons

warning in *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227, 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, cited in *Dunsmuir*, at para. 35). See also *Syndicat des professeurs du collège de Lévis-Lauzon v. CEGEP de Lévis-Lauzon*, [1985] 1 S.C.R. 596, at p. 606, *per* Beetz J., adopting the reasons of Owen J.A. in *Union des employés de commerce, local 503 v. Roy*, [1980] C.A. 394. As this Court explained in *Canada (Canadian Human Rights Commission)*, “*Dunsmuir* expressly distanced itself from the extended definition of jurisdiction” (para. 18, citing *Dunsmuir*, at para. 59). Experience has shown that the category of true questions of jurisdiction is narrow indeed. Since *Dunsmuir*, this Court has not identified a single true question of jurisdiction (see *Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3, at paras. 33-34; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, at paras. 27-32; *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678, at paras. 31-36). Although this Court held in *Northrop Grumman Overseas Services Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2009 SCC 50, [2009] 3 S.C.R. 309, that the question was jurisdictional and therefore subject to review on a correctness standard, this was based on an established pre-*Dunsmuir* jurisprudence applying a correctness standard to this type of decision, not on the Court finding a true question of jurisdiction (para. 10).

[34] The direction that the category of true questions of jurisdiction should be interpreted narrowly takes on particular importance when the tribunal is interpreting its home statute. In one sense, anything a tribunal does that involves the interpretation of its home statute involves the determination of whether it has the authority or jurisdiction to do what is being challenged on judicial review. However, since *Dunsmuir*, this Court has departed from that definition of jurisdiction. Indeed, in view of recent jurisprudence, it may be that the time has

la mise en garde maintes fois citée du juge Dickson dans *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, à savoir que les cours de justice doivent « 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, cité dans l’arrêt *Dunsmuir*, par. 35). Voir également *Syndicat des professeurs du collège de Lévis-Lauzon c. CEGEP de Lévis-Lauzon*, [1985] 1 R.C.S. 596, p. 606, le juge Beetz, reprenant les motifs du juge Owen dans *Union des employés de commerce, local 503 c. Roy*, [1980] C.A. 394. Comme l’explique notre Cour dans *Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, dans *Dunsmuir*, « la Cour se distancie expressément des définitions larges de la compétence » (par. 18, citant *Dunsmuir*, par. 59). L’expérience enseigne que peu de questions appartiennent à la catégorie des véritables questions de compétence. Depuis *Dunsmuir*, la Cour n’en a relevé aucune (voir *Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3, par. 33-34; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, par. 27-32; *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678, par. 31-36). Quant à l’arrêt *Northrop Grumman Overseas Services Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CSC 50, [2009] 3 R.C.S. 309, la Cour y statue que la question soulevée a trait à la compétence et appelle donc l’application de la norme de la décision correcte, et ce, en suivant une jurisprudence bien établie, antérieure à *Dunsmuir*, qui applique cette norme au type de décision en cause, et non en relevant une question qui touche véritablement à la compétence (par. 10).

[34] La consigne voulant que la catégorie des véritables questions de compétence appelle une interprétation restrictive revêt une importance particulière lorsque le tribunal administratif interprète sa loi constitutive. En un sens, tout acte du tribunal qui requiert l’interprétation de sa loi constitutive soulève la question du pouvoir ou de la compétence du tribunal d’accomplir cet acte. Or, depuis *Dunsmuir*, la Cour s’est écartée de cette définition de la compétence. En effet, au vu de la jurisprudence récente, le temps est peut-être venu de

come to reconsider whether, for purposes of judicial review, the category of true questions of jurisdiction exists and is necessary to identifying the appropriate standard of review. However, in the absence of argument on the point in this case, it is sufficient in these reasons to say that, unless the situation is exceptional, and we have not seen such a situation since *Dunsmuir*, the interpretation by the tribunal of “its own statute or statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity” should be presumed to be a question of statutory interpretation subject to deference on judicial review.

[35] Justice Cromwell takes issue with my querying whether the category of true question of jurisdiction exists and is necessary. He says that this proposition “undermine[s] the foundation of judicial review of administrative action” (para. 92).

[36] Judges and administrative law counsel well know of the uncertainty and confusion that has plagued standard of review analysis for many years. That was the animating reason for this Court’s decision in *Dunsmuir*. At para. 32 of *Dunsmuir*, Bastarache and LeBel JJ. wrote:

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.

At para. 158, Deschamps J. wrote:

The law of judicial review of administrative action not only requires repairs, it needs to be cleared of superfluous discussions and processes.

At para. 145, Binnie J. wrote:

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

se demander si, aux fins du contrôle judiciaire, la catégorie des véritables questions de compétence existe et si elle est nécessaire pour arrêter la norme de contrôle applicable. Cependant, faute de plaidoirie sur ce point en l’espèce, je me contente d’affirmer que, sauf situation exceptionnelle — et aucune ne s’est présentée depuis *Dunsmuir* —, il convient de présumer que l’interprétation par un tribunal administratif de « sa propre loi constitutive ou [d]une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie » est une question d’interprétation législative commandant la déférence en cas de contrôle judiciaire.

[35] Le juge Cromwell exprime son désaccord avec mon interrogation concernant l’existence et la nécessité de la catégorie des véritables questions de compétence. À son avis, mes propos « minent l’assise du contrôle judiciaire des actes de l’Administration » (par. 92).

[36] Juges et avocats spécialisés en droit administratif sont bien au fait de l’incertitude et de la confusion qui, pendant de nombreuses années, ont pesé sur l’analyse relative à la norme de contrôle et qui sont à l’origine de l’arrêt *Dunsmuir*. Les juges Bastarache et LeBel écrivent ce qui suit au par. 32 de cet arrêt :

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.

La juge Deschamps opine pour sa part au par. 158 :

Les règles régissant le contrôle judiciaire de l’action gouvernementale ont besoin de plus qu’une simple réforme. Le droit, en ce domaine, doit être débarrassé des grilles d’analyse et des débats inutiles.

Puis, au par. 145, le juge Binnie ajoute :

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 majorent les coûts, des arguments étant alors présentés à la cour quant à l’adéquation

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. [Emphasis deleted.]

Although these passages in *Dunsmuir* pertain to the approach to standard of review prior to *Dunsmuir*, I believe they are relevant in response to Justice Cromwell’s expressed opinion.

[37] The continuing uncertainty about standard of review when the issue is the tribunal’s interpretation of its home statute is well exemplified in the cases that have come before this Court subsequent to *Dunsmuir*. In *Nolan v. Superintendent of Financial Services* (2006), 209 O.A.C. 21, the Ontario Divisional Court thought the appropriate standard of review was correctness. The Court of Appeal applied a reasonableness standard (*sub nom. Kerry (Canada) Inc. v. DCA Employees Pension Committee*, 2007 ONCA 416, 86 O.R. (3d) 1), as did this Court (*sub nom. Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678). In *Alliance Pipeline Ltd. v. Smith*, 2008 FC 12, 34 C.E.L.R. (3d) 138, the judicial review judge applied a reasonableness standard, but the Court of Appeal (2009 FCA 110, 389 N.R. 363) found it unnecessary to decide whether reasonableness or correctness was the appropriate standard of review. This Court applied a reasonableness standard (2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160). In *Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2009 FC 271, 344 F.T.R. 45, the judicial review judge applied a correctness standard. The Federal Court of Appeal (2009 FCA 378, 315 D.L.R. (4th) 270) and this Court (2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3) doubted that this was the proper standard. Without engaging in a standard of review analysis and for reasons of practicality, in *Northrop Grumman*, this Court applied a standard of correctness based on precedent. In the present appeal, both the judicial

de l’expertise du décideur administratif avec la nature « véritable » de la question à trancher ou quant à la présence 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. [Italiques supprimés.]

Même si ces extraits de *Dunsmuir* ont trait à la démarche qui avait cours auparavant pour déterminer la norme de contrôle, j’estime qu’ils demeurent pertinents en réponse à l’opinion exprimée par le juge Cromwell.

[37] Les pourvois entendus par notre Cour depuis *Dunsmuir* montrent bien l’incertitude que suscite toujours la norme de contrôle lorsque le litige a pour objet l’interprétation de sa loi constitutive par un tribunal administratif. Dans *Nolan c. Superintendent of Financial Services* (2006), 209 O.A.C. 21, la Cour divisionnaire de l’Ontario a estimé que la bonne norme de contrôle était celle de la décision correcte. La Cour d’appel a plutôt appliqué la norme de la décision raisonnable (*sub nom. Kerry (Canada) Inc. c. DCA Employees Pension Committee*, 2007 ONCA 416, 86 O.R. (3d) 1), et notre Cour s’est rangée à son avis (*sub nom. Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678). Dans *Alliance Pipeline Ltd. c. Smith*, 2008 CF 12, 34 C.E.L.R. (3d) 138, le juge saisi de la demande de contrôle judiciaire a retenu la norme de la raisonabilité, tandis que la Cour d’appel (2009 CAF 110, 389 N.R. 363) a jugé inutile de décider laquelle des deux normes devait s’appliquer. Notre Cour a opté pour la norme de la décision raisonnable (2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160). Dans *Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CF 271, 344 F.T.R. 45, le juge de première instance a effectué le contrôle au regard de la norme de la décision correcte. La Cour d’appel fédérale (2009 CAF 378, 315 D.L.R. (4th) 270) et notre Cour (2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3) ont dit douter qu’il s’agisse de la bonne norme. Sans entreprendre d’analyse relative à la norme de contrôle et pour des raisons d’ordre pratique,



review court and the Court of Appeal applied a correctness standard of review.

[38] These examples demonstrate that the “true questions of jurisdiction” category has caused confusion to counsel and judges alike and has unnecessarily increased costs to clients before getting to the actual substance of the case. Avoiding using the label “jurisdictional” only to engage in a search for the legislators’ intent, as my colleague suggests at paras. 96-97, simply leads to the same debate about what constitutes a jurisdictional question. As Binnie J. directly put it in *Dunsmuir*, our objective should be to get the parties away from arguing about standard of review to arguing about the substantive merits of the case.

[39] What I propose is, I believe, a natural extension of the approach to simplification set out in *Dunsmuir* and follows directly from *Alliance* (para. 26). True questions of jurisdiction are narrow and will be exceptional. When considering a decision of an administrative tribunal interpreting or applying its home statute, it should be presumed that the appropriate standard of review is reasonableness. As long as the true question of jurisdiction category remains, the party seeking to invoke it must be required to demonstrate why the court should not review a tribunal’s interpretation of its home statute on the deferential standard of reasonableness.

[40] In Justice Cromwell’s view, saying that jurisdictional questions are exceptional is not an answer to a plausible argument that a particular provision falls outside the presumption of reasonableness review and into the exceptional category of correctness review. Nor does it assist, he says, in

dans *Northrop Grumman*, notre Cour a appliqué la norme de la décision correcte en s’appuyant sur la jurisprudence. Dans la présente affaire, la juridiction de révision et la Cour d’appel ont toutes deux conclu à l’application de la norme de la décision correcte.

[38] Il appert de ces exemples que la catégorie des « questions touchant véritablement à la compétence » sème la confusion tant chez les juges que chez les avocats et qu’elle accroît inutilement les frais de justice supportés par les parties avant que l’affaire ne soit entendue au fond. Éviter de recourir à la notion de « question de compétence » pour s’en tenir à la recherche de l’intention du législateur comme le propose mon collègue aux par. 96-97 de ses motifs a seulement pour effet de relancer le débat quant à ce qui constitue une question de compétence. Comme le dit sans détour le juge Binnie dans *Dunsmuir*, nous devrions chercher à faire en sorte que les parties cessent de débattre de la norme de contrôle et fassent plutôt valoir leurs prétentions sur le fond.

[39] À mon sens, ce que je préconise en l’espèce découle naturellement de la volonté de simplification qui anime notre Cour dans *Dunsmuir*, et donne directement suite à *Alliance* (par. 26). Les véritables questions de compétence ont une portée étroite et se présentent rarement. Il convient de présumer que la norme de contrôle à laquelle est assujettie la décision d’un tribunal administratif qui interprète sa loi constitutive ou qui l’applique est celle de la décision raisonnable. Tant que subsiste la catégorie des véritables questions de compétence, la partie qui prétend soulever une question qui y appartient doit établir les raisons pour lesquelles le contrôle visant l’interprétation de sa loi constitutive par le tribunal administratif ne devrait pas s’effectuer au regard de la norme déférente de la décision raisonnable.

[40] Dans l’optique du juge Cromwell, l’affirmation voulant que les questions de compétence soient exceptionnelles ne peut être opposée à la thèse plausible qu’une disposition donnée échappe à l’application de la présomption d’assujettissement à la norme de la décision raisonnable et appartient à

determining by what means the presumption may be rebutted.

[41] Both Binnie J. and Cromwell J. object to the *creation of a presumption* of reasonableness review of the home statute of the tribunal. With respect, I find the objection perplexing in view of judicial and academic opinion that the presumption was implicitly already established in *Dunsmuir*. Professor D. J. Mullan writes in “The McLachlin Court and the Public Law Standard of Review: A Major Irritant Soothed or a Significant Ongoing Problem?”, in D. A. Wright and A. M. Dodek, eds., *Public Law at the McLachlin Court: The First Decade* (2011), 79, at p. 108:

Justice John Evans of the Federal Court of Appeal has argued in his 2009 10th Heald Lecture delivered at the College of Law at the University of Saskatchewan that in *Dunsmuir* (reinforced by *Khosa*), the Court had now established (re-established?) a very strong presumption of deferential review when a statutory authority is interpreting its home, or constitutive, statute, or any other frequently encountered statute, or even common or civil law principle. I too accept that . . . .

Both Justice Evans and Professor Mullan are recognized as leading scholars in the field of administrative law in Canada.

[42] As I have explained, I am unable to provide a definition of what might constitute a true question of jurisdiction. The difficulty with maintaining the category of true questions of jurisdiction is that without a clear definition or content to the category, courts will continue, unnecessarily, to be in doubt on this question. However, at this stage, I do not rule out, in our adversarial system, counsel raising an argument that might satisfy a court that a true question of jurisdiction exists and applies in a particular case. The practical approach is to direct the courts and counsel that at this time, true questions of jurisdiction will be exceptional and, should the

la catégorie des questions exceptionnelles appelant la norme de la décision correcte. Il ajoute qu’elle ne contribue pas non plus à la détermination des moyens par lesquels la présomption peut être réfutée.

