

**Canadian Human Rights Commission**  
*Appellant*

v.

**Attorney General of Canada** *Respondent*

and

**Attorney General of Quebec, Tania Zulkoskey, Income Security Advocacy Centre, Sudbury Community Legal Clinic, Chinese and Southeast Asian Legal Clinic, Community Legal Assistance Society, HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Canadian Muslim Lawyers Association, Council of Canadians with Disabilities, Women’s Legal Education and Action Fund, Native Women’s Association of Canada, Amnesty International, First Nations Child and Family Caring Society of Canada, Jeremy E. Matson, African Canadian Legal Clinic, Aboriginal Legal Services and Public Service Alliance of Canada** *Interveners*

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

**2018 SCC 31**

File No.: 37208.

2017: November 28; 2018: June 14.

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

**ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL**

*Administrative law — Judicial review — Standard of review — Canadian Human Rights Tribunal dismissing complaints alleging that provisions of Indian Act precluding registration of complainants’ children as “Indians” constituted discriminatory provision of services — Tribunal*

**Commission canadienne des droits de la personne** *Appelante*

c.

**Procureur général du Canada** *Intimé*

et

**Procureure générale du Québec, Tania Zulkoskey, Centre d’action pour la sécurité du revenu, Clinique juridique communautaire de Sudbury, Chinese and Southeast Asian Legal Clinic, Community Legal Assistance Society, HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Association canadienne des avocats musulmans, Conseil des Canadiens avec déficiences, Fonds d’action et d’éducation juridiques pour les femmes, Association des femmes autochtones du Canada, Amnistie internationale, Société de soutien à l’enfance et à la famille des Premières Nations du Canada, Jeremy E. Matson, Bureau d’Aide Juridique Afro-Canadien, Aboriginal Legal Services et Alliance de la fonction publique du Canada** *Intervenants*

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

**2018 CSC 31**

N° du greffe : 37208.

2017 : 28 novembre; 2018 : 14 juin.

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

**EN APPEL DE LA COUR D’APPEL FÉDÉRALE**

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Rejet par le Tribunal canadien des droits de la personne de plaintes selon lesquelles des dispositions de la Loi sur les Indiens empêchant les enfants des plaignants d’être inscrits à titre d’« Indiens » constituaient*

*finding that complaints involved direct challenge to s. 6 of Indian Act and that legislation not included in the meaning of “services” under s. 5 of Canadian Human Rights Act — Whether Tribunal’s decisions reviewable on standard of reasonableness or correctness.*

*Human rights — Discriminatory practices — Provision of services — Indians — Status eligibility — Registration — Human rights complaints alleging that provisions of Indian Act precluding registration of complainants’ children as “Indians” discriminated in provision of services customarily available to general public on grounds of race, national or ethnic origin, sex or family status — Whether complaints constituted direct attack on legislation or whether they concerned discrimination in provision of service — Meaning of “services” under s. 5 of Canadian Human Rights Act, R.S.C. 1985, c. H-6.*

This appeal concerns several complaints alleging that Indian and Northern Affairs Canada engaged in a discriminatory practice in the provision of services contrary to s. 5 of the *Canadian Human Rights Act* (“CHRA”) when it denied a form of registration under the *Indian Act* that the complainants would have been entitled to if past discriminatory policies, now repealed, had not been enacted.

In two separate decisions, the Canadian Human Rights Tribunal determined that the complaints were a direct attack on the *Indian Act*. As legislation was not a service under the CHRA, it dismissed the complaints. On judicial review, both the Federal Court and the Federal Court of Appeal found that the Tribunal decisions were reasonable and should be upheld.

*Held:* The appeal should be dismissed.

*Per* McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ.: Where an administrative body interprets its home statute, there is a well-established presumption that the reasonableness standard applies. The presumption may be rebutted and the correctness standard applied where one of the categories identified in *Dunsmuir* can be established or, exceptionally, where a contextual inquiry shows a clear legislative intent that

*un acte discriminatoire dans la prestation de services — Conclusion du Tribunal portant que les plaintes constituaient une attaque directe contre l’art. 6 de la Loi sur les Indiens et que les textes de loi ne sont pas compris dans le sens du terme « services » figurant à l’art. 5 de la Loi canadienne sur les droits de la personne — Les décisions du Tribunal sont-elles assujetties à la norme de la décision raisonnable ou à celle de la décision correcte?*

*Droits de la personne — Pratiques discriminatoires — Prestation de services — Indiens — Droit au statut d’« Indien » — Inscription — Plaintes relatives aux droits de la personne selon lesquelles les dispositions de la Loi sur les Indiens empêchant les enfants des plaignants d’être inscrits à titre d’« Indiens » constituaient un acte discriminatoire dans le cadre de la prestation de services destinés au public fondé sur la race, l’origine nationale ou ethnique, le sexe ou la situation de famille — Les plaintes constituaient-elles une attaque directe contre un texte de loi ou mettaient-elles en cause un acte discriminatoire dans la prestation d’un service? — Sens de « services » aux termes de l’art. 5 de la Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. 1985, c. H-6.*

Le présent pourvoi concerne plusieurs plaintes dans lesquelles il est allégué qu’Affaires indiennes et du Nord Canada a commis un acte discriminatoire dans le cadre de la prestation de services, en contravention de l’art. 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (« LCDP »), lorsqu’il a privé les plaignants d’une forme d’inscription à laquelle ceux-ci auraient eu droit sous le régime de la *Loi sur les Indiens*, si les politiques discriminatoires antérieures, maintenant abrogées, n’avaient pas été adoptées.

Dans deux décisions distinctes, le Tribunal canadien des droits de la personne a statué que les plaintes constituaient une attaque directe à la *Loi sur les Indiens*. Puisque la loi n’était pas un service aux termes de la LCDP, il a rejeté les plaintes. Saisies de demandes de contrôle judiciaire, la Cour fédérale et la Cour d’appel fédérale ont toutes deux conclu que les décisions rendues par le Tribunal étaient raisonnables et devaient être maintenues.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner et Gascon : Lorsqu’un tribunal administratif interprète sa loi constitutive, il existe une présomption bien établie selon laquelle la décision est assujettie à la norme de la décision raisonnable. Cette présomption peut être réfutée, et la norme de la décision correcte appliquée, lorsqu’il est possible d’établir que les questions en jeu relèvent des catégories énumérées dans

the correctness standard be applied. In applying the standard of review analysis, there is no principled difference between a human rights tribunal and any other decision maker interpreting its home statute.

In both of its decisions, the Tribunal was called upon to characterize the complaints before it and ascertain whether a discriminatory practice had been made out under the *CHRA*. This falls squarely within the presumption of deference. The Tribunal clearly had the authority to hear a complaint about a discriminatory practice, and the question of what falls within the meaning of “services” is no more exceptional than questions previously found by the Court not to be true questions of jurisdiction. To find that the Tribunal was faced with a true question of *vires* here would only risk disinterring the jurisdiction/preliminary question doctrine that was clearly put to rest in *Dunsmuir*. Plainly, the definition of a service under the *CHRA* is not a true question of *vires*.

The category of true questions of *vires* is confined to instances where the decision maker must determine whether it has the authority to enter into the inquiry before it. Since its inclusion as a category of correctness review in *Dunsmuir*, the concept of true questions of *vires* has been as elusive as it has been controversial. In applying *Dunsmuir*, the Court has been unable to identify a single instance where this category was found to be applicable. Since *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, the Court has reasserted the narrow and exceptional nature of this category. The difficult distinction between simple questions of jurisdiction (i.e., questions that determine the scope of one's authority) and true questions of *vires* (i.e., questions that determine whether one has authority to enter into the inquiry) has, however, tempted litigants and judges alike to return to a broad understanding of jurisdiction as justification for correctness review. The elusive search for true questions of *vires* may thus both threaten certainty for litigants and undermine legislative supremacy. While some have advocated for the conceptual necessity of correctness review for jurisdiction, reasonableness review is often more than sufficient to fulfil the courts' supervisory role with regard to the jurisdiction of the executive. Absent full submissions by the parties on

*Dunsmuir* ou, exceptionnellement, lorsqu'une analyse contextuelle révèle que le législateur avait clairement l'intention que la norme de la décision correcte s'applique. Lors de l'analyse relative à la norme de contrôle applicable, il n'existe aucune distinction de principe entre un tribunal des droits de la personne interprétant sa loi constitutive et tout autre décideur interprétant la sienne.

Dans ses deux décisions, le Tribunal a été appelé à qualifier les plaintes dont il était saisi et à vérifier si l'existence d'un acte discriminatoire au sens de la *LCDP* avait été établie. Cette démarche est clairement visée par la présomption de déférence. Il ne fait aucun doute que le Tribunal avait le pouvoir d'instruire une plainte portant sur un acte discriminatoire, et la question de savoir ce qu'inclut le terme « services » n'a rien de plus exceptionnel que les questions qui ont déjà été jugées par la Cour comme n'étant pas des questions touchant véritablement à la compétence. Conclure que le Tribunal devait trancher une question touchant véritablement à la compétence en l'espèce risquerait uniquement de tirer de l'oubli la théorie de la compétence ou de la condition préalable qui a clairement été mise au rancart dans *Dunsmuir*. En clair, définir ce qui constitue un service aux termes de la *LCDP* n'est pas une question touchant véritablement à la compétence.

La catégorie des questions touchant véritablement à la compétence se limite aux situations où le décideur est appelé à déterminer s'il a la faculté de connaître de la question. Depuis son inclusion, dans l'arrêt *Dunsmuir*, au sein des catégories de questions appelant la norme de la décision correcte, la notion de question touchant véritablement à la compétence s'est révélée aussi insaisissable que controversée. Toutes les fois où elle a été appliquée l'arrêt *Dunsmuir*, la Cour n'a jamais été en mesure de trouver un seul cas où cette catégorie aurait pu être jugée applicable. Depuis l'arrêt *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, la Cour a réaffirmé le caractère restrictif et la nature exceptionnelle de cette catégorie. Cependant, en raison de la distinction difficile à faire entre les simples questions de compétence (soit celles permettant de décider de l'étendue du pouvoir d'une personne) et les questions touchant véritablement à la compétence (soit celles permettant de décider si la personne a compétence pour procéder à l'instruction), les avocats tout comme les juges sont tentés de revenir à une interprétation large de la notion de compétence pour justifier l'application de la norme de la décision correcte. En conséquence, la recherche illusoire de questions touchant véritablement à la compétence peut mettre en péril la

this issue it will be for future litigants to establish whether or not this category remains necessary.

The category of questions of law that are both of central importance to the legal system as a whole and outside the decision maker's specialized area of expertise does not apply here. The Court has rejected a liberal application of this category. Regardless of the importance of the questions before the Tribunal, they were clearly within the Tribunal's expertise. The ability of other federal tribunals to apply the *CHRA* does not rob the Tribunal of its expertise in its home statute.

Finally, a contextual analysis would not rebut the presumption in this case either. Where the presumption of reasonableness applies, the contextual approach should be applied sparingly in order to avoid uncertainty and endless litigation concerning the standard of review analysis. Indeed, the presumption of reasonableness was intended to prevent litigants from undertaking a full standard of review analysis in every case. As such, the presumption of reasonableness review and the identified categories will generally be sufficient to determine the applicable standard. Where a contextual analysis may be justified to rebut the presumption it need not be a long and detailed one. Changes to "foundational legal tests" are not clear indicators of legislative intent, and do not warrant the application of the contextual approach or, by extension, correctness review. Nor do the absence of a privative clause, the fact that other administrative tribunals may consider the *CHRA*, the potential for conflicting lines of authority, or the nature of the question at issue and the purpose of the Tribunal.

The presumption of deference is not rebutted and the reasonableness standard applies to the review of the Tribunal's decisions. In its application, reasonableness review recognizes the legitimacy of multiple possible

certitude dont ont besoin les parties et miner la suprématie législative. Bien que certains aient préconisé la nécessité conceptuelle d'un examen de la compétence en fonction de la norme de la décision correcte, l'application de la norme de la raisonabilité permet bien souvent aux tribunaux de remplir aisément leur fonction de surveillance à l'égard de la compétence de l'exécutif. Comme les parties n'ont pas présenté d'observations complètes sur cette question, ce sera aux éventuelles parties à un litige d'établir si cette catégorie est toujours nécessaire.

La catégorie des questions de droit qui, à la fois, présentent une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble, et sont étrangères au domaine d'expertise du décideur ne s'applique pas en l'espèce. La Cour a rejeté une application libérale de cette catégorie. Indépendamment de l'importance des questions soumises au Tribunal, celles-ci relevaient clairement de son expertise. Le fait que d'autres tribunaux fédéraux soient habilités à appliquer la *LCDP* ne dépouille nullement le Tribunal de son expertise relativement à sa loi constitutive.

Enfin, une analyse contextuelle ne réfuterait pas non plus la présomption en l'espèce. Lorsque la présomption d'application de la norme de la raisonabilité joue, l'approche contextuelle devrait être appliquée avec parcimonie afin d'éviter l'incertitude et d'interminables litiges au sujet de l'analyse relative à la norme de contrôle applicable. D'ailleurs, la présomption d'application de la norme de la décision raisonnable se voulait un moyen d'éviter aux parties d'avoir systématiquement à passer par une analyse exhaustive de la norme de contrôle applicable. Ainsi, la présomption d'application de la norme de la décision raisonnable et les catégories déjà énumérées suffiront généralement pour déterminer la norme de contrôle applicable. Dans les cas où il serait justifié de recourir à une analyse contextuelle pour repousser la présomption, celle-ci n'a pas à être longue et détaillée. Les modifications apportées aux « critères juridiques fondamentaux » ne sont pas des indications claires de l'intention du législateur, et ne justifient pas l'application de l'analyse contextuelle, ou, par extension, de la norme de la décision correcte, pas plus que l'absence de clause privative, le fait que d'autres tribunaux administratifs peuvent trancher des questions relatives à la *LCDP*, la possibilité que des courants jurisprudentiels divergents existent ou la nature de la question en litige et l'objet du Tribunal.