[41] Les juges Binnie et Cromwell s’opposent tous deux à l’établissement d’une présomption assujettissant à la norme de la décision raisonnable l’interprétation de sa loi constitutive par le tribunal administratif. Soit dit en tout respect, leur désaccord me paraît déroutant au vu de l’opinion judiciaire et doctrinale selon laquelle *Dunsmuir* établit déjà tacitement cette présomption. Le professeur D. J. Mullan écrit ce qui suit dans « The McLachlin Court and the Public Law Standard of Review : A Major Irritant Soothed or a Significant Ongoing Problem? », in D. A. Wright et A. M. Dodek, dir., *Public Law at the McLachlin Court : The First Decade* (2011), 79, p. 108 :

[TRADUCTION] En 2009, le juge John Evans de la Cour d’appel fédérale a soutenu lors de la dixième conférence Heald tenue à la faculté de droit de l’Université de la Saskatchewan que dans *Dunsmuir* (puis dans *Khosa*), la Cour applique désormais (ou de nouveau?) la très forte présomption voulant que la déférence s’impose lors du contrôle de la décision de l’autorité déléguée qui interprète sa loi habilitante ou constitutive, une autre loi ou quelque autre texte législatif auquel elle a souvent affaire, voire un principe de common law ou de droit civil. Je le reconnais également . . .

Tant le juge Evans que le professeur Mullan sont des sommités reconnues en droit administratif canadien.

[42] Comme je l’explique précédemment, je ne peux offrir de définition quant à ce qui peut constituer une question touchant véritablement à la compétence. Or, si on conserve cette catégorie sans la définir clairement ni préciser sa teneur, les cours de justice demeureront inutilement dans l’incertitude à ce sujet. Cependant, à ce stade, je n’exclus pas que, dans notre système fondé sur le principe du contradictoire, un avocat puisse convaincre une cour de l’existence et de l’application d’une question touchant véritablement à la compétence dans une affaire donnée. Concrètement, il convient d’indiquer aux tribunaux et aux plaideurs que, pour

occasion arise, to address in a future case whether such category is indeed helpful or necessary.

[43] With respect, Justice Cromwell's reasons fail to appreciate that an invitation to consider whether a true question of jurisdiction or *vires* exists in a future case does not raise the specter of the constitutional guarantee of judicial review being an "empty shell" (para. 103). All decisions of tribunals are subject to judicial review, including decisions dealing with the scope of their statutory mandate, even if this Court were to eliminate true questions of jurisdiction as a separate category attracting a correctness review. This change would simply end the need for debate around whether the issue in any given case can be properly characterized as jurisdictional. It would not preclude judicial review on a reasonableness standard when interpretation of the home statute of the tribunal is at issue. Nor would it eliminate correctness review of decisions of tribunals interpreting their home statute where the issue is a constitutional question, a question of law that is of central importance to the legal system as a whole and that is outside the adjudicator's expertise, or a question regarding the jurisdictional lines between competing specialized tribunals. See *Alliance*, at para. 26, citing *Dunsmuir*, at paras. 58-61, and *Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616, at para. 35, *per* Fish J.

[44] *Dunsmuir* provided guidance as to how a standard of review might be determined summarily without requiring a full standard of review analysis. One method was to identify the nature of the question at issue, which would normally or, I say, presumptively determine the standard of

l'heure, les questions touchant véritablement à la compétence sont exceptionnelles et que, si l'occasion se présente, il conviendra ultérieurement de se demander si la catégorie est effectivement utile ou nécessaire.

[43] Soit dit en tout respect, dans ses motifs, le juge Cromwell ne tient pas compte du fait que l'invitation à se demander si l'existence d'une question touchant véritablement à la compétence sera reconnue dans une affaire ultérieure ne risque pas de rendre théorique la garantie constitutionnelle dont bénéficie le contrôle judiciaire (par. 103). Toute décision d'un tribunal administratif est susceptible de contrôle judiciaire, y compris celle portant sur l'étendue de son mandat légal, et elle le demeurerait même si notre Cour supprimait la catégorie des questions touchant véritablement à la compétence en tant que catégorie distincte appelant l'application de la norme de la décision correcte. Un tel changement mettrait simplement fin à la nécessité de débattre de la question de savoir si, dans un cas donné, on peut à juste titre qualifier le point soulevé de question touchant à la compétence. Il n'empêcherait pas le contrôle judiciaire selon la norme de la décision raisonnable lorsque le litige porte sur l'interprétation de sa loi constitutive par un tribunal administratif. Il ne soustrairait pas non plus à un contrôle au regard de la décision correcte l'interprétation de sa loi constitutive par le tribunal administratif lorsque le litige porte sur une question constitutionnelle, une question de droit d'une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et étrangère au domaine d'expertise du décideur, ou une question relative à la délimitation des compétences respectives de tribunaux spécialisés concurrents. Voir *Alliance*, par. 26, citant *Dunsmuir*, par. 58-61, et *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616, par. 35, le juge Fish.

[44] L'arrêt *Dunsmuir* permet de déterminer sommairement la norme de contrôle applicable sans effectuer l'analyse exhaustive s'y rapportant. L'une des avenues possibles consiste à qualifier la question en litige, ce qui définit normalement (ou, de mon point de vue, on peut le présumer) la norme

review. Contrary to the view of my colleague in para. 97, I would not wish to retreat to the application of a full standard of review analysis where it can be determined summarily.

[45] At para. 89, Binnie J. suggests that “[i]f the issue before the reviewing court relates to the interpretation and application of a tribunal’s ‘home statute’ and related statutes that are also within the core function and expertise of the decision maker, and the issue does not raise matters of legal importance beyond administrative aspects of the statutory scheme under review, the Court should afford a measure of deference under the standard of reasonableness.” With respect, I think Binnie J.’s isolating matters of general legal importance as a stand-alone basis for correctness review is not consistent with what this Court has said in *Dunsmuir*, *Alliance, Canada (Canadian Human Rights Commission)* and *Nor-Man*.

[46] At para. 22 of *Canada (Canadian Human Rights Commission)*, LeBel and Cromwell JJ. state:

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. [Emphasis added.]

In other words, since *Dunsmuir*, for the correctness standard to apply, the question has to not only be one of central *importance to the legal system* but also outside the *adjudicator’s specialized area of expertise*.

[47] At paras. 85-87, Binnie J. reintroduces from his concurring reasons in *Dunsmuir* the concept of variable degrees of deference. The majority reasons in *Dunsmuir* do not recognize variable degrees of deference within the reasonableness standard of

de contrôle correspondante. Contrairement à l’opinion de mon collègue au par. 97 de ses motifs, je n’entends pas revenir à l’analyse exhaustive lorsqu’une démarche sommaire permet de déterminer la norme de contrôle.

[45] Au paragraphe 89 de ses motifs, le juge Binnie laisse entendre que « [s]i la décision visée par le contrôle judiciaire a trait à l’interprétation et à l’application de la loi constitutive du tribunal administratif ou d’une loi connexe qui relève elle aussi essentiellement du mandat et de l’expertise du décideur, et qu’elle ne soulève pas de questions de droit générales, au-delà des aspects administratifs du régime législatif en cause, la juridiction de révision devrait se montrer déférente en appliquant la norme de la décision raisonnable. » En toute déférence, j’estime que le juge Binnie isole les questions de droit générales pour en faire une catégorie autonome commandant la décision correcte, ce qui est incompatible avec la conclusion que tire en fait notre Cour dans *Dunsmuir*, *Alliance, Canada (Commission canadienne des droits de la personne)* et *Nor-Man*.

[46] Voici ce qu’affirment les juges LeBel et Cromwell au par. 22 des motifs dans *Canada (Commission canadienne des droits de la personne)* :

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. [Je souligne.]

En d’autres termes, depuis *Dunsmuir*, pour que s’applique la norme de la décision correcte, la question doit non seulement revêtir une *importance capitale pour le système juridique*, mais elle doit aussi être étrangère au *domaine d’expertise du décideur*.

[47] Aux paragraphes 85-87 de ses motifs, le juge Binnie reprend la notion de degrés variables de déférence tirée de ses motifs concordants dans *Dunsmuir*. Dans cet arrêt, les juges majoritaires ne reconnaissent pas de degrés variables

review and with respect neither do the reasons in *Canada (Canadian Human Rights Commission)*. Once it is determined that a review is to be conducted on a reasonableness standard, there is no second assessment of how intensely the review is to be conducted. The judicial review is simply concerned with the question at issue. A review of a question of statutory interpretation is different from a review of the exercise of discretion. Each will be governed by the context. But there is no determination of the intensity of the review with some reviews closer to a correctness review and others not.

[48] The Commissioner's interpretation of s. 50(5) *PIPA* relates to the interpretation of his own statute, is within his expertise and does not raise issues of general legal importance or true jurisdiction. His decision that an inquiry does not automatically terminate as a result of his extending the 90-day period only after the expiry of that period is therefore reviewable on the reasonableness standard.

[49] The oral reasons given by the chambers judge did not involve an extended discussion of the appropriate standard of review. Marshall J. assumed that *Dunsmuir* stood for the principle that "the standard of correctness still applies to matters of jurisdiction and some other matters of law" (at para. 10), and then held that the timelines question was reviewable on a standard of correctness. As I have explained, the timelines question is neither a true jurisdictional question nor any other type of question of law that attracts a correctness standard.

[50] For its part, the majority of the Alberta Court of Appeal appears to have held that, since the adjudicator provided no reasons for the decision, it was not necessary to determine the appropriate standard of review in the administrative law sense. The reasons of the majority suggest that, in these

de déférence lors d'un contrôle judiciaire selon la norme de la décision raisonnable et, soit dit en tout respect, la Cour ne le fait pas non plus dans *Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*. Une fois décidé que le contrôle doit s'effectuer selon la norme de la décision raisonnable, nulle autre démarche n'a lieu pour arrêter de degré d'intensité de l'examen. Le contrôle judiciaire ne s'intéresse qu'à la question en litige. Le contrôle d'une interprétation législative diffère de celui d'un exercice du pouvoir discrétionnaire. Il est toujours régi par le contexte de l'affaire. Mais il n'y a pas de détermination du degré d'intensité de l'examen où, dans certains cas, le contrôle se rapproche de la révision selon la norme de la décision correcte, et dans d'autres, pas.

[48] Pour le commissaire, interpréter le par. 50(5) de la *PIPA* revient à interpréter sa loi constitutive, relève de son expertise et ne soulève pas de questions de droit générales, ni de questions touchant véritablement à la compétence. Le contrôle de sa décision portant que la prorogation du délai après les 90 jours impartis ne met pas automatiquement fin à l'enquête doit donc s'effectuer selon la norme de la raisonabilité.

[49] Dans ses motifs prononcés à l'audience, le juge en cabinet ne s'étend pas sur la norme de contrôle applicable. En effet, pour le juge Marshall, l'arrêt *Dunsmuir* établit le principe selon lequel [TRADUCTION] « la norme de la décision correcte continue de s'appliquer aux questions de compétence et à quelques autres questions de droit » (par. 10). Il statue que la décision relative à l'observation du délai est susceptible de contrôle suivant la norme de la décision correcte. Comme je l'explique précédemment, il ne s'agit ni d'une véritable question de compétence ni d'une autre question de droit commandant l'application de la norme de la décision correcte.

[50] Les juges majoritaires de la Cour d'appel paraissent conclure que, la déléguée n'ayant pas motivé sa décision, il n'y a pas lieu de déterminer quelle norme de contrôle s'applique en droit administratif. Ils laissent entendre qu'en pareille situation, la Cour d'appel peut simplement avoir recours

circumstances, the Court of Appeal could simply apply the standard of appellate review for questions of law, i.e., correctness. With respect, this approach cannot be maintained. Had the issue been raised before the adjudicator, it would have been subject to review on a reasonableness standard. Where the reviewing court finds that the tribunal has made an implicit decision on a critical issue, the deference due to the tribunal does not disappear because the issue was not raised before the tribunal.

[51] In the present case, the adjudicator, by completing the inquiry, implicitly decided that extending the 90-day period for completion of an inquiry after the expiry of that period did not result in the automatic termination of the inquiry. However, as the issue was never raised and the decision was merely implicit, the adjudicator provided no reasons for her decision. It is therefore necessary to address how a reviewing court is to apply the reasonableness standard in such circumstances.

[52] In *Dunsmuir*, the majority explained (at paras. 47-48):

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.

. . . 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 . . . .

Obviously, where the tribunal’s decision is implicit, the reviewing court cannot refer to the tribunal’s process of articulating reasons, nor to justification, transparency and intelligibility within the tribunal’s decision-making process. The reviewing court cannot give respectful attention to the reasons offered because there are no reasons.

[53] However, the direction that a reviewing court should give respectful attention to the reasons

à la norme qui s’applique en appel à une question de droit, c.-à-d. la norme de la décision correcte. En toute déférence, je ne peux souscrire à cette approche. Si la question avait été soumise à la déléguée, il y aurait eu contrôle suivant la norme de la raisonabilité. Lorsque la juridiction de révision conclut que le tribunal administratif a implicitement statué sur une question cruciale, ce dernier ne cesse pas d’avoir droit à la déférence parce que la question n’a pas été soulevée devant lui.

[51] En menant l’enquête à terme, la déléguée a implicitement statué que la prorogation du délai après les 90 jours impartis n’avait pas automatiquement mis fin à l’enquête. Toutefois, la question n’ayant jamais été soulevée et la décision étant seulement tacite, il n’y a pas de motifs à l’appui. Il faut donc se demander comment il convient d’appliquer la norme de la raisonabilité dans ce cas.

[52] Dans l’arrêt *Dunsmuir*, les juges majoritaires donnent l’explication suivante (par. 47-48) :

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.

. . . 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 . . . .

De toute évidence, lorsqu’une cour de justice contrôle la décision implicite d’un tribunal administratif, elle ne peut s’en remettre à la formulation des motifs, à la justification de la décision, à la transparence et à l’intelligibilité du processus décisionnel. Elle ne peut accorder d’attention respectueuse aux motifs de la décision, car il n’y en a pas.