La présomption de déférence n'est pas réfutée, et la norme de la décision raisonnable s'applique au contrôle des décisions du Tribunal. Lorsqu'elle est appliquée, la norme de la raisonabilité reconnaît qu'il peut légitimement y

outcomes, even where they are not the court's preferred solution. In reasonableness review, the reviewing court is concerned mostly with the existence of justification, transparency and intelligibility within the decision-making process and with determining whether the outcome falls within a range of possible, acceptable outcomes that are defensible in respect of the facts and law. When applied to a statutory interpretation exercise, reasonableness review recognizes that the delegated decision maker is better situated to understand the policy concerns and context needed to resolve any ambiguities in the statute. Reviewing courts must also refrain from reweighing and reassessing the evidence considered by the decision maker.

Both of the Tribunal's decisions were reasonable and should be upheld. The Tribunal provided careful and well-considered reasons explaining why the complaints had not established a discriminatory practice under the *CHRA*. In coming to their conclusion, the adjudicators considered the complainants' evidence and submissions, the governing jurisprudence, the purpose, nature and scheme of the *CHRA*, and relevant policy considerations. The decisions meet the *Dunsmuir* standard of intelligibility, transparency and justifiability, and fall within the range of reasonable outcomes. Specifically, the adjudicators reasonably concluded that the complaints before them were properly characterized as direct attacks on legislation, and that legislation in general did not fall within the meaning of "services". Although human rights tribunals have taken various approaches to making a distinction between administrative services and legislation, this is a question of mixed fact and law squarely within their expertise, and they are best situated to develop an approach to making such distinctions.

*Per* Côté and Rowe JJ.: Reasonableness is the presumptive standard for the review of questions that involve the tribunal's interpretation and application of its home statute. There are, however, two situations where the presumption will not apply. First, the jurisprudence recognizes four categories of questions that will necessarily attract review on a standard of correctness: constitutional questions, questions of law that are both of central importance to the legal system and that are outside of the

avoir de multiples issues possibles, même lorsque celles-ci ne correspondent pas à la solution optimale que la cour de révision aurait elle-même retenue. Lorsqu'une cour de révision examine une décision selon la norme de la décision raisonnable, elle doit principalement s'intéresser à la justification de la décision, à la transparence et à l'intelligibilité du processus décisionnel, de même qu'à l'appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit. Lorsqu'elle est appliquée à l'interprétation législative, la norme de la décision raisonnable reconnaît que le décideur, titulaire de pouvoirs délégués, est le mieux placé pour comprendre les considérations de politique générale et le contexte qu'il faut connaître pour résoudre toute ambiguïté dans le texte de loi. Les cours de révision doivent par ailleurs éviter de soupeser et d'apprécier à nouveau la preuve prise en compte par le décideur.

Les deux décisions du Tribunal sont raisonnables, et elles devraient être maintenues. Le Tribunal a fourni des motifs soigneusement rédigés et mûrement réfléchis où il a expliqué les raisons pour lesquelles les plaignants n'avaient pas réussi à établir l'existence d'un acte discriminatoire au sens de la *LCDP*. Pour parvenir à cette conclusion, les membres décideurs ont étudié les éléments de preuve et les observations des plaignants, la jurisprudence applicable, l'objet, la nature et l'économie de la *LCDP* et enfin, les considérations de politique générale pertinentes. Les décisions en cause respectent les critères de justification, de transparence et d'intelligibilité définis dans *Dunsmuir*, et elles appartiennent aux issues possibles raisonnables. Plus précisément, les membres décideurs ont raisonnablement conclu que les plaintes portées devant eux pouvaient être qualifiées à bon droit d'attaques directes contre un texte de loi, et que les textes de loi en général ne constituaient pas des « services ». Même si les tribunaux des droits de la personne ont adopté diverses approches pour faire une distinction entre les services administratifs et la législation, il s'agit d'une question mixte de fait et de droit qui relève directement de leur champ d'expertise, et ils sont les mieux placés pour élaborer une approche permettant d'établir les distinctions de cette nature.

*Les juges* Côté et Rowe : Il convient de présumer que la norme de la décision raisonnable s'applique aux décisions qui impliquent l'interprétation et l'application par le tribunal de sa loi constitutive. Il existe toutefois deux situations où cette présomption ne s'appliquera pas. Premièrement, la jurisprudence reconnaît quatre catégories de questions qui devront nécessairement être examinées selon la norme de la décision correcte : les questions constitutionnelles, les questions de droit qui

tribunal's specialized area of expertise, questions that involve the drawing of jurisdictional lines between two or more competing specialized tribunals and true questions of jurisdiction. Second, the presumption of reasonableness will be rebutted if the contextual factors listed in *Dunsmuir* point towards correctness as the appropriate standard. This contextual approach does not play merely a subordinate role in the standard of review analysis. Resort to this approach is not exceptional and the framework set out in *Dunsmuir* is manifestly contextual in nature.

While any uncertainty surrounding the jurisdictional question category ought to be resolved another day, the Court has recognized that the concept of jurisdiction continues to play a crucial role in administrative law and has made clear that administrative decision makers must be correct in their determinations as to the scope of their delegated authority. This is because jurisdictional questions are fundamentally tied to both the maintenance of legislative supremacy, which requires that a given statutory body operate within the sphere in which the legislature intended that it operate, as well as the rule of law, which requires that all exercises of delegated authority find their source in law.

Since the interpretation of s. 5 of the *Canadian Human Rights Act* is at issue in this case, it is agreed that reasonableness presumptively applies. However, and without deciding on whether the nature of the question at issue falls within a category of correctness, the relevant contextual factors listed in *Dunsmuir* lead to the conclusion that the presumption of reasonableness has been rebutted in this case, such that the appropriate standard of review is correctness. Firstly, Parliament opted not to shield the Tribunal's decisions from exacting review behind a privative clause. Secondly, provisions within a given human rights statute must be interpreted consistently across courts and tribunals tasked with its application. Applying a non-deferential correctness standard allows the courts to provide meaningful guidance as to the scope of these fundamentally important human rights protections, and ensure respect for the rule of law in such cases. Finally, the Tribunal's decision responds to a question of law with a constitutional dimension: Who gets to decide what types of challenges can be brought against legislative action? Because this question necessarily implicates the rule of law and the constitutional duty of superior courts to uphold this fundamental

revêtent une importance capitale pour le système juridique et qui sont étrangères au domaine d'expertise du tribunal, les questions impliquant la délimitation des compétences respectives de tribunaux spécialisés concurrents, ainsi que les questions touchant véritablement à la juridiction. Deuxièmement, la présomption d'application de la norme de la décision raisonnable sera réfutée si les facteurs contextuels énumérés dans l'arrêt *Dunsmuir* tendent plutôt vers la norme de la décision correcte. Cette approche contextuelle ne joue pas qu'un rôle subordonné dans l'analyse relative à la norme de contrôle. Le recours à une telle analyse n'a rien d'exceptionnel et le cadre d'analyse établi dans *Dunsmuir* est manifestement de nature contextuelle.

Bien que toute incertitude qui entoure la catégorie de questions touchant la juridiction devra être réglée à une autre occasion, la Cour a reconnu que la notion de juridiction a joué, et joue encore, un rôle essentiel en droit administratif et a clairement indiqué que les décideurs administratifs doivent déterminer correctement la portée du pouvoir qui leur a été délégué. Il en est ainsi parce que les questions de juridiction sont fondamentalement liées tant au maintien de la suprématie législative — qui exige qu'un organisme statutaire donné agisse dans les limites que le législateur a prévues — qu'au respect de la primauté du droit — qui veut que tout exercice de l'autorité déléguée procède de la loi.

Puisque l'interprétation de l'art. 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* est en cause dans la présente affaire, il est convenu que l'application de la norme de la décision raisonnable doit être présumée. Cependant, et sans décider si cette question appartient à l'une ou l'autre des catégories qui appellent l'application de la norme de la décision correcte, les facteurs contextuels pertinents énumérés dans *Dunsmuir* mènent à la conclusion que la présomption d'application de la norme de la décision raisonnable a été réfutée en l'espèce, et que la norme qu'il convient d'appliquer est donc celle de la décision correcte. D'abord, le législateur a décidé de ne pas soustraire les décisions du Tribunal à un contrôle rigoureux au moyen d'une clause privative. Ensuite, les tribunaux judiciaires et administratifs chargés de l'application d'une loi donnée sur les droits de la personne doivent interpréter uniformément ses dispositions. L'application de la norme de la décision correcte, qui commande peu de déférence, permet aux cours de fournir des directives utiles quant à la portée de ces protections fondamentalement importantes en matière de droits de la personne et d'assurer le respect de la primauté du droit en pareils cas. Finalement, la décision du Tribunal répond à une question de droit qui comporte

principle, no deference is owed to the Tribunal's decision in these circumstances.

There is no dispute that the presumption of deference is not rebutted, solely by either the omission of a privative clause or by the potential for conflicting lines of authority. But while neither factor may independently call for correctness, they are each indicia that point toward correctness as the appropriate standard.

The wording of s. 5 of the *Canadian Human Rights Act* focuses on the provision of services and the language suggests that it is geared towards discrimination perpetrated by service providers. The complainants sought to challenge the registration provisions of the *Indian Act* as making discriminatory distinctions on the basis of race, national or ethnic origin, sex and family status. They did not challenge the actions of the Registrar in processing their applications. Therefore, at their core, these complaints are about Parliament's decision not to extend "Indian" status to persons in similar circumstances. This was properly characterized by the Tribunal as a bare challenge to legislation. Parliament is not a service provider and was not providing a service when it enacted the registration provisions of the *Indian Act*. Parliament can be distinguished from the administrative decision makers that operate under legislative authority. These individuals and statutory bodies, which include the Registrar, may be service providers, and if they use their statutory discretion in a manner that effectively denies access to a service or makes an adverse differentiation on the basis of a prohibited ground, s. 5 will be engaged. But, when they are engaged simply in applying valid legislation, the challenge is not to the provision of services, but to the legislation itself. The Tribunal was correct in dismissing the complaints for want of an underlying discriminatory practice.

*Per Brown J.*: It is agreed that the Tribunal's answers to the questions before it were both reasonable and correct. However, the majority's discussion regarding true questions of jurisdiction omits a central point that, while not determinative, is an important consideration which

une dimension constitutionnelle : qui peut décider du type de contestations pouvant être présentées à l'encontre d'une mesure législative? Puisque cette question fait nécessairement intervenir la primauté du droit et l'obligation constitutionnelle des cours supérieures d'assurer le respect de ce principe fondamental, il n'y a pas lieu de faire preuve de déférence à l'égard de la décision du Tribunal dans ces circonstances.

Nul ne conteste que la présomption de déférence n'est pas réfutée seulement par l'absence d'une clause privative ou par l'éventualité de courants jurisprudentiels contradictoires. Bien qu'aucun de ces facteurs ne puisse à lui seul commander l'application de la norme de la décision correcte, ce sont tous des indices qui militent en faveur de la norme de la décision correcte.

Le libellé de l'art. 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* met l'accent sur la prestation de services et donne à penser qu'il est axé sur la discrimination exercée par un fournisseur de services. Les plaignants cherchaient à contester les dispositions en matière d'inscription de la *Loi sur les Indiens* au motif qu'elles créaient des distinctions illicites du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur sexe et de leur situation de famille. Ils n'ont pas contesté les actes du Registraire dans le cadre du traitement de leurs demandes. En conséquence, ces plaintes portent pour l'essentiel sur la décision du Parlement de rendre inaccessible le statut d'« Indien » aux personnes dans des circonstances semblables. Le Tribunal a correctement qualifié ces plaintes de simple contestation d'une loi. Le législateur n'est pas un fournisseur de services, et il ne fournissait pas un service lorsqu'il a adopté les dispositions en matière d'inscription de la *Loi sur les Indiens*. Le Parlement se distingue des décideurs administratifs qui exercent leurs fonctions conformément à une autorisation statutaire. Ces derniers et les organismes statutaires, dont le Registraire, pourraient être considérés comme des fournisseurs de services, et s'ils utilisent leur pouvoir discrétionnaire conféré par la loi d'une manière qui prive un individu de ces services ou qui le défavorise sur le fondement d'un motif de distinction illicite, l'art. 5 s'applique. Toutefois, lorsque leur travail consiste simplement à appliquer des lois valides, la contestation ne vise pas la prestation de services, mais la loi elle-même. C'est à bon droit que le Tribunal a rejeté les plaintes au motif qu'il n'y avait aucun acte discriminatoire sous-jacent.

*Le juge Brown* : Il est convenu que les réponses du Tribunal aux questions qui lui ont été soumises étaient raisonnables et correctes. Cependant, dans leur analyse des questions touchant véritablement à la compétence, les juges majoritaires passent sous silence un point central

militates against its suggestion that this category of correctness review might be “euthanized”. In *Dunsmuir*, this Court wrote that “the rule of law is affirmed by assuring that the courts have the final say on the jurisdictional limits of a tribunal’s authority”. This presupposes not only that the treatment of such questions is a matter of first importance, but that such questions continue to exist. Deciding whether and how any “euthanizing” the category of true questions of jurisdiction is to proceed will require a measure of circumspection. Abolition of that category will necessitate a concomitant shift towards a more flexible, rather than a strictly binary standard of review framework. There is also concern with the extremely narrow scope for contextual analysis that the majority states, and which would significantly impede that necessary flexibility. Statements suggesting that contextual review should be applied sparingly or that it plays a subordinate role are not easily reconciled with the majority’s acknowledgement that reviewing courts ought to examine factors that show a clear legislative intent justifying the rebuttal of the presumption. If one is considering factors which show legislative intent, one is undertaking a contextual analysis.

## Cases Cited

By Gascon J.