[53] Il convient toutefois qu’elle porte une attention respectueuse aux motifs « qui pourraient être

“which could be offered in support of a decision” is apposite when the decision concerns an issue that was not raised before the decision maker. In such circumstances, it may well be that the administrative decision maker did not provide reasons *because* the issue was not raised and it was not viewed as contentious. If there exists a reasonable basis upon which the decision maker could have decided as it did, the court must not interfere.

[54] I should not be taken here as suggesting that courts should not give due regard to the reasons provided by a tribunal when such reasons are available. The direction that courts are to give respectful attention to the reasons “which could be offered in support of a decision” is not a “carte blanche to reformulate a tribunal’s decision in a way that casts aside an unreasonable chain of analysis in favour of the court’s own rationale for the result” (*Petro-Canada v. Workers’ Compensation Board (B.C.)*, 2009 BCCA 396, 276 B.C.A.C. 135, at paras. 53 and 56). Moreover, this direction should not “be taken as diluting the importance of giving proper reasons for an administrative decision” (*Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at para. 63, *per* Binnie J.). On the contrary, deference under the reasonableness standard is best given effect when administrative decision makers provide intelligible and transparent justification for their decisions, and when courts ground their review of the decision in the reasons provided. Nonetheless, this is subject to a duty to provide reasons in the first place. When there is no duty to give reasons (e.g., *Canada (Attorney General) v. Mavi*, 2011 SCC 30, [2011] 2 S.C.R. 504) or when only limited reasons are required, it is entirely appropriate for courts to consider the reasons that could be offered for the decision when conducting a reasonableness review. The point is that parties cannot gut the deference owed to a tribunal by failing to raise the issue before the tribunal and thereby mislead the tribunal on the necessity of providing reasons.

[55] In some cases, it may be that a reviewing court cannot adequately show deference to the administrative decision maker without first providing the decision maker the opportunity to give its

donnés à l’appui d’une décision » lorsque celle-ci porte sur une question qui n’a pas été soulevée devant le décideur. Il est fort possible alors que le décideur administratif n’ait pas donné de motifs *parce que* la question n’avait pas été soulevée et qu’il ne la tenait pas pour litigieuse. Lorsque la décision pourrait avoir une assise raisonnable, la cour de justice doit y déférer.

[54] Je ne laisse cependant pas entendre qu’une cour de justice n’a pas à tenir dûment compte des motifs du tribunal administratif lorsque ceux-ci existent. L’invitation à porter une attention respectueuse aux motifs « qui pourraient être donnés à l’appui d’une décision » ne confère pas à la cour de justice le [TRADUCTION] « pouvoir absolu de reformuler la décision en substituant à l’analyse qu’elle juge déraisonnable sa propre justification du résultat » (*Petro-Canada c. Workers’ Compensation Board (B.C.)*, 2009 BCCA 396, 276 B.C.A.C. 135, par. 53 et 56). Elle ne doit pas non plus « être interprétée comme atténuant l’importance de motiver adéquatement une décision administrative » (*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, par. 63, le juge Binnie). Au contraire, la déférence inhérente à la norme de la raisonabilité se manifeste optimalement lorsqu’une décision administrative est justifiée de façon intelligible et transparente et que la juridiction de révision contrôle la décision à partir des motifs qui l’étayaient. Il doit cependant exister au départ une obligation de motiver. Lorsque cette obligation n’existe pas (voir, p. ex., *Canada (Procureur général) c. Mavi*, 2011 CSC 30, [2011] 2 R.C.S. 504) ou que sa portée est limitée, il est tout à fait indiqué, dans l’appréciation de la raisonabilité, d’examiner les motifs qui pourraient être donnés. Le point essentiel est que les parties ne sauraient, en omettant de soulever une question et en induisant ainsi le tribunal administratif en erreur quant à la nécessité de motiver sa décision, écarter la déférence due au tribunal administratif.

[55] Il peut arriver parfois qu’une juridiction de révision ne puisse manifester la déférence voulue sans offrir d’abord au décideur administratif la possibilité d’exposer les motifs de sa décision.

own reasons for the decision. In such a case, even though there is an implied decision, the court may see fit to remit the issue to the tribunal to allow the tribunal to provide reasons. However, remitting the issue to the tribunal may undermine the goal of expedient and cost-efficient decision making, which often motivates the creation of specialized administrative tribunals in the first place. Accordingly, remitting the issue to the tribunal is not necessarily the appropriate option available to a court when it is asked to review a tribunal's implied decision on an issue that was not raised before the tribunal. Indeed, 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. Instead, the decision should simply be upheld as reasonable. On the other hand, a reviewing court should show restraint before finding that an implied decision on an issue not raised before the tribunal was unreasonable. It will generally be inappropriate to find that there is no reasonable basis for the tribunal's decision without first giving the tribunal an opportunity to provide one. This, of course, assumes that the Court has thought it appropriate in the particular circumstances to allow the issue to be raised for the first time on judicial review. Care must be taken not to give parties an opportunity for a second hearing before a tribunal as a result of their failure to raise at the first hearing all of the issues they ought to have raised.

### C. *Application of the Reasonableness Standard in This Case*

[56] In the present case, the Court need not look far to discover a reasonable basis for the adjudicator's decision. The Commissioner and his delegated adjudicators have considered the issue, as it relates to s. 50(5) *PIPA* and to the similarly worded s. 69(6) of the *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.A. 2000, c. F-25 (“*FOIPA*”), on numerous occasions and have provided a consistent analysis. The existence of other decisions of a tribunal on the same issue can be of assistance to a reviewing court in determining whether a reasonable basis for the tribunal's decision exists. In this case, a review of the reasons of the Commissioner

Alors, même s'il y a décision implicite, il est possible qu'elle juge opportun de renvoyer la décision au tribunal administratif pour qu'il la motive. Le renvoi peut toutefois faire échec à la volonté de mettre sur pied un processus décisionnel à la fois rapide et économique qui préside souvent au départ à la création d'un tribunal administratif spécialisé. Ce n'est donc pas nécessairement la solution à retenir à l'issue du contrôle judiciaire de la décision implicite d'un décideur administratif sur un point qui n'a pas été soulevé devant lui. En effet, lorsque la décision a un fondement raisonnable manifeste, il n'est généralement pas nécessaire de renvoyer l'affaire au tribunal administratif. La juridiction de révision devrait simplement la déclarer raisonnable et la confirmer. Par contre, elle devrait user de retenue avant de conclure au caractère déraisonnable d'une décision implicite rendue sur un point non soulevé devant le tribunal administratif. Il ne convient généralement pas qu'elle conclue à l'absence d'assise raisonnable sans offrir d'abord au tribunal administratif la possibilité d'en fournir une. Il faut évidemment supposer que, dans la situation particulière considérée, elle a jugé opportun de permettre que la question soit soulevée pour la première fois lors du contrôle judiciaire. Il faut se garder de donner aux parties la possibilité d'être entendues une autre fois par le tribunal administratif parce qu'elles ont omis de faire état à la première audience de toutes les questions à débattre.

### C. *Application en l'espèce de la norme de la raisonnable*

[56] Dans la présente affaire, point n'est besoin de chercher loin pour trouver un fondement raisonnable à la décision de la déléguée. La question touchant à l'application du par. 50(5) de la *PIPA* ou du par. 69(6) de la *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.A. 2000, ch. F-25 (« *FOIPA* »), dont les libellés sont semblables, a été examinée à maintes reprises par le commissaire et ses délégués, et leur analyse se révèle constante. La juridiction de révision peut s'en remettre aux autres décisions que le tribunal administratif a rendues sur le même point pour se prononcer sur l'existence d'un fondement raisonnable. En l'occurrence,



and the adjudicators in other cases allows this Court to determine without difficulty that a reasonable basis exists for the adjudicator's implied decision in this case. Indeed, in the circumstances here, it is safe to assume that the numerous and consistent reasons in these decisions would have been the reasons of the adjudicator in this case.

[57] In *Order P2008-005; College of Alberta Psychologists*, December 17, 2008, O.I.P.C., the Commissioner's delegated adjudicator considered the issue of whether there could be an extension after the expiry of the 90-day period under s. 50(5) *PIPA*. Adopting the Commissioner's analysis of s. 69(6) *FOIPA* in *Order F2006-031; Edmonton Police Service*, September 22, 2008, O.I.P.C., as applicable to s. 50(5) *PIPA*, she decided that "time extensions under section 50(5) can be done after expiry of the 90-day period" (para. 27). She looked at the text of s. 50(5) *PIPA* and reasoned that "[t]he placing of the phrase 'within 90 days' is such that this modifier refers only to the time within which the inquiry must be completed, rather than to a time within which the extension must be done" (para. 27). She went on to explain that, if "there is ambiguity, a purposive interpretation of section 50, in the context of the entire Act, leads to the conclusion that the purpose of the Act would be best served if the provision were interpreted as permitting an extension after 90 days" (para. 27).

[58] Finally, her interpretation of s. 50(5) was informed by practical realities of procedures under *PIPA*, which could make it impossible for adequate notice, including an anticipated date of completion, to be provided before the expiry of 90 days. In the case before her,

at the time the 90 days expired, the interviews with the parties had not yet been completed. Indeed, because the mediator was not appointed until after further information had been sought and obtained from the Applicant, the mediation process was only commencing. At that time, it was impossible to know whether there would be a need for an inquiry. It makes no sense to speak of anticipating a date for completion of an inquiry until the inquiry itself can be anticipated in the sense of

l'examen des motifs du commissaire ou de ses délégués dans d'autres affaires permet de déterminer sans peine que la décision implicite de la déléguée a une assise raisonnable. On peut certes présumer que ces motifs abondants et constants auraient été repris par la déléguée dans la présente affaire.

[57] Dans l'ordonnance *P2008-005; College of Alberta Psychologists*, 17 décembre 2008, O.I.P.C., la déléguée du commissaire examine la question de la prorogation du délai après les 90 jours impartis sous le régime du par. 50(5) de la *PIPA*. Estimant que l'analyse du commissaire se rapportant à l'application du par. 69(6) de la *FOIPA* dans l'ordonnance *F2006-031; Edmonton Police Service*, 22 septembre 2008, O.I.P.C., vaut pour le par. 50(5) de la *PIPA*, elle conclut que [TRADUCTION] « la prorogation du délai suivant le par. 50(5) peut intervenir après l'expiration des 90 jours » (par. 27). Après examen de la disposition, elle opine que « [v]u leur emplacement dans le libellé, les mots "dans les 90 jours" ne définissent que le délai dans lequel l'enquête doit être menée à terme, et non celui dans lequel la prorogation doit intervenir » (par. 27). Elle ajoute que dans la mesure où « il y a ambiguïté, l'interprétation téléologique de l'art. 50 au regard de l'ensemble de la Loi mène à la conclusion que l'interprétation autorisant la prorogation du délai après les 90 jours impartis est davantage compatible avec l'objet de la Loi » que celle qui l'interdit (par. 27).

[58] Enfin, elle interprète le par. 50(5) en fonction du déroulement réel de la procédure prévue par la *PIPA*, lequel pourrait faire en sorte que l'avis requis, y compris la communication de la date prévue d'achèvement, ne puisse être dûment donné avant l'expiration du délai de 90 jours. Elle dit ce qui suit au sujet de l'affaire dont elle est saisie :

[TRADUCTION] . . . à l'expiration du délai de 90 jours, les entretiens avec les parties n'avaient pas encore pris fin. En fait, le processus de médiation venait à peine de commencer, car le médiateur n'avait été nommé qu'après l'obtention d'un complément d'information du demandeur. On ne pouvait alors savoir si une enquête serait nécessaire. On ne saurait prévoir la date à laquelle prendra fin une enquête alors qu'on ne sait même pas s'il y en aura une. [. . .] Ce n'est que lorsqu'il est apparu

being expected. . . . It was only after it became clear that the mediation had failed and the matter would go to inquiry that it became necessary to undertake the next phase. [para. 36]

[59] In my view, it was reasonable to interpret s. 50(5) *PIPA* in a manner consistent with s. 69(6) *FOIPA*. Both provisions govern inquiries conducted by the Commissioner. The two provisions are identically structured and use almost identical language. For ease of reference, I repeat that s. 50(5) *PIPA* then provided:

**50 . . .**

(5) An inquiry into a matter that is the subject of a written request referred to in section 47 must be completed within 90 days from the day that the written request was received by the Commissioner unless the Commissioner

- (a) notifies the person who made the written request, the organization concerned and any other person given a copy of the written request that the Commissioner is extending that period, and
- (b) provides an anticipated date for the completion of the review.

[60] Section 69(6) *FOIPA* provides:

**69 . . .**

(6) An inquiry under this section must be completed within 90 days after receiving the request for the review unless the Commissioner

- (a) notifies the person who asked for the review, the head of the public body concerned and any other person given a copy of the request for the review that the Commissioner is extending that period, and
- (b) provides an anticipated date for the completion of the review.

[61] Given that the reasons in *Order P2008-005* adopted the Commissioner's reasoning in *Order F2006-031*, the analysis in *Order F2006-031* can provide further assistance in determining the existence of a reasonable basis for the adjudicator's implied decision in this case. Indeed, the

clairement que la médiation avait échoué et que la tenue d'une enquête s'imposait qu'il a fallu passer à l'étape suivante. [par. 36]

[59] Selon moi, il était raisonnable que l'interprétation du par. 50(5) de la *PIPA* s'inspire de celle du par. 69(6) de la *FOIPA*. En effet, les deux dispositions s'appliquent aux enquêtes du commissaire, elles sont conçues de la même manière et leurs libellés sont presque identiques. Afin de faciliter sa consultation, je reproduis à nouveau le texte du par. 50(5) de la *PIPA* dans la version qui s'appliquait au moment considéré :

[TRADUCTION] **50 . . .**

(5) L'enquête qui fait suite à une demande écrite visée à l'article 47 prend fin dans les 90 jours qui suivent la réception de celle-ci, sauf :

- a) lorsque le commissaire informe l'auteur de la demande, l'organisme visé et toute autre personne ayant reçu copie de la demande qu'il proroge ce délai,
- b) et qu'il précise la date prévue d'achèvement de l'enquête.

[60] Le paragraphe 69(6) de la *FOIPA* prévoit ce qui suit :

[TRADUCTION] **69 . . .**

(6) L'enquête entreprise en application du présent article prend fin dans les 90 jours suivant la réception de la demande d'enquête, sauf :

- a) lorsque le commissaire informe l'auteur de la demande d'enquête, la direction de l'organisme public visé et toute autre personne ayant reçu copie de la demande d'enquête qu'il proroge ce délai,
- b) et qu'il précise la date prévue d'achèvement de l'enquête.

[61] Comme les motifs de l'ordonnance *P2008-005* reprennent le raisonnement du commissaire dans l'ordonnance *F2006-031*, l'analyse qui figure dans cette dernière ordonnance peut aussi servir à déterminer si la décision implicite de la déléguée en l'espèce a un fondement raisonnable. D'ailleurs,

Commissioner and his delegated adjudicators have repeatedly relied upon the detailed reasoning in *Order F2006-031* when deciding whether there can be an extension after 90 days under s. 69(6) *FOIPA* (see *Order F2008-013*; *Edmonton (Police Service) (Re)*, [2008] A.I.P.C.D. No. 71 (QL); *Order F2007-014*; *Edmonton (Police Service) (Re)*, [2008] A.I.P.C.D. No. 72 (QL); *Order F2008-003*; *Edmonton Police Service*, December 12, 2008, O.I.P.C.; *Order F2008-016*; *Edmonton (Police Service) (Re)*, [2008] A.I.P.C.D. No. 82 (QL); *Order F2008-017*; *Edmonton (Police Service) (Re)*, [2008] A.I.P.C.D. No. 79 (QL); *Order F2008-005*; *Edmonton (Police Service) (Re)*, [2008] A.I.P.C.D. No. 81 (QL); *Order F2008-018*; *Edmonton (Police Service) (Re)*, [2009] A.I.P.C.D. No. 3 (QL); *Order F2008-027*; *Edmonton (Police Service) (Re)*, [2009] A.I.P.C.D. No. 20 (QL); *Order F2007-031*; *Grande Yellowhead Regional Division No. 35*, November 27, 2008, O.I.P.C.).

[62] In *Order F2006-031*, the Commissioner considered the text of the provision, finding that

[s]ection 69(6) does not expressly state whether I must notify the parties that I am extending the 90 days and provide an anticipated date for completion of the review before the 90-day period expires. Placing the phrase “within 90 days” at the beginning of the provision makes it unclear whether the phrase is meant to refer to (i) the duty to complete the inquiry, as set out in the beginning of the provision, or (ii) the power in section 69(6)(a) and section 69(6)(b) to extend the 90-day period.

In my view, the placement of the phrase “within 90 days” indicates that the 90 days refers only to my duty to complete the inquiry, and does not refer to my power to extend the 90-day period in section 69(6)(a) and section 69(6)(b). [paras. 53-54]

[63] In my view, this is a reasonable interpretation of the text of s. 69(6) *FOIPA* and of s. 50(5) *PIPA*. The placement of “within 90 days” suggests that it may refer to the completion of the inquiry and not to providing an extension.

[64] The ATA submits that interpreting s. 50(5) *PIPA* to allow an extension after the expiry of 90

le commissaire et ses délégués ont souvent fait fond sur ces motifs détaillés lorsqu'ils ont eu à statuer sur la prorogation du délai de 90 jours prévu au par. 69(6) de la *FOIPA* (voir l'ordonnance *F2008-013*; *Edmonton (Police Service) (Re)*, [2008] A.I.P.C.D. No. 71 (QL); l'ordonnance *F2007-014*; *Edmonton (Police Service) (Re)*, [2008] A.I.P.C.D. No. 72 (QL); l'ordonnance *F2008-003*; *Edmonton Police Service*, 12 décembre 2008, O.I.P.C.; l'ordonnance *F2008-016*; *Edmonton (Police Service) (Re)*, [2008] A.I.P.C.D. No. 82 (QL); l'ordonnance *F2008-017*; *Edmonton (Police Service) (Re)*, [2008] A.I.P.C.D. No. 79 (QL); l'ordonnance *F2008-005*; *Edmonton (Police Service) (Re)*, [2008] A.I.P.C.D. No. 81 (QL); l'ordonnance *F2008-018*; *Edmonton (Police Service) (Re)*, [2009] A.I.P.C.D. No. 3 (QL); l'ordonnance *F2008-027*; *Edmonton (Police Service) (Re)*, [2009] A.I.P.C.D. No. 20 (QL); et l'ordonnance *F2007-031*; *Grande Yellowhead Regional Division No. 35*, 27 novembre 2008, O.I.P.C.).

[62] Dans l'ordonnance *F2006-031*, le commissaire conclut ce qui suit après examen du texte de la disposition :

[TRADUCTION] Le paragraphe 69(6) ne précise pas si je dois informer ou non les parties de la prorogation du délai de 90 jours et de la date prévue d'achèvement de l'enquête avant l'expiration du délai de 90 jours. Comme les mots « dans les 90 jours » figurent dans la première partie de la disposition, il est difficile de déterminer s'ils visent (i) l'obligation de mener à terme l'enquête énoncée au début de l'article ou (ii) le pouvoir conféré aux al. 69(6)a) et b) de proroger le délai de 90 jours.

Selon moi, l'emplacement des mots « dans les 90 jours » fait en sorte que le délai vise uniquement l'obligation de mener à terme l'enquête et non le pouvoir de le proroger conféré aux al. 69(6)a) et b). [par. 53-54]

[63] Cette interprétation du par. 69(6) de la *FOIPA* et du par. 50(5) de la *PIPA* me paraît raisonnable. La position des mots [TRADUCTION] « dans les 90 jours » donne à penser qu'ils peuvent se rapporter à l'achèvement de l'enquête, mais non à la prorogation du délai.

[64] L'ATA soutient qu'interpréter le par. 50(5) de la *PIPA* de sorte qu'il permette de proroger le

days would render the requirements of notice nugatory (Factum, at para. 75). I do not agree. The mere fact that an extension and an anticipated date for completion is given after the expiry of 90 days does not eliminate its value in keeping the parties informed of the progression of the process. As the Commissioner noted, in most cases that progress to an inquiry, the parties will be involved in the process and will know that it will not be completed within 90 days (*Order F2006-031*, at para. 58). Even if provided after 90 days, the notice of extension, which includes an anticipated date for completion, still provides information to the parties about how the matter is progressing and when the parties can expect it to be completed.

[65] The ATA argues that the principle of statutory interpretation, *expressio unius est exclusio alterius*, leads to the conclusion that an extension must be made before the expiry of 90 days: when the legislature intended to allow an extension to be made either before or after the expiry of a time period; it said so expressly. The now repealed s. 54(5) *PIPA* authorized a court to, “on application made either before or after the expiry of the period referred to in subsection (3) [i.e., 45 days], extend that period if the court considers it appropriate to do so”. According to the ATA, absence of such language in s. 50(5) *PIPA* necessarily implies that the legislature did not intend for the Commissioner to be able to extend the period for completion of an inquiry “before or after” the 90-day period has expired (Factum, at para. 76).

[66] This argument, while having some merit, is far from determinative. As Justice Berger pointed out, there are also many statutory provisions in Alberta that expressly restrict extensions to those granted before expiry of a time period (at para. 57, citing *Credit Union Act*, R.S.A. 2000, c. C-32, s. 13; *Expropriation Act*, R.S.A. 2000, c. E-13, s. 23, *Garage Keepers’ Lien Act*, R.S.A. 2000, c. G-2, s. 6(3); *Insurance Act*, R.S.A. 2000, c. I-3, s. 796; *Land Titles Act*, R.S.A. 2000, c. L-4, s. 140; *Legal Profession Act*, R.S.A. 2000, c. L-8, s. 80(3); and *Loan and Trust Corporations Act*, R.S.A. 2000, c. L-20, s. 257). I agree with Justice Berger that,

délati après les 90 jours impartis neutralise l’obligation d’informer les parties (mémoire, par. 75). Je ne peux faire droit à cette prétention. Le seul fait que le délai soit prorogé et la date prévue d’achèvement précisée après l’expiration du délai de 90 jours ne rend pas l’avis inutile aux fins de tenir les parties informées de l’évolution de l’instance. Comme le signale le commissaire, dans la plupart des cas qui donnent lieu à une enquête, les parties prennent part au processus et savent que celui-ci ne prendra pas fin dans les 90 jours (ordonnance *F2006-031*, par. 58). Même s’il est donné passé le délai de 90 jours, l’avis de prorogation, qui précise aussi la date prévue d’achèvement, informe toujours les parties du cheminement du dossier et du moment auquel l’enquête devrait prendre fin.

[65] Selon l’ATA, la règle d’interprétation législative *expressio unius est exclusio alterius* mène à la conclusion que la prorogation doit intervenir avant l’expiration des 90 jours, car lorsque le législateur veut permettre la prorogation avant ou après l’expiration d’un délai, il le dit clairement. En effet, avant son abrogation, le par. 54(5) de la *PIPA* disposait qu’une cour de justice [TRADUCTION] « qui le juge indiqué peut, sur demande présentée avant ou après l’expiration du délai prévu au paragraphe (3) [c.-à-d. 45 jours], proroger ce délai ». Il faudrait donc nécessairement conclure de l’absence de ces mots au par. 50(5) de la *PIPA* que le législateur n’a pas voulu que le commissaire puisse proroger le délai imparti pour mener à terme l’enquête [TRADUCTION] « avant ou après » l’expiration des 90 jours prévus (mémoire, par. 76).

[66] Bien que le raisonnement se tienne, il est loin d’être concluant. Comme le souligne le juge Berger, de nombreuses dispositions albertaines ne permettent expressément la prorogation d’un délai qu’avant son expiration (par. 57, citant les lois suivantes : *Credit Union Act*, R.S.A. 2000, ch. C-32, art. 13; *Expropriation Act*, R.S.A. 2000, ch. E-13, art. 23; *Garage Keepers’ Lien Act*, R.S.A. 2000, ch. G-2, par. 6(3); *Insurance Act*, R.S.A. 2000, ch. I-3, art. 796; *Land Titles Act*, R.S.A. 2000, ch. L-4, art. 140; *Legal Profession Act*, R.S.A. 2000, ch. L-8, par. 80(3); et *Loan and Trust Corporations Act*, R.S.A. 2000, ch. L-20, art. 257). Je conviens avec

“when . . . the provision is silent as to when an extension of time can be granted, there is no presumption that silence means that the extension must be granted before expiry” (para. 58). I am therefore unable to conclude that the *expressio unius* principle renders the adjudicator’s interpretation unreasonable.

[67] The Commissioner developed his analysis by relying on established principles of statutory interpretation to resolve any potential ambiguity through a purposive interpretation of the provision. He explained:

To the extent that there is any ambiguity, by interpreting section 69(6) purposively as I will do below, the provision allows me to extend the time after the 90-day period expires.

In Ruth Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4<sup>th</sup> Edition, (Markham, Ontario: Butterworths Canada Ltd., 2002), the author quotes Duff C.J. in *McBratney v. McBratney* (1919), 59 S.C.R. 550. Duff, C.J. set out the principles that govern judicial reliance on purpose in interpretation, in order to resolve ambiguity. The first of these principles set out by Ruth Sullivan at page 219 is:

If the ordinary meaning of legislation is ambiguous, the interpretation that best accords with the purpose of the legislation should be adopted. [paras. 54-55]

[68] Referring to s. 2(b) *FOIPA*, the Commissioner affirmed that the purpose of *FOIPA* was “to provide a mechanism for controlling the collection, use and disclosure of personal information by public bodies”, which *FOIPA* achieves “by giving [the Commissioner] the power to review the collection, use and disclosure of personal information” (para. 57). In his view, the specific purpose of s. 69(6) *FOIPA* was “to ensure that such reviews are conducted in a timely way, and also that parties are kept aware of the timing of the process so they may participate and plan their affairs accordingly” (para. 57). The purpose of *FOIPA* is uncontroversial, as it is expressly articulated at s. 2(b). I consider the Commissioner’s view of the purpose of s. 69(6) *FOIPA* to be reasonable. It is similarly reasonable to determine that the purpose of s. 50(5) *PIPA* is to ensure timely completion of

le juge Berger que [TRADUCTION] « lorsque [. . .] le texte de loi ne précise pas la période pendant laquelle un délai peut être prorogé, nulle présomption ne veut que la prorogation doive intervenir avant l’expiration du délai » (par. 58). Je ne puis donc conclure que l’interprétation de la déléguée est déraisonnable au regard de la maxime *expressio unius*.

[67] L’analyse du commissaire s’appuie sur des principes d’interprétation législative reconnus et vise à dissiper toute ambiguïté éventuelle au moyen d’une démarche téléologique. Il explique :

[TRADUCTION] Dans la mesure où il y a ambiguïté, l’interprétation téléologique du par. 69(6) à laquelle je me livre ci-après m’autorise à proroger le délai après les 90 jours impartis.

Dans *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, Ruth Sullivan, 4<sup>e</sup> éd. (Markham, Ontario : Butterworths Canada Ltd., 2002), l’auteure cite l’arrêt *McBratney c. McBratney* (1919), 59 R.C.S. 550, dans lequel le juge en chef Duff expose les principes suivant lesquels, pour résoudre une ambiguïté, il peut être tenu compte de l’objet d’une loi pour l’interpréter. Le premier de ces principes que cite l’auteur à la p. 219 est le suivant :

Si le sens ordinaire de la loi est ambigu, il convient d’opter pour l’interprétation qui correspond le mieux à l’objet de la loi. [par. 54-55]

[68] Renvoyant à son al. 2b), le commissaire affirme que la *FOIPA* a pour objet de [TRADUCTION] « contrôler la collecte, l’utilisation et la communication de renseignements personnels par un organisme public », et ce, « par l’octroi [au commissaire] du pouvoir d’enquêter sur la collecte, l’utilisation et la communication de renseignements personnels » (par. 57). Selon lui, le par. 69(6) de la *FOIPA* vise précisément « à faire en sorte que le processus soit mené à terme avec célérité et que les parties soient tenues informées de son déroulement afin qu’elles puissent y participer et prendre des arrangements en conséquence » (par. 57). L’objet de la *FOIPA* étant expressément énoncé à l’al. 2b), il ne prête pas à controverse. J’estime que l’opinion du commissaire quant à l’objet du par. 69(6) de la *FOIPA* est raisonnable. Il me paraît également raisonnable de conclure que le par. 50(5) de la *PIPA* vise à faire en

reviews and to keep the parties informed about the process.