**Applied:** *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; **considered:** *Public Service Alliance of Canada v. Canada Revenue Agency*, 2012 FCA 7, 428 N.R. 240; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers’ Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; **referred to:** *Canada (Attorney General) v. Larkman*, 2012 FCA 204, [2012] 4 C.N.L.R. 87; *Matson v. Canada (Indian and Northern Affairs)*, 2013 CHRT 13; *Andrews v. Canada (Indian and Northern Affairs)*, 2013 CHRT 21; *Canada (Attorney General) v. Watkin*, 2008 FCA 170, 378 N.R. 268; *P.S.A.C. v. Canada (Revenue Agency)*, 2010 CHRT 9, [2011] 1 C.T.C. 215; *Canada (Attorney General) v. Druken*, [1989] 2 F.C. 24; *Insurance Corp. of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145; *Winnipeg School Division No. 1 v. Craton*, [1985] 2 S.C.R. 150; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Communauté*

qui, sans être déterminant, semble être une considération importante militant contre leur proposition d’« en finir avec » cette catégorie de questions assujetties à un contrôle selon la norme de la décision correcte. Dans *Dunsmuir*, la Cour a écrit que « la primauté du droit est consacrée par le pouvoir d’une cour de justice de statuer en dernier ressort sur l’étendue de la compétence d’un tribunal administratif ». Cela suppose non seulement que l’examen de ces questions est de la plus haute importance, mais également que ces questions existent toujours. Il faut donc faire preuve de circonspection pour décider de l’opportunité et, le cas échéant, de la manière d’« en finir avec » la catégorie des questions touchant véritablement à la compétence. L’abolition de cette catégorie devra s’accompagner d’une transition concomitante à un cadre plus souple relatif à la norme de contrôle, plutôt qu’à un cadre strictement binaire. Il existe aussi des préoccupations quant à la portée extrêmement restreinte attribuée par les juges majoritaires à l’analyse contextuelle, portée qui nuira considérablement à la souplesse nécessaire. Il n’est pas facile de concilier les affirmations donnant à penser qu’il faut procéder à un examen contextuel avec parcimonie ou que cet examen joue un rôle subordonné et la reconnaissance par les juges majoritaires du fait que les cours de révision devraient examiner les facteurs qui révèlent une intention claire du législateur justifiant la réfutation de la présomption. Si l’on tient compte des facteurs qui révèlent l’intention du législateur, on procède dans les faits à une analyse contextuelle.

## Jurisprudence

Citée par le juge Gascon

**Arrêt appliqué :** *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; **arrêts examinés :** *Alliance de la fonction publique du Canada c. Canada (Agence du revenu)*, 2012 CAF 7; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers’ Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; **arrêts mentionnés :** *Canada (Procureur général) c. Larkman*, 2012 CAF 204; *Matson c. Canada (Affaires indiennes et du Nord)*, 2013 TCDP 13; *Andrews c. Canada (Affaires indiennes et du Nord)*, 2013 TCDP 21; *Canada (Procureur général) c. Watkin*, 2008 CAF 170, 378 N.R. 268; *Alliance de la fonction publique du Canada c. Canada (Agence du revenu)*, 2010 TCDP 9; *Canada (Procureur général) c. Druken*, [1989] 2 C.F. 24; *Insurance Corp. of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145; *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Québec*

*urbaine de Montréal*, 2004 SCC 30, [2004] 1 S.C.R. 789; *Tranchemontagne v. Ontario (Director, Disability Support Program)*, 2006 SCC 14, [2006] 1 S.C.R. 513; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Wilson v. Atomic Energy of Canada Ltd.*, 2016 SCC 29, [2016] 1 S.C.R. 770; *Edmonton (City) v. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 SCC 47, [2016] 2 S.C.R. 293; *Quebec (Attorney General) v. Guérin*, 2017 SCC 42, [2017] 2 S.C.R. 3; *Delta Air Lines Inc. v. Lukács*, 2018 SCC 2, [2018] 1 S.C.R. 6; *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3; *Tervita Corp. v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2015 SCC 3, [2015] 1 S.C.R. 161; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467; *Stewart v. Elk Valley Coal Corp.*, 2017 SCC 30, [2017] 1 S.C.R. 591; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Halifax (Regional Municipality) v. Nova Scotia (Human Rights Commission)*, 2012 SCC 10, [2012] 1 S.C.R. 364; *Canadian Broadcasting Corp. v. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 SCC 57, [2015] 3 S.C.R. 615; *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160; *City of Arlington, Texas v. Federal Communications Commission*, 133 S. Ct. 1863 (2013); *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Utilities Commission)*, 2015 SCC 45, [2015] 3 S.C.R. 219; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General)*, 2014 SCC 40, [2014] 2 S.C.R. 135; *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. University of Calgary*, 2016 SCC 53, [2016] 2 S.C.R. 555; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616; *Kanhasamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 61, [2015] 3 S.C.R. 909; *Commission scolaire de Laval v. Syndicat de l'enseignement de la région de Laval*, 2016 SCC 8, [2016] 1 S.C.R. 29; *Barreau du Québec v. Quebec (Attorney General)*, 2017 SCC 56, [2017] 2 S.C.R. 488; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Domtar Inc. v. Quebec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 S.C.R. 756; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708; *Beattie v. Canada (Aboriginal*

*Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*, 2004 CSC 30, [2004] 1 R.C.S. 789; *Tranchemontagne c. Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées)*, 2006 CSC 14, [2006] 1 R.C.S. 513; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Wilson c. Énergie Atomique du Canada Ltée*, 2016 CSC 29, [2016] 1 R.C.S. 770; *Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 CSC 47, [2016] 2 R.C.S. 293; *Québec (Procureure générale) c. Guérin*, 2017 CSC 42, [2017] 2 R.C.S. 3; *Delta Air Lines Inc. c. Lukács*, 2018 CSC 2, [2018] 1 R.C.S. 6; *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3; *Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, 2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467; *Stewart c. Elk Valley Coal Corp.*, 2017 CSC 30, [2017] 1 R.C.S. 591; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Halifax (Regional Municipality) c. Nouvelle-Écosse (Human Rights Commission)*, 2012 CSC 10, [2012] 1 R.C.S. 364; *Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 CSC 57, [2015] 3 R.C.S. 615; *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160; *City of Arlington, Texas c. Federal Communications Commission*, 133 S. Ct. 1863 (2013); *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Utilities Commission)*, 2015 CSC 45, [2015] 3 R.C.S. 219; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2014 CSC 40, [2014] 2 R.C.S. 135; *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. University of Calgary*, 2016 CSC 53, [2016] 2 R.C.S. 555; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616; *Kanhasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 61, [2015] 3 R.C.S. 909; *Commission scolaire de Laval c. Syndicat de l'enseignement de la région de Laval*, 2016 CSC 8, [2016] 1 R.C.S. 29; *Barreau du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2017 CSC 56, [2017] 2 R.C.S. 488; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Domtar Inc.*

*Affairs and Northern Development*), 2014 CHRT 1; *Canada (Attorney General) v. Davis*, 2013 FC 40, 425 F.T.R. 200; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2012 FC 445, [2013] 4 F.C.R. 545; *Gould v. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 S.C.R. 571; *Descheneaux v. Canada (Attorney General)*, 2015 QCCS 3555, [2016] 2 C.N.L.R. 175; *McIvor v. Canada (Indian and Northern Affairs, Registrar)*, 2009 BCCA 153, 306 D.L.R. (4th) 193.

By Côté and Rowe JJ.

**Applied:** *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; **referred to:** *Andrews v. Canada (Indian and Northern Affairs)*, 2013 CHRT 21; *Matson v. Canada (Indian and Northern Affairs)*, 2013 CHRT 13; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471; *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220; *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City)*, 2004 SCC 19, [2004] 1 S.C.R. 485; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616; *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283; *Barreau du Québec v. Québec (Attorney General)*, 2017 SCC 56, [2017] 2 S.C.R. 488; *Canada (Attorney General) v. Watkin*, 2008 FCA 170, 378 N.R. 268; *Canada (Attorney General) v. Johnstone*, 2014 FCA 110, [2015] 2 F.C.R. 595; *Canadian National Railway v. Seeley*, 2014 FCA 111, 458 N.R. 349; *University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353; *Gould v. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 S.C.R. 571; *New Brunswick (Human Rights Commission) v. Potash Corporation of Saskatchewan Inc.*, 2008 SCC 45, [2008] 2 S.C.R. 604; *Tranchemontagne v. Ontario (Director, Disability Support Program)*, 2006 SCC 14, [2006] 1 S.C.R. 513; *Canada Employment Insurance Commission v. M. W.*, 2014 SSTAD 371; *Garneau Community League v. Edmonton (City)*, 2017 ABCA 374, 60 Alta. L.R. (6th) 1; *Druken v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, 1987 CanLII 99; *Canada (Attorney General) v. Druken*, [1989] 2 F.C. 24; *Gonzalez v. Canada (Employment and Immigration Commission)*,

*c. Québec (Commission d'appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708; *Beattie c. Canada (Affaires indiennes et du Nord)*, 2014 TCDP 1; *Canada (Procureur général) c. Davis*, 2013 CF 40; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2012 CF 445, [2013] 4 R.C.F. 545; *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571; *Descheneaux c. Canada (Procureur général)*, 2015 QCCS 3555; *McIvor c. Canada (Indian and Northern Affairs, Registrar)*, 2009 BCCA 153, 306 D.L.R. (4th) 193.

Citée par les juges Côté et Rowe

**Arrêt appliqué :** *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; **arrêts mentionnés :** *Andrews c. Canada (Affaires indiennes et du Nord)*, 2013 TCDP 21; *Matson c. Canada (Affaires indiennes et du Nord)*, 2013 TCDP 13; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220; *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)*, 2004 CSC 19, [2004] 1 R.C.S. 485; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283; *Barreau du Québec c. Québec (Procureur générale)*, 2017 CSC 56, [2017] 2 R.C.S. 488; *Canada (Procureur général) c. Watkin*, 2008 CAF 170, 378 N.R. 268; *Canada (Procureur général) c. Johnstone*, 2014 CAF 110, [2015] 2 R.C.F. 595; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Seeley*, 2014 CAF 111; *Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353; *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571; *Nouveau-Brunswick (Commission des droits de la personne) c. Potash Corporation of Saskatchewan Inc.*, 2008 CSC 45, [2008] 2 R.C.S. 604; *Tranchemontagne c. Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées)*, 2006 CSC 14, [2006] 1 R.C.S. 513; *Commission de l'assurance-emploi du Canada c. M. W.*, 2014 TSSDA 371; *Garneau Community League c. Edmonton (City)*, 2017 ABCA 374, 60 Alta. L.R. (6th) 1; *Druken c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, 1987 CanLII 99; *Canada (Procureur général) c. Druken*, [1989] 2 C.F. 24; *Gonzalez*

[1997] 3 F.C. 646; *McAllister-Windsor v. Canada (Human Resources Development)*, 2001 CanLII 20691; *Public Service Alliance of Canada v. Canada Revenue Agency*, 2012 FCA 7, 428 N.R. 240; *Forward v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 CHRT 5; *Canada (Human Rights Commission) v. M.N.R.*, 2003 FC 1280, [2004] 1 F.C.R. 679; *Canada (Attorney General) v. McKenna*, [1999] 1 F.C. 401; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 SCC 19, [2003] 1 S.C.R. 226.

By Brown J.

**Referred to:** *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *West Fraser Mills Ltd. v. British Columbia (Workers' Compensation Appeal Tribunal)*, 2018 SCC 22, [2018] 1 S.C.R. 635; *Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) v. Canada*, 2018 FCA 58.

### Statutes and Regulations Cited

*Act to amend the Indian Act*, R.S.C. 1985, c. 32 (1st Supp.).  
*Act to amend the Indian Act (death rules)*, R.S.C. 1985, c. 43 (4th Supp.).  
*Act to amend the Indian Act in response to the Superior Court of Quebec decision in Descheneaux c. Canada (Procureur général)*, S.C. 2017, c. 25.  
*Act to encourage the gradual Civilization of the Indian Tribes in this Province, and to amend the Laws respecting Indians*, S. Prov. C. 1857, 20 Vict., c. 26, preamble.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 15.  
*Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6, ss. 2, 4, 5, 5 to 14.1, 39, 40, 49, 50(2), 62(1), 67 [rep. 2008, c. 30, s. 1].  
*Constitution Act, 1867*, s. 96.  
*Gender Equity in Indian Registration Act*, S.C. 2010, c. 18.  
*Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19, s. 1.  
*Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5, s. 6.

### Authors Cited

Bastarache, Michel. *Dunsmuir 10 Years Later*, March 9, 2018 (online: <http://www.administrativelawmatters.com/blog/2018/03/09/dunsmuir-10-years-later-hon-michel-bastarache-cc-qc/>; archived version: [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2018SCC-CSC31\\_1\\_eng.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2018SCC-CSC31_1_eng.pdf)).

*c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1997] 3 C.F. 646; *McAllister-Windsor c. Canada (Développement des ressources humaines)*, 2001 CanLII 20691; *Alliance de la fonction publique du Canada c. Canada (Agence du revenu)*, 2012 CAF 7; *Forward c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 TCDP 5; *Canada (Commission des droits de la personne) c. M.R.N.*, 2003 CF 1280, [2004] 1 R.C.F. 679; *Canada (Procureur général) c. McKenna*, [1999] 1 C.F. 401; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 CSC 19, [2003] 1 R.C.S. 226.

Citée par le juge Brown

**Arrêts mentionnés :** *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *West Fraser Mills Ltd. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Appeal Tribunal)*, 2018 CSC 22, [2018] 1 R.C.S. 635; *Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) c. Canada*, 2018 CAF 58.

### Lois et règlements cités

*Acte pour encourager la Civilisation graduelle des Tribus Sauvages en cette Province, et pour amender les Lois relatives aux Sauvages*, S. Prov. C. 1857, 20 Vict., c. 26, préambule.  
*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 15.  
*Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, c. H.19, art. 1.  
*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, c. H-6, art. 2, 4, 5, 5 à 14.1, 39, 40, 49, 50(2), 62(1), 67 [abr. 2008, c. 30, art. 1].  
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 96.  
*Loi modifiant la Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, c. 32 (1<sup>er</sup> suppl.).  
*Loi modifiant la Loi sur les Indiens pour donner suite à la décision de la Cour supérieure du Québec dans l'affaire Descheneaux c. Canada (Procureur général)*, L.C. 2017, c. 25.  
*Loi modifiant la Loi sur les Indiens (règles relatives au décès)*, L.R.C. 1985, c. 43 (4<sup>e</sup> suppl.).  
*Loi sur l'équité entre les sexes relativement à l'inscription au registre des Indiens*, L.C. 2010, c. 18.  
*Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, c. I-5, art. 6.