[69] According to the Commissioner, “[i]n most cases that advance to inquiry . . . at the time the 90-day period expires, the inquiry process has been fully engaged and is progressing with the participation of the parties. Because they are involved, the parties are fully aware that the process will continue beyond 90 days” (para. 58). For this reason, the Commissioner did “not believe that the goal of a timely resolution of issues, and of keeping the parties informed, would be advanced by requiring [him] to formally communicate to the parties within 90 days something they already know: that the matter will not be completed within 90 days” (para. 58).

[70] The Commissioner then addressed the practical difficulty of satisfying the s. 69(6)(b) *FOIPA* requirement to provide an anticipated date of completion with the extension if the extension must necessarily be made within 90 days. He pointed out that s. 68 *FOIPA* empowers him to authorize a mediation upon receipt of a request for review. The mediation itself could take up some or all of the 90 days. If the mediation is unsuccessful or mediation is not authorized, the matter would move to inquiry. An inquiry must accord the parties procedural fairness, which can mean accommodating requests for adjournments, to adduce further evidence and to adjourn to review and make submissions on the new evidence. In short, the Commissioner explained that “the parties, as much as [he], have carriage of the matter” and that “[t]he time within which the matter will be completed is largely determined by their actions, schedules and the issues they raise” (para. 62). For this reason, it may not be feasible for the Commissioner to provide an anticipated date for completion within 90 days and the parties are well aware of how the matter is progressing in any event (paras. 59-62).

sorte que l’enquête soit menée à terme avec célérité et que les parties soient tenues au courant de l’évolution du processus.

[69] Selon le commissaire, [TRADUCTION] « [d]ans la plupart des cas qui atteignent l’étape de l’enquête [. . .], lorsque le délai de 90 jours expire, le processus est engagé et suit son cours avec la participation des parties. Parce qu’elles y participent, les parties savent parfaitement qu’il durera plus de 90 jours » (par. 58). C’est pourquoi le commissaire « ne croi[t] pas qu’exiger de [lui] qu’[il] communique officiellement avec les parties avant l’expiration du délai de 90 jours pour les informer de ce qu’elles savent déjà, à savoir que l’enquête ne sera pas menée à terme dans les 90 jours, favorise la réalisation de l’objectif qui consiste à faire preuve de célérité dans le règlement d’une affaire et à tenir les parties informées » (par. 58).

[70] Le commissaire fait ensuite état de la difficulté de respecter dans les faits l’exigence, prévue à l’al. 69(6)b) de la *FOIPA*, d’informer les parties à la fois de la date prévue d’achèvement et de la prorogation du délai si la prorogation doit nécessairement avoir lieu avant l’expiration des 90 jours. Il signale que l’art. 68 de la *FOIPA* l’habilite à autoriser la médiation lorsqu’il reçoit une demande d’enquête. Or, pendant cette médiation, une bonne partie, voire la totalité, du délai de 90 jours peut s’écouler. Lorsque la médiation n’est pas autorisée ou qu’elle échoue, on passe alors à l’étape de l’enquête, laquelle est assujettie aux règles d’équité procédurale. Dès lors, il faut faire droit aux demandes d’ajournement pour présentation d’un complément de preuve ou examen d’un nouvel élément de preuve et formulation d’observations à son sujet. Bref, le commissaire explique que [TRADUCTION] « le déroulement de l’affaire dépend tout autant des parties que de [lui] » et que « [l]a durée du processus tient en grande partie à leurs actes, à leur emploi du temps et aux questions qu’elles soulèvent » (par. 62). Voilà pourquoi il peut ne pas être en mesure de communiquer la date prévue d’achèvement avant l’expiration du délai de 90 jours, sans compter que les parties sont de toute manière parfaitement au courant de l’évolution du dossier (par. 59-62).

[71] The Commissioner therefore concluded that

neither the purpose of the [FOIPA] in general nor section 69(6) in particular is advanced by interpreting the provision as creating an absolute “deadline”, beyond which a proceeding that is underway cannot continue unless I have, before the 90 days expires, expressly stated that the matter will continue beyond 90 days, and projected a new final date for completion. [para. 63]

[72] In my view, the Commissioner’s reasoning in support of his conclusion that extending the period for completion of an inquiry after the expiry of 90 days does not result in the automatic termination of the inquiry under s. 69(6) FOIPA satisfies the values of justification, transparency and intelligibility in administrative decision making. The decision is carefully reasoned, systematically addressing: (i) the text of the provision, (ii) the purposes of FOIPA in general and of s. 69(6), in particular, and (iii) the practical realities of conducting inquiries drawn from the Commissioner’s experience administering FOIPA. It was reasonable for the Commissioner’s delegated adjudicator, in *Order P2008-005*, to adopt this detailed reasoning and apply it to s. 50(5) PIPA. I therefore have no difficulty concluding that there exists a reasonable basis for the adjudicator’s implied decision in this case that extending the 90-day period after the expiry of that period did not terminate the process.

*D. The Mandatory/Directory Distinction Does Not Arise in This Case*

[73] The parties, the trial judge and the Court of Appeal all approached the timelines issue as though it engaged the distinction between mandatory and directory legislative provisions. R. W. Macaulay and J. L. H. Sprague succinctly explain the mandatory/directory distinction as follows:

Where a provision is imperative it must be complied with. The consequence of failing to comply with an imperative provision will vary depending on whether the imperative direction is mandatory or directory. Failing to comply with a mandatory direction will

[71] La commissaire conclut donc :

[TRADUCTION] ... il ne sert ni l’objet de la [FOIPA] en général ni l’objet de son par. 69(6) en particulier d’interpréter la disposition de manière qu’elle établisse une « date limite » ferme faisant obstacle à la poursuite d’une affaire en cours sauf si, avant l’expiration du délai de 90 jours, j’ai expressément déclaré que l’enquête durerait plus longtemps et arrêté une nouvelle date prévue d’achèvement. [par. 63]

[72] Je suis d’avis que le raisonnement à l’issue duquel le commissaire conclut que la prorogation du délai après les 90 jours impartis pour mener à terme l’enquête ne met pas automatiquement fin à celle-ci suivant le par. 69(6) de la FOIPA satisfait aux exigences de justification, de transparence et d’intelligibilité du processus décisionnel administratif. La décision est soigneusement motivée et aborde successivement (i) le texte de la disposition, (ii) l’objet de la FOIPA en général et du par. 69(6) en particulier et (iii) l’expérience du commissaire au chapitre de la tenue d’enquêtes et de l’application de la FOIPA. Dans l’ordonnance *P2008-005*, la déléguée du commissaire pouvait raisonnablement reprendre ces motifs détaillés et les appliquer au par. 50(5) de la PIPA. Il m’est donc aisé de conclure qu’il y a en l’espèce un fondement raisonnable à la décision implicite de la déléguée suivant laquelle la prorogation du délai passé les 90 jours impartis n’a pas mis fin au processus.

*D. Absence d’application en l’espèce de la distinction entre une disposition impérative et une disposition directive*

[73] Les parties, le juge en cabinet et la Cour d’appel supposent tous que la question de l’observation du délai fait intervenir la distinction entre les dispositions législatives impératives et celles qui sont directives. R. W. Macaulay et J. L. H. Sprague expliquent succinctement cette distinction :

[TRADUCTION] La disposition de nature obligatoire commande l’observation. Son non-respect a des conséquences différentes selon que la prescription est impérative ou directive. L’observation d’une prescription impérative emporte la nullité de toute mesure

render any subsequent proceedings void while failing to comply with [a] directory command will not result in such invalidation (although the person to whom the command was directed will not be relieved from the duty of complying with it . . . .

(*Practice and Procedure Before Administrative Tribunals* (loose-leaf), vol. 3, pp. 22-126 to 22-126.1)

[74] This Court has previously expressed doubt as to the usefulness of the mandatory/directory distinction. In *British Columbia (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 S.C.R. 41, Iacobucci J. affirmed that

[t]he “mandatory” and “directory” labels themselves offer no magical assistance as one defines the nature of a statutory direction. Rather, the inquiry itself is blatantly result-oriented. . . . Thus, the manipulation of mandate and direction is, for the most part, the manipulation of an end and not a means. In this sense, to quote again from *Reference re Manitoba Language Rights*, [[1985] 1 S.C.R. 721], the principle is “vague and expedient” (p. 742). This means that the court which decides what is mandatory, and what is directory, brings no special tools to bear upon the decision. The decision is informed by the usual process of statutory interpretation. [p. 123]

[75] In any event, the mandatory/directory distinction does not arise in this case. This distinction is concerned with the consequences of *failing to comply* with a legislative direction. Here, we are not dealing with the consequences of the Commissioner’s failure to comply with s. 50(5) *PIPA*. Instead, we are concerned with interpreting the statute to determine when s. 50(5) *PIPA* requires the Commissioner to extend the period for completion of an inquiry. The issue was not “what is the consequence of non-compliance with the provision?”, but “did the adjudicator comply with the provision?”.

[76] Therefore, I do not agree with Marshall J. that the finding in *Kellogg Brown and Root Canada* that the requirements of s. 50(5) *PIPA* are mandatory is “entirely applicable here” (para. 12). Rather, I would adopt the adjudicator’s analysis in *Order P2008-005* in which she explains that *Kellogg*

subséquente, tandis que celle d’une prescription directive ne donne pas lieu à une telle invalidation (mais la personne visée par la prescription demeure tenue de s’y conformer . . . .

(*Practice and Procedure Before Administrative Tribunals* (feuilles mobiles), vol. 3, p. 22-126 à 22-126.1)

[74] Notre Cour a déjà mis en doute l’utilité de cette distinction. Dans *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 R.C.S. 41, le juge Iacobucci affirme :

Les étiquettes « impérative » et « directive » ne sont elles-mêmes d’aucun secours magique pour définir la nature d’une fonction prévue par la loi. L’examen lui-même est plutôt incontestablement axé sur le résultat. [. . .] Ainsi, l’application de la distinction entre ce qui est impératif et ce qui est directif est, la plupart du temps, fondée sur une question de fin et non de moyens. En ce sens, pour citer de nouveau le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [[1985] 1 R.C.S. 721], le principe est « vague » et « utilisé comme expédient » (p. 742). Cela signifie que le tribunal appelé à décider ce qui est impératif ou directif ne recourt à aucun outil spécial pour prendre sa décision. La décision repose sur le processus habituel d’interprétation législative. [p. 123]

[75] Quoi qu’il en soit, cette distinction ne joue pas en l’espèce, car elle s’intéresse aux conséquences du *non-respect* d’une prescription du législateur, alors que nous ne sommes pas aux prises en l’espèce avec les conséquences de l’omission du commissaire de se conformer au par. 50(5) de la *PIPA*. Il nous faut plutôt interpréter la loi pour déterminer à quel moment le délai peut être prorogé en application de ce paragraphe. La question n’est pas celle de savoir quelle est la conséquence du non-respect de la disposition, mais bien si la déléguée s’est conformée à la disposition.

[76] Je ne saurais donc convenir avec le juge Marshall que la conclusion, tirée dans *Kellogg Brown and Root Canada*, selon laquelle les exigences du par. 50(5) de la *PIPA* sont impératives est [TRADUCTION] « entièrement applicable en l’espèce » (par. 12). Je me range plutôt à l’avis de la



*Brown and Root Canada* has no application to a case such as this one where the Commissioner provides an extension after 90 days. The decision in that case was premised on the fact that *no time extension was ever issued* (at para. 27, citing para. 14 of *Kellogg Brown and Root Canada*). For that reason, the consequences of non-compliance with s. 50(5) *PIPA* arose in *Kellogg Brown and Root Canada*, but they do not arise here. As the matter is not before this Court, it is not necessary to comment on the conclusion in *Kellogg Brown and Root Canada* that s. 50(5) *PIPA* imposes a mandatory direction.

#### V. Conclusion

[77] I would allow the appeal with costs in this Court and in the Court of Appeal and reinstate the adjudicator's decision on the timelines issue. In accordance with the recommendation of the Commissioner, the matter is remitted to the chambers judge to consider the issues not previously dealt with and resolved in the judicial review.

The reasons of Binnie and Deschamps JJ. were delivered by

[78] BINNIE J. — My colleagues Rothstein J. and Cromwell J. have staked out compelling positions on both sides of the argument about the role, function and even the existence of “true questions of jurisdiction or *vires*”. While I agree with much that is said by both colleagues, I find myself occupying a middle ground which, given the importance of the issue, I believe is worth defending. I therefore append these brief reasons concurring in the result.

[79] I agree with Cromwell J. that the concept of jurisdiction is fundamental to judicial review of administrative tribunals and, more generally, to the rule of law. Administrative tribunals operate within a legal framework which is both dictated by s. 96 of the *Constitution Act, 1867*, and limited by their

déléguée dans l'ordonnance P2008-005, à savoir que *Kellogg Brown and Root Canada* ne s'applique pas lorsque, comme en l'espèce, le commissaire proroge le délai passé les 90 jours impartis. En effet, dans cette affaire, la décision tenait à ce qu'il n'y avait *jamais eu de prorogation* (par. 27, citant *Kellogg Brown and Root Canada*, par. 14). C'est pourquoi les conséquences découlant de l'inobservation du par. 50(5) de la *PIPA* jouent dans *Kellogg Brown and Root Canada*, mais pas en l'espèce. La question n'étant pas soulevée devant elle, notre Cour n'a pas à se prononcer sur la conclusion tirée dans *Kellogg Brown and Root Canada*, à savoir que le par. 50(5) constitue une prescription impérative.

#### V. Conclusion

[77] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens devant notre Cour et devant la Cour d'appel et de rétablir la décision de la déléguée concernant le délai. Conformément à la recommandation du commissaire, l'affaire est renvoyée au juge en cabinet pour qu'il statue sur les questions qui n'ont pas déjà été examinées et réglées lors du contrôle judiciaire.

Version française des motifs des juges Binnie et Deschamps rendus par

[78] LE JUGE BINNIE — Mes collègues les juges Rothstein et Cromwell font valoir des points de vue opposés, mais tous deux convaincants, sur le rôle, la fonction et l'existence même de la catégorie des « questions touchant véritablement à la compétence ». Je souscris en grande partie à ce qu'ils avancent, mais ma position est intermédiaire et, compte tenu de l'importance du sujet, il me paraît opportun d'exprimer mon opinion. Voici donc de brefs motifs concordants quant au résultat.

[79] Je conviens avec le juge Cromwell que la notion de compétence est fondamentale dans le contrôle judiciaire des décisions des tribunaux administratifs et, plus généralement, pour la primauté du droit. Les tribunaux administratifs exercent leurs fonctions dans le cadre juridique que

respective statutory mandates. The courts, not the tribunals, determine the outer limits of those mandates. Cromwell J. puts the point succinctly, at para. 98, when he writes that within the limits imposed by the Constitution,

[t]he fact that a provision is in the tribunal's own statute or statutes closely connected to its function with which it will have particular familiarity thus may well be an important indicator that the legislature intended to leave its interpretation to the tribunal. But there are legal questions in "home" statutes whose resolution the legislature did not intend to leave to the tribunal; indeed, it is hard to imagine where else the limits of a tribunal's delegated power are more likely to be set out.

[80] On the other hand, just because the notion of a "true question of jurisdiction or *vires*" works well at the conceptual level does not mean that it is helpful at the practical everyday level of deciding whether or not the courts are entitled to intervene in a particular administrative decision. On this point, Cromwell J. adopts, at para. 95, the deeply problematic statement by the *Dunsmuir* majority that jurisdiction should be understood in the "narrow sense of whether or not the tribunal had the authority to . . . decide a particular matter" (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 59). As Professor D. Mullan pointed out in "*Dunsmuir v. New Brunswick*, Standard of Review and Procedural Fairness for Public Servants: Let's Try Again!" (2008), 21 *C.J.A.L.P.* 117, at pp. 126-30, this formulation was not narrow but so broad as to risk bringing back from the dead the preliminary question jurisprudence from which Cromwell J. endeavours to dissociate himself, which reached its unfortunate zenith in *Metropolitan Life Insurance Co. v. International Union of Operating Engineers, Local 796*, [1970] S.C.R. 425, and *Bell v. Ontario Human Rights Commission*, [1971] S.C.R. 756.

[81] In response to this controversy about *vires* and jurisdiction, Rothstein J. lays down the sweeping

dicte l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et que délimitent leurs mandats légaux respectifs. Ce sont les cours de justice, et non les tribunaux administratifs, qui déterminent la portée de ces mandats. Le juge Cromwell le dit succinctement lorsqu'il écrit au par. 98 de ses motifs que dans les limites établies par la Constitution,

[l]a présence d'une disposition dans la loi constitutive du tribunal administratif ou une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie peut fort bien constituer un indice important de l'intention du législateur de laisser au tribunal administratif le soin de l'interpréter. Or, une loi constitutive renferme des dispositions qui soulèvent des questions de droit sur lesquelles le législateur n'a pas voulu que le tribunal administratif ait le dernier mot. Il est en effet difficile d'imaginer à quel autre endroit les limites du pouvoir délégué au tribunal administratif pourraient être prévues.

[80] Par contre, ce n'est pas parce que la notion de « question touchant véritablement à la compétence » se manie bien conceptuellement qu'elle se révèle utile au quotidien pour déterminer concrètement si une cour de justice est admise ou non à s'immiscer dans une décision administrative donnée. Au paragraphe 95 de ses motifs, le juge Cromwell reprend sur ce point l'affirmation foncièrement problématique des juges majoritaires dans *Dunsmuir* selon laquelle la compétence s'entend au « sens strict de la faculté du tribunal administratif de [. . .] trancher une question » (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 59). Comme le signale le professeur D. Mullan dans « *Dunsmuir v. New Brunswick*, Standard of Review and Procedural Fairness for Public Servants : Let's Try Again! » (2008), 21 *C.J.A.L.P.* 117, p. 126-130, cette formulation n'est pas stricte, mais si générale qu'elle risque de redonner vie à la doctrine de la condition préalable — dont le juge Cromwell s'efforce de se dissocier — qui a connu son regrettable apogée dans *Metropolitan Life Insurance Co. c. International Union of Operating Engineers, Local 796*, [1970] R.C.S. 425, et *Bell c. Ontario Human Rights Commission*, [1971] R.C.S. 756.

[81] Au vu de cette controverse suscitée par la notion de compétence, le juge Rothstein affirme

proposition that “it is sufficient in these reasons to say that, unless the situation is exceptional, and we have not seen such a situation since *Dunsmuir*, the interpretation by the tribunal of ‘its own statute or statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity’ should be presumed to be a question of statutory interpretation subject to deference on judicial review” (para. 34). Cromwell J. says, disapprovingly, that in the absence of further guidance, such a presumption is unlikely to be of “any assistance to reviewing courts” (para. 92). His solution, on the other hand, would be to return us to a “more thorough examination of legislative intent when a plausible argument is advanced that a tribunal must interpret a particular provision correctly” (para. 99). This “thorough examination” is to be based on a variation of the pragmatic and functional test associated with *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, as repositioned in *Dunsmuir*. I do not think, with respect, that generalities about “legislative intent” are any more likely to provide quick and straightforward “assistance to reviewing courts” than Rothstein J.’s offer of a presumption.

[82] It may be recalled that the willingness of the courts to defer to administrative tribunals on questions of the interpretation of their “home statutes” originated in the context of elaborate statutory schemes such as labour relations legislation. In such cases, the tribunal members were not only better versed in the practicalities of how the scheme could and did operate, but in many cases, the legislature tried to curb the enthusiasm of the courts to intervene by inserting explicit privative clauses. Over the years, acceptance of judicial deference grew even on questions of law (see, e.g., *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557), but never to the point of presuming, as Rothstein J. does, that whenever the tribunal is interpreting its “home statute” or statutes, it is entitled to deference. It is not enough, it seems to me, to say that the tribunal has selected one from a number of interpretations of a particular provision that the provisions can reasonably bear,

catégoriquement qu’« [il suffit en l’espèce] d’affirmer que, sauf situation exceptionnelle — et aucune ne s’est présentée depuis *Dunsmuir* —, il convient de présumer que l’interprétation par un tribunal administratif de “sa propre loi constitutive ou [d’]une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie” est une question d’interprétation législative commandant la déférence en cas de contrôle judiciaire » (par. 34). Exprimant son désaccord, le juge Cromwell fait valoir qu’« à défaut d’autres repères, cette présomption « n’aide en rien les cours siégeant en révision » (par. 92). Il propose cependant de revenir à « un examen approfondi de l’intention du législateur lorsqu’une partie avance la thèse plausible que le tribunal administratif doit interpréter correctement une disposition en particulier » (par. 99). Cet « examen approfondi » doit être fondé sur une variante de l’analyse pragmatique et fonctionnelle associée à l’arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, et reformulée dans *Dunsmuir*. Soit dit en tout respect, je ne crois pas que l’expression de généralités au sujet de l’« intention du législateur » « n’aide [davantage, de manière rapide et simple] les cours siégeant en révision » que la présomption préconisée par le juge Rothstein.

[82] Il convient de rappeler que la volonté des cours de justice de déférer aux décisions des tribunaux administratifs portant sur l’interprétation de leurs lois constitutives a vu le jour dans le contexte de régimes législatifs élaborés, telle la législation du travail. Non seulement les membres de ces tribunaux étaient alors plus familiarisés que les cours de justice avec l’application possible et concrète du régime, mais dans bien des cas, le législateur avait tenté de freiner l’ardeur interventionniste de ces dernières en prévoyant des clauses d’inattaquabilité (appelées traditionnellement « *clauses privatives* ») explicites. Au fil des ans, la reconnaissance de la déférence judiciaire s’est accrue, même sur des points de droit (voir, p. ex., *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557), mais jamais au point de présumer, comme le fait le juge Rothstein, que du moment que le tribunal administratif interprète sa ou ses lois constitutives, il a droit à la déférence, c’est-à-dire

no matter how fundamentally the tribunal's legal opinion affects the rights of the parties who appear before it. On issues of procedural fairness or natural justice, for example, the courts should not defer to a tribunal's view of the extent to which its "home statute" permits it to proceed in what the courts conclude is an unfair manner.

[83] The middle ground between Cromwell J. and Rothstein J., it seems to me, lies in the more nuanced approach recently adopted by the Court in *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471 ("CHRC"), where it was said that "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" (para. 24 (emphasis added)). Rothstein J. puts aside the limiting qualifications in this passage when he comes to formulating his presumption, which is triggered entirely by the location of the controversy in the "home statute".

[84] *CHRC* is also helpful in emphasizing the expression "issues of general legal importance" and downplaying (while citing) the *Dunsmuir* majority's more extravagant requirement of a question of law "of central importance to the legal system as a whole" (para. 60). While judicial self-citation is generally to be avoided, I feel encouraged by *CHRC* to resuscitate what I said on this point in my concurring reasons in *Dunsmuir*:

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. [para. 128]

qu'il lui suffit de retenir l'une des interprétations raisonnables possibles de la disposition en cause, peu importe l'incidence fondamentale de son choix sur les parties. En ce qui concerne l'équité procédurale et la justice naturelle, par exemple, une juridiction de révision ne devrait pas déférer à l'avis d'un tribunal administratif quant à la mesure dans laquelle sa loi constitutive lui permet d'agir d'une manière que les cours de justice tiennent pour inéquitable.

[83] La démarche nuancée de notre Cour dans le récent arrêt *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471 (« *CCDP* »), où elle dit que « 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 » (par. 24 (je souligne)), me paraît constituer un compromis entre les points de vue exprimés par les juges Cromwell et Rothstein. Le juge Rothstein fait abstraction des conditions qui figurent dans cet extrait lorsqu'il formule sa présomption, dont l'application dépend entièrement de l'emplacement de la disposition litigieuse dans la loi constitutive.

[84] L'arrêt *CCDP* se révèle également utile en ce qu'il met l'accent sur la notion de « question de droit générale » et minimise (même s'il la mentionne) celle, plus extravagante, de question de droit d'« une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble » retenue par les juges majoritaires dans *Dunsmuir* (par. 60). Il convient certes d'éviter de se citer soi-même, mais *CCDP* m'incite à rappeler ce que je dis sur le sujet dans mes motifs concordants dans *Dunsmuir* :

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 » distraie 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. [par. 128]

I would interpret the reference in *CHRC* to “issues of general legal importance” as being to issues whose resolution has significance outside the operation of the statutory scheme under consideration. After all, some administrative decision makers have considerable legal expertise and resources. Others have little or none.

[85] What then is involved in a “reasonableness” review of a tribunal’s interpretation of its home statute? The *Dunsmuir* majority said that “[t]ribunals have a margin of appreciation within the range of acceptable and rational solutions” (para. 47). It is clear that “the range of acceptable and rational solutions” is context specific and varies with the circumstances including the nature of the issue under review. In *CHRC*, the reviewing court was called on to judicially review a tribunal’s decision that its home statute gave it the statutory power to award costs. On appeal, the Court applied a “reasonableness” standard (referring at several points to the issue being within the “core function and expertise of the Tribunal”, e.g., at para. 25). The reasonableness analysis nevertheless followed the well-worn path of Driedger’s golden rule and *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27 (E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983)). In other words, the intensity of scrutiny was not far removed from a correctness analysis, in my respectful opinion, just as was the case in *Dunsmuir* itself.

[86] In matters of general policy or broad discretion, on the other hand, the courts also apply “reasonableness” but with a much less aggressive attitude. In *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, for example, the question was pure policy, namely whether Mr. Khosa had shown “sufficient humanitarian and compassionate considerations” to warrant, in the opinion of the immigration appeal board, discretionary relief from a removal order whose validity Mr. Khosa did not contest.

À mon avis, une « question de droit générale » au sens de *CCDP* s’entend d’une question dont le règlement n’importe pas seulement pour le régime législatif considéré. Après tout, certains décideurs administratifs sont dotés d’une expertise et de ressources juridiques considérables. D’autres en ont peu ou n’en ont pas.

[85] En quoi consiste alors le contrôle selon la norme de la « raisonnabilité » de l’interprétation de sa loi constitutive par le tribunal administratif? Dans *Dunsmuir*, les juges majoritaires disent qu’« [i]l est loisible au tribunal administratif d’opter pour l’une ou l’autre des différentes solutions rationnelles acceptables » (par. 47). Les « différentes solutions rationnelles acceptables » dépendent évidemment du contexte et varient en fonction des circonstances, dont la nature de la question visée par le contrôle. Dans *CCDP*, la juridiction de révision était appelée à contrôler la décision d’un tribunal administratif selon laquelle sa loi constitutive l’autorisait à adjuger des dépens. En appel, la Cour a appliqué la norme de la décision « raisonnable » (mentionnant à quelques reprises que la question relevait « essentiellement du mandat et de l’expertise du Tribunal », notamment au par. 25). Dans son analyse du caractère raisonnable, la Cour reprend néanmoins la démarche usitée fondée sur la règle d’or de Driedger et l’arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27 (E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983)). En d’autres mots, dans *CCDP*, le degré d’intensité de l’examen est, à mon humble avis, assez proche de celui propre à la norme de la décision correcte. C’est aussi le cas dans *Dunsmuir* d’ailleurs.

[86] Par contre, en matière de politique générale ou de pouvoir discrétionnaire étendu, les juridictions de révision appliquent aussi la norme de la décision « raisonnable », mais de manière beaucoup moins stricte. Dans *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, par exemple, la question relevait strictement de la politique, à savoir si M. Khosa avait fait la preuve de « motifs d’ordre humanitaire justifiant », de l’avis de la Commission d’appel de l’immigration, la mesure discrétionnaire consistant à lever la mesure de renvoi dont il ne contestait pas la validité.