### Doctrine et autres documents cités

Bastarache, Michel. *Dunsmuir 10 Years Later*, March 9, 2018 (en ligne : <http://www.administrativelawmatters.com/blog/2018/03/09/dunsmuir-10-years-later-hon-michel-bastarache-cc-qc/>; version archivée : [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2018SCC-CSC31\\_1\\_eng.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2018SCC-CSC31_1_eng.pdf)).

Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, vol. 4, *Perspectives and Realities*. Ottawa, 1996.

Daly, Paul. *The hopeless search for “true” questions of jurisdiction*, August 15, 2013 (online: <http://www.administrativelawmatters.com/blog/2013/08/15/the-hopeless-search-for-true-questions-of-jurisdiction/>; archived version: [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2018SCC-CSC31\\_2\\_eng.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2018SCC-CSC31_2_eng.pdf)).

Mummé, Claire. “At the Crossroads in Discrimination Law: How the Human Rights Codes Overtook the *Charter* in Canadian Government Services Cases” (2012), 9 *J.L. & Equality* 103.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Pelletier, de Montigny and Gleason J.J.A.), 2016 FCA 200, [2017] 2 F.C.R. 211, 487 N.R. 137, [2016] 4 C.N.L.R. 1, 363 C.R.R. (2d) 130, 8 Admin. L.R. (6th) 1, 402 D.L.R. (4th) 160, [2016] F.C.J. No. 818 (QL), 2016 CarswellNat 3213 (WL Can.), affirming a decision of McVeigh J., 2015 FC 398, [2015] 3 C.N.L.R. 1, 7 Admin. L.R. (6th) 75, 477 F.T.R. 229, [2015] F.C.J. No. 400 (QL), 2015 CarswellNat 893 (WL Can.). Appeal dismissed.

*Brian Smith and Fiona Keith*, for the appellant.

*Christine Mohr and Catherine A. Lawrence*, for the respondent.

*Amélie Pelletier-Desrosiers*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*Stephen J. Moreau and Nadia Lambek*, for the intervener Tania Zulkoskey.

*Marie Chen and Niiti Simmonds*, for the interveners the Income Security Advocacy Centre, the Sudbury Community Legal Clinic, the Chinese and Southeast Asian Legal Clinic, the Community Legal Assistance Society and the HIV & AIDS Legal Clinic Ontario.

*Kumail Karimjee and Nabila F. Qureshi*, for the intervener the Canadian Muslim Lawyers Association.

*Kerri Joffe and Dianne Wintermute*, for the intervener the Council of Canadians with Disabilities.

Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 4, *Perspectives et réalités*, Ottawa, 1996.

Daly, Paul. *The hopeless search for « true » questions of jurisdiction*, August 15, 2013 (en ligne : <http://www.administrativelawmatters.com/blog/2013/08/15/the-hopeless-search-for-true-questions-of-jurisdiction/>; version archivée : [https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2018SCC-CSC31\\_2\\_eng.pdf](https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2018SCC-CSC31_2_eng.pdf)).

Mummé, Claire. « At the Crossroads in Discrimination Law : How the Human Rights Codes Overtook the *Charter* in Canadian Government Services Cases » (2012), 9 *J.L. & Equality* 103.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale (les juges Pelletier, de Montigny et Gleason), 2016 CAF 200, [2017] 2 R.C.F. 211, 487 N.R. 137, [2016] 4 C.N.L.R. 1, 363 C.R.R. (2d) 130, 8 Admin. L.R. (6th) 1, 402 D.L.R. (4th) 160, [2016] A.C.F. n° 818 (QL), 2016 CarswellNat 9942 (WL Can.), confirmant une décision de la juge McVeigh, 2015 CF 398, [2015] 3 C.N.L.R. 1, 7 Admin. L.R. (6th) 75, 477 F.T.R. 229, [2015] A.C.F. n° 400 (QL), 2015 CarswellNat 12313 (WL Can.). Pourvoi rejeté.

*Brian Smith et Fiona Keith*, pour l’appelante.

*Christine Mohr et Catherine A. Lawrence*, pour l’intimé.

*Amélie Pelletier-Desrosiers*, pour l’intervenante la procureure générale du Québec.

*Stephen J. Moreau et Nadia Lambek*, pour l’intervenante Tania Zulkoskey.

*Marie Chen et Niiti Simmonds*, pour les intervenants le Centre d’action pour la sécurité du revenu, la Clinique juridique communautaire de Sudbury, Chinese and Southeast Asian Legal Clinic, Community Legal Assistance Society et HIV & AIDS Legal Clinic Ontario.

*Kumail Karimjee et Nabila F. Qureshi*, pour l’intervenante l’Association canadienne des avocats musulmans.

*Kerri Joffe et Dianne Wintermute*, pour l’intervenant le Conseil des Canadiens avec déficiences.

*Mary Eberts, Kim Stanton and K. R. Virginia Lomax*, for the interveners the Women’s Legal Education and Action Fund and the Native Women’s Association of Canada.

*Stephen Aylward*, for the intervener Amnesty International.

*David P. Taylor and Anne Levesque*, for the intervener the First Nations Child and Family Caring Society of Canada.

*Jeremy E. Matson*, on his own behalf.

*Faisal Mirza and Tamara Thomas*, for the intervener the African Canadian Legal Clinic.

*Emily Hill and Emilie Lahaie*, for the intervener the Aboriginal Legal Services.

*Andrew Astritis, Andrew Raven and Morgan Rowe*, for the intervener the Public Service Alliance of Canada.

The judgment of McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ. was delivered by

GASCON J. —

## I. Overview

[1] This appeal concerns several complaints under the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6 (“CHRA”), that were dismissed by the Canadian Human Rights Tribunal (“Tribunal”) in two decisions. The complaints alleged that the legislative entitlements to registration under the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5, were discriminatory practices prohibited by the CHRA. At issue before this Court is, first, whether deference is owed to a human rights tribunal interpreting its home statute and, second, whether the Tribunal’s decisions dismissing the complaints as direct attacks on legislation were reasonable.

*Mary Eberts, Kim Stanton et K. R. Virginia Lomax*, pour les intervenants le Fonds d’action et d’éducation juridiques pour les femmes et l’Association des femmes autochtones du Canada.

*Stephen Aylward*, pour l’intervenante Amnistie internationale.

*David P. Taylor et Anne Levesque*, pour l’intervenante la Société de soutien à l’enfance et à la famille des Premières Nations du Canada.

*Jeremy E. Matson*, en personne.

*Faisal Mirza et Tamara Thomas*, pour l’intervenant le Bureau d’Aide Juridique Afro-Canadien.

*Emily Hill et Emilie Lahaie*, pour l’intervenant Aboriginal Legal Services.

*Andrew Astritis, Andrew Raven et Morgan Rowe*, pour l’intervenante l’Alliance de la fonction publique du Canada.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner et Gascon rendu par

LE JUGE GASCON —

## I. Aperçu

[1] Le présent pourvoi concerne plusieurs plaintes fondées sur la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, c. H-6 (« LCDP »), que le Tribunal canadien des droits de la personne (« Tribunal ») a rejetées dans deux décisions. D’après ces plaintes, les droits à l’inscription prévus dans la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, c. I-5, constitueraient des actes discriminatoires prohibés par la LCDP. En l’espèce, notre Cour est appelée à décider, premièrement, s’il convient de faire preuve de déférence à l’égard de l’interprétation de sa loi constitutive par un tribunal des droits de la personne et, deuxièmement, si les décisions par lesquelles le Tribunal a rejeté les plaintes en cause au motif qu’elles constituaient des attaques directes contre un texte de loi étaient raisonnables.

[2] All of the complaints arise from the lingering effects of “enfranchisement”, a discriminatory and damaging policy previously enshrined in the *Indian Act*. Enfranchisement stripped individuals of their *Indian Act* status and prevented their children from registering as status “Indians”. Parliament has put an end to enfranchisement and enacted remedial registration provisions. The complainants challenge the sufficiency of these remedial measures, claiming that they and their children continue to suffer discrimination as a legacy of enfranchisement.

[3] The complaints were heard by the Tribunal separately. In both decisions, the Tribunal determined that the complaints were a direct attack on the *Indian Act*. In order to establish a discriminatory practice to which the Tribunal could respond, the complainants needed to demonstrate that the legislative provisions fell within the statutory meaning of a service. After a thorough and thoughtful review of their enabling statute, the jurisprudence and policy considerations, the adjudicators in both decisions concluded that legislation was not a service under the *CHRA* and dismissed the complaints. On judicial review, both the Federal Court and the Federal Court of Appeal found that the Tribunal decisions were reasonable and should be upheld. I agree, and I would dismiss the appeal.

## II. Background

### A. *Indian Act Registration*

[4] Since its enactment in 1876, the *Indian Act* has governed the recognition of an individual’s status as an “Indian”. In its current form, the *Indian Act* creates a registration system under which individuals qualify for status on the basis of an exhaustive list of eligibility criteria. The *Indian Act*’s registration entitlements do not necessarily correspond to the customs of Indigenous communities for determining their own membership or reflect an individual’s Aboriginal identity or heritage. However, it is

[2] Toutes les plaintes découlent des effets que continue d’avoir l’« émancipation », une politique discriminatoire et préjudiciable autrefois consacrée dans la *Loi sur les Indiens*. L’émancipation retirait aux individus leur statut obtenu en vertu de la *Loi sur les Indiens* et empêchait leurs enfants d’être inscrits à titre d’« Indiens ». Le législateur a mis un terme à l’émancipation, et adopté des dispositions réparatrices en matière d’inscription. Les plaignants soutiennent que ces mesures réparatrices sont insuffisantes, parce qu’eux-mêmes et leurs enfants continuent de souffrir de discrimination en raison des séquelles laissées par l’émancipation.

[3] Le Tribunal a instruit les plaintes séparément. Dans les deux décisions, il a statué que les plaintes constituaient une attaque directe à la *Loi sur les Indiens*. Pour pouvoir établir l’existence d’actes discriminatoires susceptibles de justifier l’intervention du Tribunal, les plaignants devaient démontrer que les dispositions législatives en cause constituaient un service aux termes de la *LCDP*. Après une analyse fouillée et réfléchie de leur loi habilitante, de la jurisprudence et de diverses considérations de principe, les membres décideurs dans les deux décisions ont conclu que la loi n’était pas un service aux termes de la *LCDP* et ont rejeté les plaintes. Saisies de demandes de contrôle judiciaire, la Cour fédérale et la Cour d’appel fédérale ont toutes deux conclu que les décisions rendues par le Tribunal étaient raisonnables et devaient être maintenues. Je suis du même avis; je rejetterais donc le pourvoi.

## II. Contexte

### A. *L’inscription sous le régime de la Loi sur les Indiens*

[4] Depuis son adoption, en 1876, la *Loi sur les Indiens* régit la reconnaissance du statut d’« Indien ». Dans sa version actuelle, cette loi établit un régime d’inscription prévoyant une liste exhaustive de critères d’admissibilité au statut d’« Indien ». Cependant, les conditions relatives au droit à l’inscription prévues dans la *Loi sur les Indiens* ne correspondent pas nécessairement aux coutumes propres à chaque communauté autochtone pour ce qui est de définir l’appartenance de ses membres. Elles ne cadrent

incontrovertible that status confers both tangible and intangible benefits.

[5] The complaints underlying this appeal are rooted in a history of deeply harmful and discriminatory aspects of the *Indian Act* that were largely removed in 1985 and 2011 reforms (*An Act to amend the Indian Act*, R.S.C. 1985, c. 32 (1st Supp.), *An Act to amend the Indian Act (death rules)*, R.S.C. 1985, c. 43 (4th Supp.), and *Gender Equity in Indian Registration Act*, S.C. 2010, c. 18). Prior to these reforms, individuals could be “enfranchised”, a euphemism for various legislative processes that would strip them of their *Indian Act* status. In one form of enfranchisement, the government incentivized individuals to renounce their status by offering such basic rights as citizenship, the right to vote, and the right to hold land in fee simple (*Canada (Attorney General) v. Larkman*, 2012 FCA 204, [2012] 4 C.N.L.R. 87, at para. 12). In another form, a status woman who married a non-status man would be involuntarily “enfranchised” along with any of her children (*Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, vol. 4, *Perspectives and Realities* (1996), at p. 25). This policy reflected a discriminatory view of women as subservient to their husbands and entrenched a system of patrilineal descent unfamiliar to many Indigenous communities (*Report*, at p. 25). Parliament’s stated intention for enfranchisement was to gradually reduce the number of status “Indians” (see, e.g., *An Act to encourage the gradual Civilization of the Indian Tribes in this Province, and to amend the Laws respecting Indians*, S. Prov. C. 1857, 20 Vict., c. 26, preamble). At its root, enfranchisement was a discriminatory policy aimed at eradicating Aboriginal culture and assimilating Aboriginal peoples (*Larkman*, at para. 11).

pas non plus nécessairement avec l’identité ou le patrimoine autochtones. Reste que le statut procure indubitablement des avantages, aussi bien tangibles qu’intangibles.

[5] Les plaintes à l’origine du présent pourvoi prennent leur source dans un historique d’aspects profondément préjudiciables et discriminatoires de la *Loi sur les Indiens* que les réformes de 1985 et de 2011 ont en grande partie supprimés (*Loi modifiant la Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, c. 32 (1<sup>er</sup> suppl.), *Loi modifiant la Loi sur les Indiens (règles relatives au décès)*, L.R.C. 1985, c. 43 (4<sup>e</sup> suppl.), et *Loi sur l’équité entre les sexes relativement à l’inscription au registre des Indiens*, L.C. 2010, c. 18). Avant ces réformes, des personnes ayant le statut d’« Indien » sous le régime de la *Loi sur les Indiens* pouvaient obtenir une « émancipation », euphémisme employé pour désigner divers processus législatifs par lesquels ce statut leur était retiré. Suivant l’une des formes d’émancipation, le gouvernement encourageait les individus à renoncer à leur statut, en leur octroyant en retour des droits fondamentaux, notamment la citoyenneté et le droit de vote, ainsi que le droit de détenir une terre en fief simple (*Canada (Procureur général) c. Larkman*, 2012 CAF 204, par. 12 (CanLII)). Sous une autre forme, une femme inscrite qui épousait un homme non inscrit devenait involontairement « émancipée », à l’instar de chacun de ses enfants (*Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 4, *Perspectives et réalités* (1996), p. 26-27). Cette politique, qui traduisait une conception discriminatoire des femmes comme étant subordonnées à leur mari, entérinait par ailleurs un système de descendance patrilinéaire étranger à de nombreuses communautés autochtones (*Rapport*, p. 26-27). Selon l’intention déclarée du législateur, l’émancipation avait pour objectif de réduire progressivement le nombre d’« Indiens » inscrits (voir, p. ex., le préambule de l’*Acte pour encourager la Civilization graduelle des Tribus Sauvages en cette Province, et pour amender les Lois relatives aux Sauvages*, S. Prov. C. 1857, 20 Vict., c. 26). À la base, l’émancipation était une politique discriminatoire qui visait l’éradication de la culture autochtone ainsi que l’assimilation des peuples autochtones (*Larkman*, par. 11).

[6] In 1985, Parliament enacted new legislation that eliminated enfranchisement as a practice and created registration provisions entitling those who had lost their status to register (*An Act to amend the Indian Act*). In 2011, further reforms granted registration eligibility to the children of women who had lost status for marrying a non-status man (*Gender Equity in Indian Registration Act*). During the course of these proceedings, new amendments to the *Indian Act* have come into force that may impact the Matson siblings' status eligibility (*An Act to amend the Indian Act in response to the Superior Court of Quebec decision in Descheneaux c. Canada (Procureur général)*, S.C. 2017, c. 25). The issue of mootness was not, however, fully argued by the parties and it is not necessary to consider it for the disposition of this appeal. I will therefore not comment further on the impact, if any, of the new entitlement provisions.

[7] Underlying all of the complaints are the *Indian Act*'s rules for the transmission of status eligibility. Under the current *Indian Act*, individuals may qualify for one of two forms of status. Section 6(1) status is conferred on individuals who qualify under an exhaustive list of eligibility criteria. Section 6(2) status is conferred on individuals who are ineligible under s. 6(1) but who have a single parent entitled to s. 6(1) registration. The two forms of status differ mainly in the ability to transmit eligibility to one's children: a child who has only one parent with s. 6(1) status will be eligible for s. 6(2) status, while a child who has only one parent with s. 6(2) status will not be eligible for status.

[6] En 1985, le législateur a adopté un nouveau texte de loi qui éliminait la pratique de l'émancipation et qui créait de nouvelles dispositions en matière d'inscription, redonnant ainsi à ceux ayant perdu leur statut le droit de s'inscrire (*Loi modifiant la Loi sur les Indiens*). Puis, en 2011, une autre réforme est venue accorder le droit à l'inscription aux enfants nés d'une mère ayant perdu son statut par suite d'un mariage avec un homme non inscrit (*Loi sur l'équité entre les sexes relativement à l'inscription au registre des Indiens*). Au cours de la présente instance, de nouvelles modifications à la *Loi sur les Indiens* qui sont susceptibles d'avoir une incidence sur le droit des membres de la fratrie Matson au statut d'« Indien » sont entrées en vigueur (*Loi modifiant la Loi sur les Indiens pour donner suite à la décision de la Cour supérieure du Québec dans l'affaire Descheneaux c. Canada (Procureur général)*, L.C. 2017, c. 25). Toutefois, la question du caractère théorique des plaintes des Matson n'a pas été pleinement débattue par les parties, et il n'est pas nécessaire de l'examiner afin de statuer sur le présent pourvoi. Je ne m'attarderai donc pas plus longuement sur les éventuels effets des nouvelles dispositions relatives au droit à l'inscription.

[7] Toutes les plaintes se fondent sur les règles de la *Loi sur les Indiens* applicables à la transmission du droit au statut d'« Indien ». Selon la version actuelle de cette loi, une personne peut être admissible à l'une ou l'autre de deux catégories de statut. Ainsi, les personnes qui satisfont aux critères exhaustifs d'admissibilité peuvent se voir conférer le statut visé au par. 6(1). Quant au statut prévu au par. 6(2), il peut être accordé aux personnes inadmissibles au statut visé au par. 6(1), mais dont un seul parent jouit d'un droit à l'inscription en vertu du par. 6(1). La différence entre les deux catégories de statut tient principalement à la capacité qu'aura la personne inscrite de transmettre à ses enfants le droit à l'inscription : l'enfant dont un seul parent a le statut au titre du par. 6(1) sera admissible au statut visé par le par. 6(2), alors qu'un enfant dont un seul parent a le statut au titre du par. 6(2) ne sera pas admissible au statut d'« Indien » inscrit.

B. *The Complaints in Matson v. Canada (Indian and Northern Affairs), 2013 CHRT 13*

[8] The complaints in *Matson* involve three siblings who allege that sex-based discrimination led to their ineligibility for s. 6(1) status, and their children's ineligibility for s. 6(2) status. Their grandmother lost her status under the *Indian Act* when she married a non-status man. Following the 1985 amendments, their grandmother was able to regain her status under s. 6(1)(c). The 2011 amendments then allowed their father to obtain status under s. 6(1)(c.1) and the siblings to obtain status under s. 6(2). Their children are, however, ineligible for status. If the siblings' status grandparent had been male, they would have been eligible for s. 6(1)(a) registration and their children would have been entitled to s. 6(2) registration.

C. *The Complaints in Andrews v. Canada (Indian and Northern Affairs), 2013 CHRT 21*

[9] The Andrews' complaints concern the impact of the enfranchisement provisions and the scope of subsequent remedial legislation. Mr. Andrews' father lost his status through an enfranchisement order. Consequently, his first wife and their daughter also lost their status. Mr. Andrews was born after the enfranchisement order was issued and his mother was a non-status woman unaffected by the order. Following the 1985 legislation, Mr. Andrews' father and his half-sister became eligible for s. 6(1)(d) status. However, as Mr. Andrews' mother was never eligible for status, Mr. Andrews is eligible only for s. 6(2) status and his daughter is ineligible for status. If Mr. Andrews had been born before the enfranchisement order, or if no order had been made, he would qualify for s. 6(1) status and his daughter would be eligible for s. 6(2) status. Mr. Andrews' complaints allege that this result constitutes prohibited discrimination on the grounds of race, national or ethnic origin and family status.

B. *Les plaintes dans Matson c. Canada (Affaires indiennes et du Nord), 2013 TCDP 13*

[8] Les plaintes dans l'affaire *Matson* concernent trois membres d'une fratrie qui allèguent qu'une discrimination fondée sur le sexe a entraîné leur inadmissibilité au statut visé au par. 6(1), de même que l'inadmissibilité de leurs enfants au statut visé au par. 6(2). Leur grand-mère a perdu son statut lorsqu'elle a épousé un homme non inscrit. Après l'entrée en vigueur des modifications législatives de 1985, elle a pu recouvrer son statut par application de l'al. 6(1)(c). Les modifications apportées en 2011 ont ensuite permis au père d'obtenir le statut visé à l'al. 6(1)(c.1); et les membres de la fratrie ont obtenu le statut visé au par. 6(2). En revanche, leurs enfants ne sont pas admissibles au statut. Si le grand-parent autochtone des membres de la fratrie avait été de sexe masculin, ces derniers auraient été admissibles à l'inscription au titre de l'al. 6(1)(a), et leurs enfants, à l'inscription au titre du par. 6(2).

C. *Les plaintes dans Andrews c. Canada (Affaires indiennes et du Nord), 2013 TCDP 21*

[9] Les plaintes des Andrews concernent les effets des dispositions relatives à l'émancipation, ainsi que la portée des dispositions réparatrices adoptées par la suite. Le père de M. Andrews a perdu son statut d'« Indien » à la suite d'une ordonnance d'émancipation. En conséquence, sa première épouse et leur fille ont également perdu leur statut. M. Andrews est né après que l'ordonnance d'émancipation ait été rendue, et sa mère, qui n'était pas inscrite, n'était pas touchée par l'ordonnance. À la suite de l'adoption des modifications législatives en 1985, le père et la demi-sœur de M. Andrews sont devenus admissibles au statut au titre de l'al. 6(1)(d). Cependant, puisque la mère de M. Andrews n'a jamais été admissible au statut, celui-ci est admissible uniquement au statut visé au par. 6(2) et sa fille n'est admissible à aucun statut. Or, si M. Andrews était né avant l'ordonnance d'émancipation, ou s'il n'y avait pas eu d'ordonnance, il serait admissible au statut visé au par. 6(1), et sa fille, au statut visé au par. 6(2). Dans ses plaintes, M. Andrews allègue que pareil résultat constitue de la discrimination illicite fondée sur la race, l'origine nationale ou ethnique et la situation de famille.

#### D. *Canadian Human Rights Act*

[10] Under the *CHRA*, individuals can file a complaint regarding an enumerated discriminatory practice, and anyone found to have engaged in such a practice may be made subject to an order by the Tribunal (*CHRA*, s. 4). The complaints allege that Indian and Northern Affairs Canada (“INAC”) engaged in a discriminatory practice in the provision of services contrary to s. 5 of the *CHRA* when it denied a form of registration that would permit the complainants to pass on entitlements to their children. Section 5 reads as follows:

**5** It is a discriminatory practice in the provision of goods, services, facilities or accommodation customarily available to the general public

(a) to deny, or to deny access to, any such good, service, facility or accommodation to any individual, or

(b) to differentiate adversely in relation to any individual,

on a prohibited ground of discrimination.

### III. Decisions Below

#### A. *Canadian Human Rights Tribunal Decisions*

##### (1) The *Matson* Decision

[11] In response to the request of the Canadian Human Rights Commission (“Commission”), the Tribunal launched an inquiry into the Matson siblings’ complaints pursuant to s. 49 of the *CHRA*. In its decision, the Tribunal addressed three issues: (1) whether the complaints involved a direct challenge to the *Indian Act*; (2) whether the Tribunal was bound by the Federal Court of Appeal’s decision in *Public Service Alliance of Canada v. Canada Revenue Agency*, 2012 FCA 7, 428 N.R. 240 (“*Murphy*”); and (3) whether the complaints, properly characterized, concerned a discriminatory practice.

#### D. *Loi canadienne sur les droits de la personne*

[10] Une personne peut, en vertu de la *LCDP*, déposer une plainte concernant l’un des actes discriminatoires énoncés dans cette loi, et quiconque est reconnu coupable d’un tel acte peut faire l’objet d’une ordonnance du Tribunal (art. 4 de la *LCDP*). Dans les plaintes en l’espèce, il est allégué qu’Affaires indiennes et du Nord Canada (« AINC ») a commis un acte discriminatoire dans le cadre de la prestation de services, en contravention de l’art. 5 de la *LCDP*, lorsqu’il a privé les plaignants d’une forme d’inscription qui leur aurait permis de transmettre à leurs enfants le droit au statut d’« Indien ». L’article 5 est ainsi libellé :

**5** Constitue un acte discriminatoire, s’il est fondé sur un motif de distinction illicite, le fait, pour le fournisseur de biens, de services, d’installations ou de moyens d’hébergement destinés au public :

a) d’en priver un individu;

b) de le défavoriser à l’occasion de leur fourniture.

### III. Décisions des juridictions inférieures

#### A. *Les décisions du Tribunal canadien des droits de la personne*

##### (1) La décision *Matson*

[11] En réponse à la demande de la Commission canadienne des droits de la personne (« Commission »), le Tribunal a instruit les plaintes de la famille Matson en vertu de l’art. 49 de la *LCDP*. Dans sa décision, il s’est penché sur trois questions : (1) Les plaintes constituaient-elles une contestation directe de la *Loi sur les Indiens*? (2) Le Tribunal était-il lié par la décision de la Cour d’appel fédérale dans *Alliance de la fonction publique du Canada c. Canada (Agence du revenu)*, 2012 CAF 7 (« *Murphy* »)? Et enfin, (3) les plaintes — correctement qualifiées — mettaient-elles en cause un acte discriminatoire?

[12] In the Tribunal decision, the adjudicator, Member Lustig, began the task of characterizing the complaints by referring, first, to the test for determining what constituted a service stated in *Canada (Attorney General) v. Watkin*, 2008 FCA 170, 378 N.R. 268, and, second, to the holding in *Murphy* that the *CHRA* did not permit complaints that directly targeted legislation. The adjudicator reviewed the Matson siblings' submissions and concluded that their complaints, in substance, challenged the eligibility criteria under s. 6 of the *Indian Act*. It was noted that INAC did not have any involvement in determining the eligibility criteria under s. 6 of the *Indian Act*, nor did it have any discretion in applying the criteria. While the act of processing applications and registering individuals could be characterized as a service customarily held out to the public, the underlying statutory entitlement to registration was not a service held out by INAC to the public. Rather, it was a benefit offered by an Act of Parliament.