[87] In this case, the reasons of both Rothstein J. and Cromwell J. show a much more intense level of scrutiny of the issue before the Information and Privacy Commissioner than was the case in *Khosa*, and for good reason. “Reasonableness” is a deceptively simple omnibus term which gives reviewing judges a broad discretion to choose from a variety of levels of scrutiny from the relatively intense to the not so intense (or, as the *Dunsmuir* majority put it, assessing the “degree of deference” (para. 62)). Predictability is important to litigants and those who try to advise them on whether or not to initiate proceedings. It remains to be seen in future cases how the discretion of reviewing judges will be supervised at the appellate level to achieve such predictability. The *Dunsmuir* majority noted that “reasonableness is concerned mostly with the existence of justification, transparency and intelligibility within the [administrative] decision-making process” (para. 47). Such values are no less important in the process of judicial review.

[88] All of this is challenging enough for the reviewing judge without superadding to the debate at the working level Cromwell J.’s search for the elusive “true” question of *vires* or jurisdiction. Accordingly, I support Rothstein J.’s effort to euthanize the issue (apart from legislative provisions which guarantee its survival, as in s. 18.1(4)(a) of the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7). I would nevertheless respectfully part company with Rothstein J. in his effort to dilute the significance of expertise and general legal importance as conditions precedent to any deference to an administrative tribunal on matters of law, including the interpretation of its “home statute”.

[89] The creation of a “presumption” based on insufficient criteria simply adds a further step to what should be a straightforward analysis. If the

[87] Dans la présente affaire, les motifs du juge Rothstein comme ceux du juge Cromwell appellent un examen de la décision du commissaire à l’information et à la protection de la vie privée beaucoup plus strict que dans *Khosa*. Il y a une bonne raison à cela. La « raisonabilité » est une notion générale d’apparence trompeusement simple qui confère à la juridiction de révision le pouvoir discrétionnaire de choisir entre divers degrés d’examen, allant de celui relativement intense à celui qui l’est moins (ou, pour reprendre les mots employés par les juges majoritaires dans *Dunsmuir*, déterminer le « degré de déférence » (par. 62)). La prévisibilité est importante pour les justiciables et ceux qui tentent de les conseiller quant à savoir s’il vaut la peine ou non de saisir les tribunaux. Reste à voir comment, dans les affaires ultérieures, les juridictions d’appel se prononceront sur l’exercice de ce pouvoir discrétionnaire par les juridictions de révision pour assurer une telle prévisibilité. Dans *Dunsmuir*, les juges majoritaires font observer que le « caractère raisonnable tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l’intelligibilité du processus décisionnel [administratif] » (par. 47). Ces considérations n’importent pas moins dans le contexte du contrôle judiciaire.

[88] Les juges saisis de demandes de contrôle judiciaire ont déjà suffisamment à faire sans qu’on leur demande en plus d’entreprendre la recherche du juge Cromwell visant l’insaisissable question touchant « véritablement » à la compétence. Par conséquent, je me range à l’avis du juge Rothstein quant à la nécessité d’en finir avec cette catégorie de questions (sauf lorsque des dispositions législatives assurent sa survie, comme l’al. 18.1(4)a) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7). Mais, en toute déférence, je suis en désaccord avec la volonté du juge Rothstein de diminuer l’importance de l’expertise et de la question de droit générale comme conditions préalables à la manifestation de déférence envers la décision d’un tribunal administratif sur une question de droit, y compris l’interprétation de sa loi constitutive.

[89] La création d’une « présomption » fondée sur des critères insuffisants ne fait qu’ajouter une étape à une analyse qui devrait être simple. Si la

issue before the reviewing court relates to the interpretation and application of a tribunal's "home statute" and related statutes that are also within the core function and expertise of the decision maker, and the issue does not raise matters of legal importance beyond administrative aspects of the statutory scheme under review, the Court should afford a measure of deference under the standard of reasonableness. Otherwise, in my respectful opinion, the last word on questions of law should be left with the courts.

The following are the reasons delivered by

CROMWELL J. —

#### I. Introduction

[90] I agree with the disposition of this appeal proposed by my colleague Rothstein J. and, for the most part, with his lucid and persuasive reasons. I respectfully do not agree, however, with some of my colleague's views set out, either expressly or by implication, in paras. 33-46.

[91] My colleague suggests that true questions of jurisdiction or *vires* arise so rarely when a tribunal is interpreting its home statute that it may be asked whether "the category of true questions of jurisdiction exists" and further that "the interpretation by the tribunal of 'its own statute or statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity' should be presumed to be a question of statutory interpretation subject to deference on judicial review" (para. 34). There is no indication of how, if at all, this *presumption* could be rebutted. I have two difficulties with this position.

[92] The first difficulty concerns elevating to a virtually irrefutable presumption the general guideline that a tribunal's interpretation of its "home" statute will not often raise a jurisdictional question.

décision visée par le contrôle judiciaire a trait à l'interprétation et à l'application de la loi constitutive du tribunal administratif ou d'une loi connexe qui relève elle aussi essentiellement du mandat et de l'expertise du décideur, et qu'elle ne soulève pas de questions de droit générales, au-delà des aspects administratifs du régime législatif en cause, la juridiction de révision devrait se montrer déférente en appliquant la norme de la décision raisonnable. Sinon, à mon humble avis, il appartient à la juridiction de révision de statuer en dernier ressort sur les questions de droit.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE CROMWELL —

#### I. Introduction

[90] Je suis d'accord sur la manière dont mon collègue le juge Rothstein statue dans le présent pourvoi et je souscris pour l'essentiel à ses motifs limpides et convaincants. Mais en toute déférence, je demeure en désaccord sur certains volets de son opinion exprimés expressément ou tacitement aux par. 33-46.

[91] Mon collègue laisse entendre qu'il arrive si rarement qu'un tribunal administratif appelé à interpréter sa loi constitutive soit saisi d'une question touchant véritablement à la compétence qu'il est permis de se demander si « la catégorie des véritables questions de compétence existe », et il ajoute qu'« il convient de présumer que l'interprétation par un tribunal administratif de "sa propre loi constitutive ou [d']une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie" est une question d'interprétation législative commandant la déférence en cas de contrôle judiciaire » (par. 34). Nulle précision n'est donnée quant à la manière dont cette *présomption* peut être réfutée, si toutefois elle peut l'être. Je vois là deux difficultés.

[92] La première tient à ce qu'on élève au rang de présomption pour ainsi dire irrefutable l'énoncé général voulant que l'interprétation par un tribunal administratif de sa loi constitutive soulève rarement

This goes well beyond saying that “[d]eference will usually result” with respect to such questions (as in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 54) or that “courts should usually defer when the tribunal is interpreting its own statute and will only exceptionally apply a correctness standard when interpretation of that statute raises a broad question of the tribunal’s authority” (as in *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678, at para. 34). In my view this is no “natural extension” of the approach set out by the majority of the Court in *Dunsmuir*, as is made plain by the fact that my colleague does not cite a word from the majority judgment which supports his position. Creating a presumption without providing guidance on how one could tell whether it has been rebutted does not, in my respectful view, provide any assistance to reviewing courts. The second difficulty concerns the suggestion that jurisdictional questions may not in fact exist at all. Respectfully, these propositions undermine the foundation of judicial review of administrative action.

[93] *Dunsmuir* was clear that at the heart of judicial review of administrative action is a balance between legality and legislative supremacy. On one hand, the principle of legality requires the courts to ensure that administrative tribunals and agencies exercise their delegated powers lawfully. This includes the requirement that “[a]dministrative bodies . . . be correct in their determinations of true questions of jurisdiction or *vires*”: *Dunsmuir*, at para. 59. In other words, there are some questions with respect to which the courts are obliged to substitute their understanding of the correct answer for the tribunal’s understanding of the correct answer. On the other hand, the principle of legislative supremacy means that, in carrying out their functions, courts must be respectful of legislative intent that these bodies should be largely undisturbed by the courts in exercising those powers (para. 27). While courts have the constitutional responsibility “to review administrative action and ensure that

une question de compétence. C’est aller beaucoup plus loin que ne le fait notre Cour lorsqu’elle affirme (dans *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 54) que « la déférence est habituellement de mise » à cet égard ou (dans *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678, par. 34) que « la déférence est habituellement de mise lorsque le tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive et [qu’]il convient d’appliquer la norme de la décision correcte uniquement dans des cas exceptionnels, c’est-à-dire lorsque l’interprétation de cette loi soulève la question générale de la compétence du tribunal ». À mon sens, le point de vue de mon collègue ne « découle [pas] naturellement » de l’analyse des juges majoritaires dans *Dunsmuir* et, d’ailleurs, le juge Rothstein ne cite aucun extrait des motifs majoritaires dans cet arrêt à l’appui de son opinion. Soit dit en tout respect, la création d’une présomption sans précision de la manière dont on peut déterminer si elle est réfutée ou non n’aide en rien les cours siégeant en révision. En deuxième lieu, je ne peux convenir que les questions de compétence pourraient en fait ne pas exister du tout. Avec tout le respect que je dois à mon collègue, ces propos minent l’assise du contrôle judiciaire des actes de l’Administration.

[93] Il ressort de l’arrêt *Dunsmuir* que l’équilibre entre la légalité et la suprématie législative est au cœur du contrôle judiciaire des actes de l’Administration. D’une part, le principe de légalité exige de la cour de justice qu’elle s’assure que le tribunal ou l’organisme administratif a exercé son pouvoir délégué conformément à la loi, notamment que l’« organisme administratif [a] statué] correctement sur une question touchant véritablement à la compétence » (*Dunsmuir*, par. 59). Autrement dit, la cour de justice est tenue, à l’égard de certaines questions, de substituer son opinion à celle du tribunal administratif quant à savoir ce qui constitue la réponse correcte. D’autre part, le principe de suprématie législative veut qu’en s’acquittant de ses fonctions, la cour de justice respecte la volonté du législateur en s’abstenant le plus souvent de s’immiscer alors dans le fonctionnement d’un tel organisme (par. 27). Une cour de justice a l’obligation constitutionnelle « de contrôler les



it does not exceed its jurisdiction”, they also must give effect to legislative supremacy by determining the applicable standard of judicial review by “establishing legislative intent” (paras. 29-31).

[94] I agree that the use of the terms “jurisdiction” and “*vires*” have often proved unhelpful to the standard of review analysis. This, however, should not distract us from the fundamental principles: as a matter of either constitutional law or legislative intent, a tribunal must be correct on certain issues in the sense that the courts and not the tribunal have the last word on what is “correct”. These core principles of judicial review of administrative action were laid down by the Court as recently as the 2008 decision in *Dunsmuir*. I therefore can neither agree with my colleague that the fact that a legislative provision is in a “home statute” has become a virtually unchallengeable proxy for legislative intent nor join him in speculating about whether jurisdictional review even exists. The standard of review analysis not only identifies the limits of the legality of the tribunal’s actions, but also defines the limits of the role of the reviewing court. The reviewing court cannot consider the “substantive merits” of a judicial review application or statutory appeal unless it identifies and applies the appropriate standard of review. That is what defines those “substantive merits”.

## II. Legislative Intent

[95] I begin with the significance of the terms “jurisdiction” and “*vires*”. I remain of the view that true questions of jurisdiction or *vires* exist. As I will explain later in these reasons, the jurisprudence affirms that they do. However, for the purposes of the standard of review analysis, I attach little weight to these terms. They add little to the analysis, and can cause problems. Undue emphasis on the concepts they embody bedevilled administrative law with preliminary jurisdictional questions that allowed for undue interference with

actes de l’Administration et de s’assurer que celle-ci n’outrepasse pas les limites de sa compétence », mais elle doit aussi tenir compte de la suprématie législative en déterminant la norme de contrôle applicable « en fonction de l’intention du législateur » (par. 29-31).

[94] Je conviens que l’emploi du mot « compétence » s’est souvent révélé inutile dans l’analyse relative à la norme de contrôle. Il ne faut cependant pas perdre de vue les principes fondamentaux : suivant le droit constitutionnel ou l’intention du législateur, la décision du tribunal administratif sur certaines questions doit être correcte, et ce sont les cours de justice qui décident en dernier ressort quelle est la décision « correcte ». Ces principes fondamentaux régissant le contrôle judiciaire des actes de l’Administration ont été énoncés dans l’arrêt *Dunsmuir* rendu par notre Cour tout juste en 2008. Je ne peux donc ni convenir avec mon collègue que la présence d’une disposition dans une loi constitutive est devenue l’expression presque incontestable de l’intention du législateur, ni m’interroger comme lui sur l’existence même du contrôle sur une question de compétence. L’analyse relative à la norme de contrôle non seulement délimite la légalité des actes du tribunal administratif, mais circonscrit la fonction de la cour de justice siégeant en révision. Cette dernière ne peut examiner les « prétentions sur le fond » qui forment l’assise d’une demande de contrôle judiciaire ou d’un appel prévu par la loi que si elle détermine et applique la bonne norme de contrôle. C’est ce qui définit ces « prétentions sur le fond ».

## II. L’intention du législateur

[95] Considérons d’abord l’utilité du mot « compétence ». Je demeure d’avis que les questions touchant véritablement à la compétence existent. Comme je l’explique ci-après, la jurisprudence confirme leur existence. Cependant, pour les besoins de l’analyse relative à la norme de contrôle, j’accorde peu d’importance à ce terme. Il n’ajoute rien à l’analyse et peut être source de problèmes. L’accent mis à tort sur la notion qui le sous-tend a embrouillé le droit administratif par le recours à des conditions préalables liées à la compétence

administrative decisions. This Court's jurisprudence has long eschewed an expansive approach to "jurisdiction" that animated early cases such as *Metropolitan Life Insurance Co. v. International Union of Operating Engineers, Local 796*, [1970] S.C.R. 425, and *Bell v. Ontario Human Rights Commission*, [1971] S.C.R. 756. As was wisely said in *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227, at p. 233, courts "should not be alert to brand as jurisdictional . . . that which may be doubtfully so". In *Dunsmuir*, the Court repeated this sentiment and noted that such questions will be "narrow" and that jurisdiction should be understood in the "narrow sense of whether or not the tribunal had the authority to make the inquiry . . . whether its statutory grant of power gives it the authority to decide a particular matter" (para. 59).

[96] The touchstone of judicial review is legislative intent: *Dunsmuir*, at para. 30. (I put aside situations in which there is clear legislative intent to prevent judicial review of jurisdiction as such preclusion is not permitted as a matter of constitutional law: see, e.g., *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220.) This focus means that whether a question falls into the category of "jurisdictional" is largely beside the point. What matters is whether the legislature intended that a particular question be left to the tribunal or to the courts.