[13] The adjudicator considered whether he was bound by the Federal Court of Appeal decision in *Murphy*, which held that the Tribunal was unable to consider direct challenges to legislation. In *Murphy*, the complainant had received a settlement payment for wage discrimination that had occurred over a number of years. Under the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), the settlement was deemed to be employment income accrued in the year the payment was made. The Canada Revenue Agency did not apply the qualifying retroactive lump-sum payment analysis, which would have spread the income over previous tax years. This was because the compound interest on the notional tax the complainant would have owed outweighed the benefits of being taxed at a lower rate. The complainant challenged the assessment as a discriminatory practice under the *CHRA*. The Tribunal dismissed the complaint on the basis that it targeted the statutory provisions establishing the impugned assessment calculations (2010 CHRT 9, [2011] 1 C.T.C. 215). Writing for the Federal Court of Appeal, Noël J.A. (as he then was) upheld the Tribunal's decision. Despite applying a reasonableness standard, Noël J.A. endorsed

[12] Dans la décision du Tribunal, le membre décideur, M. Lustig, a entrepris de qualifier les plaintes en commençant par d'abord rappeler le critère à employer — énoncé dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Watkin*, 2008 CAF 170, 378 N.R. 268 — pour établir ce qui constitue un service. Il a ensuite rappelé la teneur de l'arrêt *Murphy*, selon lequel la *LCDP* ne permet pas l'instruction de plaintes visant directement des dispositions législatives. Le membre décideur a examiné les observations présentées par les membres de la fratrie Matson et conclu que leurs plaintes étaient essentiellement une contestation des critères relatifs au droit à l'inscription énoncés à l'art. 6 de la *Loi sur les Indiens*. Il a relevé qu'AINC n'a rien à voir avec la détermination de ces critères, et ne dispose pas non plus d'un pouvoir discrétionnaire quant à leur application. Bien que le fait de traiter les demandes de requérants et d'inscrire ceux-ci au registre puisse être qualifié de service habituellement fourni au public, le droit sous-jacent à l'inscription établi par voie législative n'est pas un service qu'AINC offre au public. Il s'agit plutôt d'un avantage conféré par une loi fédérale.

[13] Le membre décideur s'est demandé s'il était tenu de suivre l'arrêt de la Cour d'appel fédérale dans *Murphy*, où il a été conclu que le Tribunal n'est pas compétent pour examiner les contestations directes visant un texte législatif. Dans *Murphy*, la plaignante avait reçu une somme en règlement d'une plainte pour une pratique salariale discriminatoire subie pendant plusieurs années. Cette somme était considérée, au sens de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. 1 (5<sup>e</sup> suppl.), comme un revenu d'emploi gagné au cours de l'année où le paiement avait été fait. L'Agence du revenu du Canada n'avait pas appliqué le mécanisme des paiements forfaitaires rétroactifs admissibles, qui aurait eu pour effet de répartir ces revenus sur les années d'imposition antérieures, car les intérêts composés sur l'impôt théorique que la plaignante aurait dû payer dépassaient les avantages liés au fait que les impôts étaient calculés selon un taux inférieur. Celle-ci a contesté la validité de cette cotisation, en alléguant qu'il s'agissait d'un acte discriminatoire au sens de la *LCDP*. Le Tribunal a rejeté sa plainte, au motif qu'elle visait les dispositions de la loi prescrivant les calculs à effectuer dans le cadre de la cotisation

as “correct” the view that the *CHRA* did not permit direct challenges to legislation (para. 6). He distinguished the prior Federal Court of Appeal decision in *Canada (Attorney General) v. Druken*, [1989] 2 F.C. 24, which had endorsed a direct attack on legislation, on the basis that the Attorney General in that case had conceded that s. 5 of the *CHRA* applied to the impugned provisions of the *Unemployment Insurance Act, 1971*, S.C. 1970-71-72, c. 48 (*Murphy*, at para. 7).

[14] The adjudicator rejected arguments that *Murphy* was superseded by binding authority from this Court in *Insurance Corp. of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145, *Winnipeg School Division No. 1 v. Craton*, [1985] 2 S.C.R. 150, *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114 (“*Action Travail des Femmes*”), *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Communauté urbaine de Montréal*, 2004 SCC 30, [2004] 1 S.C.R. 789 (“*Larocque*”), and *Tranchemontagne v. Ontario (Director, Disability Support Program)*, 2006 SCC 14, [2006] 1 S.C.R. 513. After careful consideration of this authority, the adjudicator concluded that, while this Court had recognized the primacy of human rights legislation and the power of human rights tribunals to render conflicting legislation inoperative, none of these decisions stood for the premise that an order could be issued without first impugning a discriminatory practice.

[15] The adjudicator also considered whether there was conflicting Federal Court jurisprudence or analogous provincial human rights jurisprudence that

en cause (2010 TCDP 9). S’exprimant au nom de la Cour d’appel fédérale, le juge Noël (maintenant juge en chef), a confirmé la décision du Tribunal. Bien qu’ayant appliqué la norme de contrôle de la décision raisonnable, le juge Noël a jugé « correcte » l’opinion suivant laquelle la *LCDP* ne permet pas l’instruction de plaintes qui constituent une attaque directe contre la loi (par. 6 (CanLII)). Il a conclu à l’inapplicabilité de l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Druken*, [1989] 2 C.F. 24, où la Cour d’appel fédérale avait approuvé une attaque directe contre un texte législatif, puisque, dans cette affaire, le procureur général avait concédé que l’art. 5 de la *LCDP* s’appliquait aux dispositions contestées de la *Loi de 1971 sur l’assurance chômage*, S.C. 1970-71-72, c. 48 (*Murphy*, par. 7).

[14] Le membre décideur a rejeté les arguments selon lesquels l’arrêt *Murphy* avait été supplanté par des décisions de notre Cour ayant force de précédent, soit les arrêts *Insurance Corp. of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145, *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150, *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114 (« *Action Travail des Femmes* »), *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*, 2004 CSC 30, [2004] 1 R.C.S. 789 (« *Larocque* »), et *Tranchemontagne c. Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées)*, 2006 CSC 14, [2006] 1 R.C.S. 513. Après avoir soigneusement analysé cette jurisprudence, le membre décideur a conclu que, bien que notre Cour ait effectivement reconnu la primauté de la législation en matière de droits de la personne et le pouvoir des tribunaux des droits de la personne de déclarer inopérant un texte de loi incompatible avec cette législation, aucun des arrêts invoqués n’étayait l’argument voulant qu’une ordonnance en ce sens puisse être rendue sans qu’il n’y ait, au préalable, mise en cause d’un acte discriminatoire.

[15] Le membre décideur s’est également demandé s’il existait des décisions de la Cour fédérale ou une jurisprudence provinciale analogue en matière de

supported the proposition that the Tribunal could consider direct challenges to legislation, and he came to the same result. He recognized that in some circumstances a human rights complaint could challenge the conduct of an administrator carrying out mandatory aspects of a statutory provision, but he held that the complaint still needed to identify a discriminatory practice that engaged the Tribunal's remedial authority.

[16] The adjudicator rejected arguments that ss. 2, 49(5) and 62(1) of the *CHRA* supported an expansive interpretation of the term "services" to encompass legislative provisions. Instead, in keeping with the jurisprudence, these provisions pointed to the Tribunal's remedial power to render conflicting legislation inoperative, but they did not indicate that legislation itself constituted a service under the *CHRA*. He similarly rejected the argument that s. 67 of the *CHRA* had been enacted primarily to shield the *Indian Act* registration provisions, and he held that s. 67 had the broader purpose of insulating actions and decisions made pursuant to the *Indian Act*.

[17] The adjudicator thus concluded that, absent a discriminatory practice enumerated under the *CHRA*, the complainants could not challenge the provisions of the *Indian Act*. The adjudicator stated that an application under s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* would be more appropriate, citing *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567, in support of the position that the *Charter* framework was a better analytical fit for challenges to legislation than the *bona fide* justification analysis under the *CHRA*. He then dismissed the complaints.

droits de la personne qui seraient contraires à cette conclusion, et qui appuieraient la thèse selon laquelle le Tribunal peut connaître d'une plainte contestant directement un texte de loi, et il est parvenu à la même conclusion. Il a admis que, dans certaines circonstances, une plainte relative aux droits de la personne peut contester les agissements d'un décideur administratif qui met à exécution les aspects obligatoires d'une disposition législative, mais il a conclu que le plaignant doit tout de même faire état d'un acte discriminatoire qui entraîne l'exercice du pouvoir de réparation du Tribunal.

[16] Le membre décideur a ensuite rejeté les arguments selon lesquels l'art. 2 et les par. 49(5) et 62(1) de la *LCDP* appuient une interprétation élargie du terme « services » qui engloberait les dispositions législatives. Il a ajouté que, au contraire, conformément à la jurisprudence, ces dispositions mettent en évidence le pouvoir du Tribunal de rendre inopérantes des lois incompatibles à titre de réparation, mais n'indiquent pas que la loi elle-même constitue un service au sens de la *LCDP*. De même, le membre décideur a rejeté l'argument selon lequel l'art. 67 de la *LCDP* a été adopté principalement dans le but de mettre à l'abri les dispositions de la *Loi sur les Indiens* en matière d'inscription; il a déclaré que l'ancien art. 67 poursuivait l'objectif plus large de soustraire les mesures et les décisions prises sous le régime de la *Loi sur les Indiens* à l'application de la *LCDP*.

[17] Le membre décideur est donc parvenu à la conclusion que, faute d'un acte discriminatoire visé par la *LCDP*, les plaignants ne peuvent contester les dispositions de la *Loi sur les Indiens*. Il a ajouté qu'une demande fondée sur l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* est davantage indiquée. Il a cité *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, à l'appui de sa conclusion selon laquelle le cadre d'analyse fondé sur la *Charte* représente un moyen plus adéquat pour la contestation d'un texte de loi qu'une analyse consistant à démontrer l'existence d'un motif justifiable aux termes de la *LCDP*. Le membre décideur a donc rejeté les plaintes.

(2) The Andrews Decision

[18] The Tribunal also commenced an inquiry into the Andrews' complaints at the request of the Commission. The adjudicator, Member Marchildon, started her analysis from the proposition that the historical enfranchisement provisions were contrary to human rights values. However, the adjudicator then identified the determinative issues in *Andrews* as being whether the complaints involved the discriminatory provision of services and, if not, whether the *CHRA* allowed for complaints that were solely a challenge to legislation.

[19] As in *Matson*, the adjudicator considered the jurisprudence on what constituted a service along with the complainant's submissions and concluded that she was faced with a direct attack on s. 6 of the *Indian Act*. The adjudicator recognized that, while status registration may be a service, the underlying entitlement provisions were the product of Parliament's *sui generis* legislative power, which could not be construed as a service under s. 5 of the *CHRA*. The adjudicator adopted the *Matson* finding that *Murphy* had not been superseded by decisions of this Court and rejected the submission that other authority submitted to her by the Commission amounted to a conflicting line of authority. She further stated that the justification framework set out in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, was the more appropriate approach for determining whether rules of general application should be upheld.

B. *Federal Court (2015 FC 398, 477 F.T.R. 229)*

[20] The Federal Court dismissed the Commission's application for judicial review of the *Matson* and *Andrews* decisions.

[21] McVeigh J. held that the Tribunal had reasonably relied on *Murphy* to exclude legislation

(2) La décision Andrews

[18] À la demande de la Commission, le Tribunal a aussi procédé à l'instruction des plaintes de la famille Andrews. Comme point de départ de son analyse, le membre décideur, M<sup>me</sup> Marchildon, a examiné la thèse suivant laquelle les dispositions relatives à l'émancipation sont contraires aux valeurs des droits de la personne. Néanmoins, elle a ensuite précisé que, dans le cadre de cette affaire, les questions déterminantes étaient celles de savoir si les plaintes portaient sur une prestation de services à caractère discriminatoire, et, dans la négative, si la *LCDP* permettait l'instruction de plaintes qui constituent uniquement une contestation de la loi.

[19] Comme dans la décision *Matson*, le membre décideur a étudié la jurisprudence sur ce qui constitue un service, en la mettant en parallèle avec les observations du plaignant. Elle en a conclu qu'elle était en présence d'une contestation directe de l'art. 6 de la *Loi sur les Indiens*. Elle a reconnu que même si l'inscription à titre d'« Indien » peut constituer un service, les dispositions prévoyant le droit à l'inscription qui sous-tendent ce service découlent de l'exercice du pouvoir législatif *sui generis* du Parlement, qui ne peut être considéré comme un service aux termes de l'art. 5 de la *LCDP*. Le membre décideur a fait sienne la conclusion tirée dans la décision *Matson*, selon laquelle l'arrêt *Murphy* n'a pas été supplanté par les arrêts de notre Cour. Elle a ensuite rejeté la prétention voulant que les autres décisions soumises à son examen par la Commission constituent un courant jurisprudentiel contradictoire. Elle a en outre déclaré que le cadre de justification établi dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, est la méthode la plus appropriée pour décider s'il y a lieu de confirmer la validité de règles d'application générale.

B. *La Cour fédérale (2015 CF 398)*

[20] La Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire présentée par la Commission à l'encontre des décisions *Matson* et *Andrews*.

[21] La juge McVeigh a statué que le Tribunal s'était raisonnablement fondé sur l'arrêt *Murphy* pour

from the definition of a service. She rejected the Commission's argument that *Murphy* was not binding and had been wrongly decided. The Tribunal was, in her view, obliged to follow the vertical convention of precedent. Regardless, she did not view *Murphy* as wrongly decided and thus there was no reason for the Tribunal to depart from it. Further, McVeigh J. found that the Tribunal had reasonably concluded that, while it had the power to render conflicting legislation inoperable, it did not have the power to grant a remedy unless a discriminatory practice was established under the *CHRA*. Lastly, after reviewing the legislative history behind s. 67 of the *CHRA*, McVeigh J. concluded that the Tribunal had reasonably held that this was insufficient to ground an expansive interpretation of the registration provisions as constituting a service.

C. *Federal Court of Appeal (2016 FCA 200, [2017] 2 F.C.R. 211)*

[22] A unanimous Federal Court of Appeal dismissed the Commission's appeal from the Federal Court's decision.

[23] Writing for the Federal Court of Appeal, Gleason J.A. first considered the application of the standard of review to human rights tribunal decisions following *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190. She held that the reasonableness standard presumptively applied to a tribunal's interpretation of its home statute except where a recognized exception applied or where certain contextual factors indicated that correctness should apply.

[24] While recognizing that the correctness standard had on occasion been applied to the review of human rights tribunal decisions, Gleason J.A. found that the applicable standard of review could be determined by applying general principles of administrative law. The interpretation of human rights legislation did not rise to the standard of a

exclure les textes de loi du sens du terme service. Elle a rejeté l'argument avancé par la Commission selon lequel l'arrêt *Murphy* n'a pas valeur de précédent et est erroné. À son avis, le Tribunal était tenu de suivre la convention verticale du précédent. Quoi qu'il en soit, elle ne jugeait pas l'arrêt *Murphy* erroné, de sorte qu'il n'y avait pas lieu pour le Tribunal de s'en écarter. Qui plus est, la juge McVeigh a estimé que le Tribunal avait raisonnablement conclu qu'en dépit du fait qu'il pouvait déclarer un texte de loi inopérant, il n'avait pas le pouvoir d'accorder une réparation à moins que l'existence d'un acte discriminatoire, au sens de la *LCDP*, n'ait été établie. En définitive, après avoir passé en revue l'historique législatif de l'art. 67 de la *LCDP*, la juge McVeigh a conclu que le Tribunal avait raisonnablement jugé que la preuve soumise à cet égard n'était pas suffisante pour justifier l'interprétation large des dispositions sur l'inscription, selon laquelle cette dernière serait considérée comme un service.

C. *La Cour d'appel fédérale (2016 CAF 200, [2017] 2 R.C.F. 211)*

[22] Dans un arrêt unanime, la Cour d'appel fédérale a rejeté l'appel interjeté par la Commission à l'encontre de la décision de la Cour fédérale.

[23] S'exprimant au nom de la Cour d'appel fédérale, la juge Gleason a d'abord examiné l'application de la norme de contrôle aux décisions des tribunaux des droits de la personne à la suite de l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190. Elle a déclaré que la norme de la décision raisonnable doit, en principe, être appliquée aux décisions des tribunaux administratifs interprétant leur loi constitutive, sauf dans les cas où une exception reconnue s'applique, ou lorsque des facteurs contextuels donnent à penser qu'il convient d'appliquer la norme de la décision correcte.

[24] Tout en reconnaissant que des décisions des tribunaux spécialisés en matière de droits de la personne ont parfois été examinées selon la norme de la décision correcte, la juge Gleason a estimé que l'on peut déterminer la norme de contrôle applicable en ayant recours aux principes généraux du droit administratif. L'interprétation de la législation sur

constitutional question warranting correctness review. While the questions determined by human rights tribunals could be of such broad import as to be of central importance to the legal system as a whole, they generally did not fall outside the Tribunal's expertise. Gleason J.A. considered the possibility that the correctness standard could be applied where other tribunals had jurisdiction to interpret the same provisions of the *CHRA*, but no such overlap existed in the present case. Therefore, the reasonableness standard applied to the Tribunal's interpretation of s. 5, as well as its interpretation of the facts of the *Matson* and *Andrews* decisions.

[25] Gleason J.A. went on to find that the results reached by the Tribunal, and the reasons given, were reasonable. She accepted the Tribunal's characterization of the complaints as challenges to the act of legislating, agreed that legislatures do not provide "services" when passing laws, and confirmed that the principle of the primacy of human rights law applied only where conflicts between the *CHRA* and other legislation arose in cases addressing a discriminatory practice. Gleason J.A. also held that the Tribunal's inability to grant an effective remedy supported the conclusion that s. 5 was not engaged. She considered the Tribunal's approach to have an unassailable policy rationale, finding that there was no reason why the Tribunal should be an alternate forum for adjudicating issues regarding the alleged discriminatory nature of legislation when a *Charter* application was a more appropriate vehicle. Finally, on the issue of access to justice, Gleason J.A. disagreed with the Commission's view that the Tribunal was a more accessible forum than the courts.

les droits de la personne ne soulève pas de question constitutionnelle justifiant un contrôle selon la norme de la décision correcte. Bien que les questions tranchées par les tribunaux des droits de la personne puissent avoir une portée générale telle qu'elles revêtent une importance capitale pour l'ensemble du système juridique, elles n'échappent généralement pas aux domaines d'expertise du Tribunal. La juge Gleason a examiné la possibilité que la norme de la décision correcte s'applique lorsque d'autres tribunaux ont compétence pour interpréter les mêmes dispositions de la *LCDP*; cependant, il n'y avait aucun chevauchement de cet ordre en l'espèce. Par conséquent, selon la juge Gleason, c'est la norme de la décision raisonnable qui s'applique à l'interprétation de l'art. 5 par le Tribunal, de même qu'à son interprétation des faits dans les décisions *Matson* et *Andrews*.

[25] La juge Gleason a poursuivi en statuant que les conclusions tirées par le Tribunal, ainsi que les motifs à l'appui de celles-ci, étaient raisonnables. Elle a retenu la qualification des plaintes faite par le Tribunal, à savoir qu'il s'agit d'attaques directes contre l'acte de légiférer, pour ensuite reconnaître que les législatures ne fournissent pas des « services » lorsqu'elles adoptent des mesures législatives. Ensuite, elle a confirmé que le principe de la primauté des lois sur les droits de la personne s'applique uniquement en cas de conflit entre la *LCDP* et un autre texte de loi dans le cadre d'affaires portant sur un acte discriminatoire. La juge Gleason a en outre estimé que l'incapacité du Tribunal d'accorder une réparation efficace appuie la conclusion selon laquelle l'art. 5 n'entre pas en jeu. Elle a déclaré que, à son avis, l'approche retenue par le Tribunal repose sur des considérations de politique inattaquables, pour ensuite juger que rien ne justifie que le Tribunal fasse office de tribunal subsidiaire habilité à statuer sur des allégations concernant la nature discriminatoire d'une loi, alors qu'une demande fondée sur la *Charte* est un mécanisme qui convient davantage à cette fin. Enfin, en ce qui a trait à la question de l'accès à la justice, la juge Gleason s'est dite en désaccord avec la prétention de la Commission voulant que le Tribunal soit plus accessible que les cours de justice.

[26] For all of the foregoing reasons, Gleason J.A. concluded that there was no basis upon which to declare that *Murphy* was no longer good law or that the Tribunal's decisions were otherwise unreasonable.

#### IV. Analysis

##### A. *Applicable Standard of Review*

[27] This Court has for years attempted to simplify the standard of review analysis in order to “get the parties away from arguing about the tests and back to arguing about the substantive merits of their case” (*Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at para. 36, citing *Dunsmuir*, at para. 145, per Binnie J.). To this end, there is a well-established presumption that, where an administrative body interprets its home statute, the reasonableness standard applies (*Dunsmuir*, at para. 54; *Alberta Teachers*, at para. 39; *Wilson v. Atomic Energy of Canada Ltd.*, 2016 SCC 29, [2016] 1 S.C.R. 770, at para. 15; *Edmonton (City) v. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 SCC 47, [2016] 2 S.C.R. 293, at para. 22; *Quebec (Attorney General) v. Guérin*, 2017 SCC 42, [2017] 2 S.C.R. 3, at paras. 33-34; *Delta Air Lines Inc. v. Lukács*, 2018 SCC 2, [2018] 1 S.C.R. 6, at para. 8).

[28] The presumption may be rebutted and the correctness standard applied where one of the following categories can be established: (1) issues relating to the constitutional division of powers; (2) true questions of *vires*; (3) issues of competing jurisdiction between tribunals; and (4) questions that are of central importance to the legal system and outside the expertise of the decision maker (*Capilano*, at para. 24; *Dunsmuir*, at paras. 58-61). Exceptionally, the presumption may also be rebutted where a contextual inquiry shows a clear legislative intent that the correctness standard be applied (*Capilano*, at para. 34; *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3, at para. 46; *Tervita Corp. v. Canada (Commissioner of Competition)*, 2015 SCC 3, [2015] 1 S.C.R. 161, at paras. 35-36 and 38-39; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895, at

[26] Pour l'ensemble de ces motifs, la juge Gleason a conclu que rien ne permettait d'affirmer que l'arrêt *Murphy* n'était plus valable, ou que les décisions du Tribunal étaient par ailleurs déraisonnables.

#### IV. Analyse

##### A. *La norme de contrôle applicable*

[27] Depuis plusieurs années, notre Cour tente de simplifier l'analyse relative à la norme de contrôle applicable, afin de « faire en sorte que les parties cessent de débattre des critères applicables et fassent plutôt valoir leurs prétentions sur le fond » (*Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, par. 36, citant *Dunsmuir*, par. 145, le juge Binnie). Dans cette optique, il existe une présomption bien établie selon laquelle la décision d'un tribunal administratif qui interprète sa loi constitutive est assujettie à la norme de la décision raisonnable (*Dunsmuir*, par. 54; *Alberta Teachers*, par. 39; *Wilson c. Énergie Atomique du Canada Ltée*, 2016 CSC 29, [2016] 1 R.C.S. 770, par. 15; *Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 CSC 47, [2016] 2 R.C.S. 293, par. 22; *Québec (Procureure générale) c. Guérin*, 2017 CSC 42, [2017] 2 R.C.S. 3, par. 33-34; *Delta Air Lines Inc. c. Lukács*, 2018 CSC 2, [2018] 1 R.C.S. 6, par. 8).

[28] Cette présomption peut être réfutée, et la norme de la décision correcte appliquée, lorsqu'il est possible d'établir que les questions en jeu relèvent des catégories suivantes : (1) les questions touchant au partage constitutionnel des compétences; (2) les questions touchant véritablement à la compétence; (3) les questions touchant la compétence concurrente entre tribunaux administratifs; et (4) les questions d'importance capitale pour le système juridique et qui échappent au domaine d'expertise du décideur (*Capilano*, par. 24; *Dunsmuir*, par. 58-61). À titre exceptionnel, la présomption peut également être réfutée lorsqu'une analyse contextuelle révèle que le législateur avait clairement l'intention que la norme de la décision correcte s'applique (*Capilano*, par. 34; *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3, par. 46; *Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*,

para. 22; *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283, at para. 15).

[29] In applying the standard of review analysis, there is no principled difference between a human rights tribunal and any other decision maker interpreting its home statute (*Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471 (“*Mowat*”), at paras. 22-24; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467, at paras. 167-168; *Saguenay*, at para. 50; *Stewart v. Elk Valley Coal Corp.*, 2017 SCC 30, [2017] 1 S.C.R. 591, at para. 22). Human rights tribunals are equally entitled to deference where they apply their home statute.

[30] In both of its decisions, the Tribunal was called upon to characterize the complaints before it and ascertain whether a discriminatory practice had been made out under the *CHRA*. This falls squarely within the presumption of deference. Still, the Commission has submitted that the presumption can be rebutted on the basis that the Tribunal’s decisions raise a question of central importance outside its expertise or on the basis that a contextual analysis shows deference is unwarranted. While not urged by the Commission, continued uncertainty as to the applicability of the category of true questions of *vires* necessitates also addressing it briefly.

(1) True Questions of Jurisdiction

[31] True questions of *vires* have been described as a narrow and exceptional category of correctness review (*Alberta Teachers*, at para. 39), confined to instances where the decision maker must determine whether it has the authority to enter into the inquiry

2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161, par. 35-36 et 38-39; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895, par. 22; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283, par. 15).

[29] Lors de l’analyse relative à la norme de contrôle applicable, il n’existe aucune distinction de principe entre un tribunal des droits de la personne interprétant sa loi constitutive et tout autre décideur interprétant la sienne (*Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471 (« *Mowat* »), par. 22-24; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, 2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467, par. 167-168; *Saguenay*, par. 50; *Stewart c. Elk Valley Coal Corp.*, 2017 CSC 30, [2017] 1 R.C.S. 591, par. 22). Les tribunaux des droits de la personne ont également droit à la déférence lorsqu’ils appliquent leur loi constitutive.

[30] Dans ses deux décisions, le Tribunal a été appelé à qualifier les plaintes dont il était saisi et à vérifier si l’existence d’un acte discriminatoire au sens de la *LCDP* avait été établie. Cette démarche est clairement visée par la présomption de déférence. La Commission a néanmoins fait valoir que la présomption pouvait être réfutée, pour le motif que les deux décisions du Tribunal soulèvent une question d’une importance capitale qui échappe à l’expertise de celui-ci, ou pour le motif qu’il ressort d’une analyse contextuelle qu’aucune déférence n’est de mise à son endroit. Bien que la Commission n’ait pas plaidé en ce sens, l’incertitude qui persiste au sujet de l’applicabilité de la catégorie des questions touchant véritablement la compétence fait en sorte qu’il est aussi nécessaire de l’examiner brièvement.

(1) Les questions touchant véritablement à la compétence

[31] Les questions touchant véritablement à la compétence ont été décrites comme une catégorie exceptionnelle et étroite de questions appelant une révision selon la norme de la décision correcte (*Alberta Teachers*, par. 39). Elles se limitent aux situations

before it (*Dunsmuir*, at para. 59; *Guérin*, at para. 32). In this sense, “true” questions of jurisdiction involve a far narrower meaning of “jurisdiction” than the one ordinarily employed. This narrow sense of jurisdiction was emphasized by Dickson J. (as he then was) in *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corp.*, [1979] 2 S.C.R. 227 (“*CUPE*”), where he warned 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). This Court reaffirmed the narrow approach to jurisdiction in *Dunsmuir* when it explicitly rejected a return to the jurisdiction/preliminary question doctrine that had “plagued the jurisprudence” (para. 59; see also *Halifax (Regional Municipality) v. Nova Scotia (Human Rights Commission)*, 2012 SCC 10, [2012] 1 S.C.R. 364, at para. 34). A departure from this constrained understanding of jurisdiction would only risk resurrecting long-buried debates.

[32] Neither the Commission nor any lower court has suggested that this case involves the enigmatic category of true questions of *vires*. But the issue on appeal has, at times, been characterized by the parties and the courts below as being whether the Tribunal has the “jurisdiction” to consider direct attacks to legislation or whether the courts are the better forum to ascertain the validity of legislation. However, distilled to its essentials, the question before the Tribunal was whether legislative entitlements under the *Indian Act* fell within the definition of a service under the *CHRA*. As such, the Tribunal was determining whether the complaints concerned a discriminatory practice as defined by the *CHRA*.