[97] Where the existing jurisprudence has not already determined in a satisfactory manner the degree of deference to be accorded to an administrative decision maker operating in a particular statutory scheme, the courts are to apply a number of relevant factors to the case at hand, factors which include the presence or absence of a privative clause, the purpose of the tribunal as determined by interpretation of its enabling legislation, the nature of the question at issue and the expertise of

qui autorisaient une immixtion indue dans les décisions administratives. La jurisprudence de notre Cour écarte depuis longtemps l'interprétation large de la « compétence » qui caractérise d'anciennes décisions, telles *Metropolitan Life Insurance Co. v. International Union of Operating Engineers, Local 796*, [1970] R.C.S. 425, et *Bell c. Ontario Human Rights Commission*, [1971] R.C.S. 756. Comme le dit judicieusement notre Cour dans l'arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, il va de soi que les tribunaux « devraient éviter de qualifier trop rapidement un point de question de compétence [. . .] lorsqu'il existe un doute à cet égard » (p. 233). Dans *Dunsmuir*, notre Cour le rappelle, faisant observer que l'examen d'une telle question a une « portée étroite » et que la compétence doit s'entendre « au sens strict de la faculté du tribunal administratif de connaître de la question [de savoir] si les pouvoirs dont le législateur l'a investi l'autorisent à trancher une question » (par. 59).

[96] La pierre d'assise du contrôle judiciaire réside dans l'intention du législateur : *Dunsmuir*, par. 30. (Je fais abstraction du cas où le législateur a manifestement voulu empêcher le contrôle judiciaire d'une décision portant sur la compétence alors que le droit constitutionnel le lui interdit : voir, p. ex., *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220.) Vu l'importance de cet élément, la question de savoir si une question appartient ou non à la catégorie des « questions de compétence » n'a que peu de pertinence. Ce qui compte c'est de savoir si le législateur a voulu laisser au tribunal administratif ou aux cours de justice le soin de trancher une question précise.

[97] Lorsque la jurisprudence existante ne détermine pas déjà de façon satisfaisante le degré de déférence qui s'impose à l'endroit d'une mesure prise par un décideur administratif dans le cadre d'un régime législatif donné, la cour de justice applique un certain nombre de considérations à l'affaire dont elle est saisie, y compris l'existence ou l'inexistence d'une disposition d'inattaquabilité (traditionnellement appelée « clause privative »), la raison d'être du tribunal administratif

the tribunal. These are the concrete criteria, clearly established by the Court's jurisprudence, which are used to identify questions that are reviewable for correctness because the legislature intended the courts to have the last word on what constitutes a "correct" answer. These questions may be called "jurisdictional": see *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, at para. 28. However, labelling them as such does nothing to assist the analysis. I therefore agree with Rothstein J. to the extent that he considers that, as analytical tools, the labels of "jurisdiction" and "vires" need play no part in the courts' everyday work of reviewing administrative action.

[98] As the Court noted in *Dunsmuir*, "[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 (citations omitted)). The fact that a provision is in the tribunal's own statute or statutes closely connected to its function with which it will have particular familiarity thus may well be an important indicator that the legislature intended to leave its interpretation to the tribunal. But there are legal questions in "home" statutes whose resolution the legislature did not intend to leave to the tribunal; indeed, it is hard to imagine where else the limits of a tribunal's delegated power are more likely to be set out. The majority of the Court in *Dunsmuir* (at para. 59) identified an example of such a question by referring to *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City)*, 2004 SCC 19, [2004] 1 S.C.R. 485. Writing for the Court, Rothstein J. identified another in *Northrop Grumman Overseas Services Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2009 SCC 50, [2009] 3 S.C.R. 309, at para. 10, stating that "[t]he issue on this appeal is jurisdictional in that it goes to whether the [Canadian International Trade Tribunal] can hear a complaint initiated by a non-Canadian supplier". In reaching this conclusion, the Court noted that this standard of review had been determined *in a satisfactory manner* by the

suyant l'interprétation de sa loi constitutive, la nature de la question en cause et l'expertise du tribunal. Ce sont là les éléments concrets, clairement issus de la jurisprudence de notre Cour, qui permettent de déterminer qu'une décision est susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte du fait que le législateur a voulu que les cours de justice décident en dernier ressort quelle est la décision « correcte ». On peut dire d'une telle décision qu'elle porte sur une « question de compétence » : voir *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, par. 28. Or, cette qualification ne facilite en rien l'analyse. Je conviens donc avec le juge Rothstein que, sur le plan analytique, l'appellation « question de compétence » n'a aucun rôle à jouer au quotidien dans le contrôle judiciaire de l'action administrative.

[98] La Cour signale dans *Dunsmuir* 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 (références omises)). La présence d'une disposition dans la loi constitutive du tribunal administratif ou une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie peut fort bien constituer un indice important de l'intention du législateur de laisser au tribunal administratif le soin de l'interpréter. Or, une loi constitutive renferme des dispositions qui soulèvent des questions de droit sur lesquelles le législateur n'a pas voulu que le tribunal administratif ait le dernier mot. Il est en effet difficile d'imaginer à quel autre endroit les limites du pouvoir délégué au tribunal administratif pourraient être prévues. Dans *Dunsmuir* (au par. 59), les juges majoritaires de notre Cour renvoient à *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)*, 2004 CSC 19, [2004] 1 R.C.S. 485, pour donner un exemple d'affaire soulevant une telle question. Dans l'arrêt *Northrop Grumman Overseas Services Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CSC 50, [2009] 3 R.C.S. 309, le juge Rothstein relève un autre cas au nom de la Cour : « [e]n l'espèce, la Cour est saisie d'une question de compétence étant donné qu'il s'agit de décider si le [Tribunal canadien du commerce extérieur]

existing jurisprudence (para. 10). Recast to side-step the language of “jurisdiction” or “vires”, these two cases demonstrate that there are provisions in home statutes that tribunals must interpret correctly.

[99] The point is this. The proposition that provisions of a “home statute” are generally reviewable on a reasonableness standard does not trump a more thorough examination of legislative intent when a plausible argument is advanced that a tribunal must interpret a particular provision correctly. In other words, saying that such provisions in “home” statutes are “exceptional” is not an answer to a plausible argument that a particular provision falls outside the “presumption” of reasonableness review and into the “exceptional” category of correctness review. Nor does it assist in determining by what means the “presumption” may be rebutted.

[100] The respondent’s position in this case is that s. 50(5) of the *Personal Information Protection Act*, S.A. 2003, c. P-6.5, is a provision the Commissioner was obliged to interpret correctly. While the fact that this provision is in the Commissioner’s “home” statute suggests caution in accepting that characterization of the provision, this alone does not relieve the reviewing court of examining the provision and the other relevant factors to determine the legislature’s intent in relation to it.

[101] When this is done, my view is that the legislature did not intend to authorize judicial review for correctness of the Commissioner’s interpretation of s. 50(5). The power to extend time is granted in broad terms in the context of a detailed and highly specialized statutory scheme which it is the Commissioner’s duty to administer and under

peut entendre une plainte présentée [. . .] par un fournisseur non canadien » (par. 10). Pour arriver à sa conclusion, la Cour signale que la jurisprudence a déterminé *de façon satisfaisante* la norme de contrôle applicable (par. 10). Reformulés sans renvoi à la notion de « compétence », il appert de ces deux arrêts qu’une loi constitutive renferme des dispositions que le tribunal administratif doit interpréter correctement.

[99] Voici ce qui importe. L’idée que les dispositions d’une loi constitutive sont habituellement susceptibles de contrôle selon la norme de la décision raisonnable n’écarte pas un examen approfondi de l’intention du législateur lorsqu’une partie avance la thèse plausible que le tribunal administratif doit interpréter correctement une disposition en particulier. Autrement dit, l’affirmation voulant qu’une telle disposition d’une loi constitutive soit « exceptionnelle » ne peut être opposée à la thèse plausible qu’une disposition donnée échappe à la « présomption » d’assujettissement à la norme de la décision raisonnable et appartient à la catégorie des questions « exceptionnelles » qui commandent la décision correcte. Elle ne permet pas non plus de déterminer par quel moyen la « présomption » peut être réfutée.

[100] L’intimée soutient en l’espèce que le par. 50(5) de la *Personal Information Protection Act*, S.A. 2003, ch. P-6.5, est une disposition que le commissaire était tenu d’interpréter correctement. Même si sa présence dans la loi constitutive du commissaire appelle la prudence avant de conclure que l’interprétation de la disposition touche à la compétence, elle n’est pas suffisante pour soustraire la cour de justice siégeant en révision à son obligation d’examiner la disposition et toute autre considération permettant de cerner l’intention du législateur y afférente.

[101] À l’issue d’un tel examen, il appert selon moi que le législateur n’a pas voulu permettre le contrôle de l’interprétation du par. 50(5) par le commissaire selon la norme de la décision correcte. Le pouvoir de prorogation est conféré en termes généraux dans le contexte d’un régime législatif détaillé et très spécialisé qu’il incombe au

which he is required to exercise many broadly granted discretions. The respondent's contention that s. 50(5) is a provision whose interpretation is reviewable on a correctness standard should be rejected because, having regard to the nature of the statutory scheme, the nature of the Commissioner's broadly conferred duties to administer that highly specialized scheme, and the nature of the provision in issue, it was the legislature's intent to leave to the Commissioner the question of whether s. 50(5) allowed him to extend the time limit after the 90 days had expired. I therefore agree with my colleague's conclusion that the applicable standard of review is reasonableness.

### III. Jurisdictional Review

[102] I do not join my colleague in asking whether the category of true questions of jurisdiction exists. I have signalled above that the language of "jurisdiction" or "*vires*" might be unhelpful in the standard of review analysis. But I remain of the view that correctness review exists, both as a matter of constitutional law and statutory interpretation. This will be true, on occasion, with respect to a tribunal's interpretation of its "home" statute. As the Court affirmed in *Dunsmuir*, "judicial review is constitutionally guaranteed in Canada, particularly with regard to the definition and enforcement of jurisdictional limits" (para. 31).

[103] In the face of such a clear and recent statement by the Court, I am not ready to suggest, as my colleague does, at para. 34, that this constitutional guarantee may in fact be an empty shell. To be clear, this constitutional guarantee does not merely assure judicial review for reasonableness; it guarantees jurisdictional review on the correctness standard. *Dunsmuir* was clear and unequivocal on this point as the passage I have just cited demonstrates. I think it unfortunate that the Court should be seen to be engaging in casual questioning

commissaire d'administrer et en application duquel ce dernier est appelé à exercer de nombreux pouvoirs discrétionnaires accordés de manière générale. La prétention de l'intimée selon laquelle le par. 50(5) constitue une disposition dont l'interprétation est susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte doit être rejetée car, étant donné la nature du régime législatif, la nature des obligations du commissaire, formulées de manière générale, d'administrer ce régime très spécialisé et la nature de la disposition considérée, le législateur a voulu laisser au commissaire le soin de décider si le par. 50(5) l'autorise à proroger le délai après les 90 jours impartis. Je conviens donc avec mon collègue que la norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable.

### III. Contrôle de la compétence

[102] Contrairement à mon collègue, je ne m'interroge pas sur l'existence de la catégorie des questions touchant véritablement à la compétence. Je fais observer précédemment que dire d'une question qu'elle touche à la « compétence » peut se révéler inutile dans l'analyse relative à la norme de contrôle. Toutefois, je reste d'avis qu'il existe des questions soumises à la norme de la décision correcte sur le fondement tant du droit constitutionnel que de l'interprétation législative. Cela se confirmera à l'occasion lorsqu'un tribunal administratif interprétera sa loi constitutive. Comme l'affirme notre Cour dans *Dunsmuir*, « 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 » (par. 31).

[103] Au vu d'une telle prise de position claire et récente de notre Cour, je ne suis pas disposé à laisser entendre, comme le fait mon collègue au par. 34 de ses motifs, que cette protection constitutionnelle pourrait en fait être théorique. En clair, cette protection constitutionnelle n'assure pas simplement le contrôle judiciaire au regard de la norme de la décision raisonnable, elle garantit le contrôle judiciaire d'une décision sur la compétence au regard de la norme de la décision correcte. C'est ce qui ressort de manière non équivoque de l'extrait précité

of the ongoing authority of what it said so clearly and so recently. Parliament and the legislatures, as a matter of constitutional law, cannot oust judicial review for correctness of a tribunal's interpretation of jurisdiction limiting provisions. Of course, there is no suggestion that this principle is engaged in this case.

#### IV. Conclusion

[104] I agree with Rothstein J. that the appeal should be allowed with costs in this Court and in the Court of Appeal; that the adjudicator's decision on the timeliness issue should be reinstated; and that the matter should be remitted to the chambers judge to consider the issues not dealt with and resolved in the judicial review proceedings.

*Appeal allowed with costs.*

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

*Solicitors for the respondent: Field, Edmonton.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.*

*Solicitors for the intervener the Information and Privacy Commissioner of British Columbia: Heenan Blaikie, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the B.C. Freedom of Information and Privacy Association: Hunter Litigation Chambers Law Corporation, Vancouver.*

de *Dunsmuir*. Je trouve malheureux que la Cour paraisse laisser entendre à la légère que les propos si clairs qu'elle a tenus si récemment pourraient ne plus être valables. Les législateurs fédéral et provinciaux ne peuvent, sur le plan constitutionnel, soustraire au contrôle judiciaire selon la norme de la décision correcte l'interprétation par un tribunal administratif d'une disposition qui limite sa compétence. Mais je ne laisse évidemment pas entendre que ce principe soit en jeu en l'espèce.

#### IV. Conclusion

[104] À l'instar du juge Rothstein, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens devant notre Cour et la Cour d'appel, de rétablir la décision du commissaire concernant l'observation du délai et de renvoyer l'affaire au juge en cabinet pour qu'il statue sur les questions qui n'ont pas déjà été examinées et réglées lors du contrôle judiciaire.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

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

*Procureurs de l'intimée : Field, Edmonton.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.*

*Procureurs de l'intervenant Information and Privacy Commissioner of British Columbia : Heenan Blaikie, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante B.C. Freedom of Information and Privacy Association : Hunter Litigation Chambers Law Corporation, Vancouver.*