[33] There is no question that the Tribunal had the authority to hear a complaint about a discriminatory practice. To that end, the question of what falls within

où le décideur est appelé à déterminer s’il a la faculté de connaître de la question (*Dunsmuir*, par. 59; *Guérin*, par. 32). En ce sens, les « véritables » questions de compétence renvoient à une signification bien plus restreinte de la « compétence » que celle habituellement donnée à ce mot. Ce sens étroit du terme compétence a été souligné par le juge Dickson (plus tard juge en chef) 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 (« *SCFP* »), lorsqu’il a formulé la mise en garde selon laquelle les tribunaux « devraient 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). Dans l’arrêt *Dunsmuir*, la Cour a confirmé l’approche étroite à adopter sur ce plan lorsqu’elle a expressément rejeté l’idée de revenir à la théorie de la compétence ou de la condition préalable qui a longtemps « pesé sur la jurisprudence » (par. 59; voir également *Halifax (Regional Municipality) c. Nouvelle-Écosse (Human Rights Commission)*, 2012 CSC 10, [2012] 1 R.C.S. 364, par. 34). Si l’on s’éloigne de cette conception étroite de la compétence, on ne fait donc que courir le risque de ressusciter des débats clos depuis longtemps.

[32] Ni la Commission ni les tribunaux d’instances inférieures n’ont laissé entendre que l’espèce mettait en jeu l’énigmatique catégorie des questions touchant véritablement à la compétence. Toutefois, à l’instar des parties, ils ont parfois décrit la question faisant l’objet du présent pourvoi comme étant celle de savoir si le Tribunal a « compétence » pour instruire des contestations directes d’un texte de loi, ou si les cours de justice sont les juridictions les plus à même de statuer sur la validité d’une loi. Quoiqu’il en soit, ramenée à l’essentiel, la question dont était saisi le Tribunal était celle de savoir si les droits à l’inscription prévus dans la *Loi sur les Indiens* constituent un service aux termes de la *LCDP*. C’est dans ce contexte que le Tribunal a cherché à établir si les plaintes en question visaient un acte discriminatoire au sens de la *LCDP*.

[33] Il ne fait aucun doute que le Tribunal avait le pouvoir d’instruire une plainte portant sur un acte discriminatoire. À cet égard, la question de savoir

the meaning of “services” is no more exceptional than those found in other cases where a majority of this Court has repeatedly declined to recognize a true question of jurisdiction (*Guérin*, at paras. 33-36; *Capilano*, at para. 26; *Alberta Teachers*, at para. 33; *CUPE*, at pp. 233-34; *Canadian Broadcasting Corp. v. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 SCC 57, [2015] 3 S.C.R. 615, at para. 39; *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678, at para. 35; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160, at para. 36; *Mowat*, at paras. 24-25). To find that the Tribunal was faced with a true question of *vires* would only risk disinterring the jurisdiction/preliminary question doctrine that was clearly put to rest in *Dunsmuir*. Plainly, the definition of a service under the *CHRA* is not a true question of *vires*.

[34] That being said, the persistent uncertainty over this category’s scope requires further comments. Since its inclusion as a category of correctness review in *Dunsmuir*, the concept of true questions of *vires* has been as elusive as it has been controversial. In *Alberta Teachers*, a majority of this Court considered eliminating *vires* review, remarking that it served little purpose but “has caused confusion to counsel and judges alike” (para. 38; see also paras. 34-42). The majority stressed that it was “unable to provide a definition of . . . a true question of jurisdiction” (para. 42).

[35] I pause here to note that it is indeed a challenge to identify a true question of jurisdiction in a coherent manner without returning to the jurisdiction/preliminary question doctrine that this Court clearly rejected in both *CUPE* (p. 233) and *Dunsmuir* (para. 35). In the view of some, most questions that might be identified as “jurisdictional” involve nothing more than an interpretation of a decision maker’s home statute or a closely related statute (P. Daly, *The hopeless search for “true” questions of*

ce qu’inclut le terme « services » n’a rien de plus exceptionnel que les questions qui se posaient dans le cadre d’autres affaires où notre Cour, à la majorité, a maintes fois refusé de voir une question touchant véritablement à la compétence (*Guérin*, par. 33-36; *Capilano*, par. 26; *Alberta Teachers*, par. 33; *SCFP*, p. 233-234; *Société Radio-Canada c. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 CSC 57, [2015] 3 R.C.S. 615, par. 39; *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678, par. 35; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160, par. 36; *Mowat*, par. 24-25). Conclure que le Tribunal devait trancher une question touchant véritablement à la compétence risquerait uniquement de tirer de l’oubli la théorie de la compétence ou de la condition préalable qui a clairement été mise au rancart dans *Dunsmuir*. En clair, définir ce qui constitue un service aux termes de la *LCDP* n’est pas une question touchant véritablement à la compétence.

[34] Cela dit, l’incertitude persistante quant à la portée de cette catégorie appelle des remarques supplémentaires. Depuis son inclusion, dans l’arrêt *Dunsmuir*, au sein des catégories de questions appelant la norme de la décision correcte, la notion de question touchant véritablement à la compétence s’est révélée aussi insaisissable que controversée. Dans l’arrêt *Alberta Teachers*, les juges majoritaires de la Cour ont envisagé d’éliminer la notion de compétence véritable dans le contexte de l’analyse relative à la norme de contrôle applicable, en faisant remarquer qu’elle est peu utile et qu’elle « sème la confusion tant chez les juges que chez les avocats » (par. 38; voir également les par. 34-42). Les juges majoritaires ont souligné qu’ils ne pouvaient « offrir de définition quant à [. . .] une question touchant véritablement à la compétence » (par. 42).

[35] J’ouvre ici une parenthèse pour souligner qu’il est en effet difficile d’établir de façon cohérente l’existence d’une pareille question sans pour autant revenir à la théorie de la compétence ou de la condition préalable que la Cour a clairement écartée dans les arrêts *SCFP* (p. 233) et *Dunsmuir* (par. 35). D’aucuns sont d’avis que la plupart des questions pouvant être qualifiées de [TRADUCTION] « questions de compétence » consistent simplement en l’interprétation, par un décideur, de sa loi constitutive ou

*jurisdiction* (August 15, 2013) (online)). In *McLean*, Moldaver J. observed that the U.S. Supreme Court has rejected the distinction between jurisdictional and non-jurisdictional interpretations of a home statute as a “mirage” (fn. 3, citing *City of Arlington, Texas v. Federal Communications Commission*, 133 S. Ct. 1863 (2013), at p. 1868).

[36] Nonetheless, in *Alberta Teachers*, the majority stayed its hand and instead emphasized that, if they exist, “[t]rue questions of jurisdiction are narrow and will be exceptional” (para. 39). It was left to future litigants to overcome the heavy burden of establishing that they have indeed discovered a true question of *vires* (para. 42). Yet, to date, no litigant has met this challenge before us.

[37] Since *Alberta Teachers*, the search for true questions of *vires* has, in fact, been fruitless. When the existence of such a question has been argued by litigants, this Court has reasserted the narrow and exceptional nature of this category (*Guérin*, at para. 32; *Capilano*, at para. 26; *SODRAC*, at para. 39; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Utilities Commission)*, 2015 SCC 45, [2015] 3 S.C.R. 219, at para. 27; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General)*, 2014 SCC 40, [2014] 2 S.C.R. 135, at para. 61). In 2013, an academic commentator characterized the search for a true question of jurisdiction as “hopeless”, noting that this Court had yet to identify one five years after *Dunsmuir* (Daly). It is now 10 years from *Dunsmuir* and the search remains just as hopeless. In applying *Dunsmuir*, this Court has been unable to identify a single instance where this category was found to be applicable.

[38] No more would need to be said on this matter if true questions of *vires* had simply faded into obscurity. However, that has not happened. The difficulty with true questions of *vires* is that jurisdiction is

d’une loi qui y est étroitement liée (P. Daly, *The hopeless search for « true » questions of jurisdiction* (15 août 2013) (en ligne)). Dans *McLean*, le juge Moldaver a noté que la Cour suprême des États-Unis a rejeté la distinction entre l’interprétation qui touche à la compétence et celle qui n’y touche pas parce qu’elle est [TRADUCTION] « illusoire » (note 3, citant *City of Arlington, Texas c. Federal Communications Commission*, 133 S. Ct. 1863 (2013), p. 1868).

[36] Néanmoins, dans l’arrêt *Alberta Teachers*, les juges majoritaires se sont contentés de souligner que, si elles existent, « [l]es véritables questions de compétence ont une portée étroite et se présentent rarement » (par. 39). Ils ont précisé qu’il appartiendra aux futures parties à un litige de s’acquitter du lourd fardeau de démontrer qu’elles ont bel et bien trouvé une question touchant véritablement à la compétence (par. 42). Toutefois, jusqu’à maintenant, aucune partie à un litige n’a pu relever ce défi devant nous.

[37] Depuis l’arrêt *Alberta Teachers*, la quête des questions touchant véritablement à la compétence est en fait demeurée vaine. Chaque fois que des parties à un litige ont plaidé l’existence d’une question de ce genre, notre Cour a réaffirmé le caractère restrictif et la nature exceptionnelle de cette catégorie (*Guérin*, par. 32; *Capilano*, par. 26; *SODRAC*, par. 39; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Utilities Commission)*, 2015 CSC 45, [2015] 3 R.C.S. 219, par. 27; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2014 CSC 40, [2014] 2 R.C.S. 135, par. 61). En 2013, un auteur de doctrine a qualifié la quête de questions touchant véritablement à la compétence de [TRADUCTION] « désespérée », en faisant également observer que la Cour, cinq ans après l’arrêt *Dunsmuir*, n’en avait pas encore trouvé une seule (Daly). Dix années se sont maintenant écoulées depuis l’arrêt *Dunsmuir*, et cette quête reste toujours aussi désespérée. Toutes les fois où elle a appliqué l’arrêt *Dunsmuir*, notre Cour n’a jamais été en mesure de trouver un seul cas où cette catégorie aurait pu être jugée applicable.

[38] Si les questions touchant véritablement à la compétence étaient tout bonnement tombées dans l’oubli, il serait inutile d’en dire davantage à ce sujet. Cependant, cela ne s’est pas produit. La difficulté

a slippery concept. Where decision makers interpret and apply their home statutes, they inevitably determine the scope of their statutory power (*Alberta Teachers*, at para. 34). There are no clear markers to distinguish between simple questions of jurisdiction (i.e., questions that determine the scope of one's authority) and true questions of *vires* (i.e., questions that determine whether one has authority to enter into the inquiry). Such imprecision tempts litigants and judges alike to return to a broad understanding of jurisdiction as justification for correctness review contrary to this Court's jurisprudence. As a result, the elusive search for true questions of *vires* may both threaten certainty for litigants and undermine legislative supremacy.

[39] For some, the continued existence of the category of true questions of *vires* may seem to provide conceptual value, at most. In his concurrence in *Alberta Teachers*, Cromwell J. wrote a spirited defence of the conceptual necessity of correctness review for jurisdiction given the courts' supervisory power over the bounds of jurisdiction, but even he conceded that the category of true questions of *vires* has little analytical value in the standard of review analysis (para. 94). It remains an open question whether conceptual necessity can justify the resources that courts and parties devote to the attempt to define an inherently nebulous concept.

[40] Our jurisprudence has held that the constitutional guarantee of judicial review is premised on the courts' duty to ensure that public authorities do not overreach their lawful powers (*Dunsmuir*, at para. 29; *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220, at pp. 234-38). However, the jurisprudence has also affirmed that judicial review is based on respect for the choices of the legislature's

inhérente à ce type de questions tient au fait que la compétence est un concept aux contours flous. Lorsque les décideurs interprètent et appliquent leurs lois constitutives, ils déterminent nécessairement la portée du pouvoir que leur confère la loi (*Alberta Teachers*, par. 34). Il n'existe aucune balise claire qui permettrait de distinguer les simples questions de compétence (soit celles permettant de décider de l'étendue du pouvoir d'une personne) des questions touchant véritablement à la compétence (soit celles permettant de décider si la personne a compétence pour procéder à l'instruction). Devant pareille imprécision, les avocats tout comme les juges sont tentés de revenir à une interprétation large de la notion de compétence pour justifier l'application de la norme de la décision correcte, contrairement à la jurisprudence de notre Cour. En conséquence, non seulement la recherche illusoire de questions touchant véritablement à la compétence peut-elle mettre en péril la certitude dont ont besoin les parties, mais elle peut aussi miner la suprématie législative.

[39] Pour certains, le maintien de la catégorie des questions touchant véritablement à la compétence peut, au mieux, sembler offrir une certaine valeur au plan théorique. Dans ses motifs concordants dans l'arrêt *Alberta Teachers*, le juge Cromwell a souligné avec emphase la nécessité conceptuelle d'un examen de la compétence en fonction de la norme de la décision correcte étant donné le pouvoir de surveillance des cours de justice à l'égard des limites de la compétence. Or, même lui a reconnu que la catégorie des questions touchant véritablement à la compétence apportait peu à l'analyse relative à la norme de contrôle applicable (par. 94). L'on peut donc se demander si cette nécessité conceptuelle justifie que l'on consacre les ressources des cours de justice et des parties à tenter de définir un concept intrinsèquement nébuleux.

[40] Notre jurisprudence reconnaît que la garantie constitutionnelle dont bénéficie le contrôle judiciaire repose sur l'obligation des cours de justice de veiller à la légalité de l'action administrative (*Dunsmuir*, par. 29; *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220, p. 234-238). Cependant, notre jurisprudence a également confirmé que le contrôle judiciaire repose sur le respect des choix des décideurs

delegated decision makers and recognizes the legitimacy of multiple reasonable interpretations of a statute (*Dunsmuir*, at para. 35; *McLean*, at para. 33). In matters of statutory interpretation where there is only one reasonable answer, this Court has shown that the reasonableness standard still allows the reviewing court to properly deal with the principles of the rule of law and legislative supremacy that remain at the core of the judicial review analysis (*McLean*, at para. 38; *Mowat*, at para. 34; *Dunsmuir*, at para. 75). In this regard, reasonableness review is often more than sufficient to fulfil the courts' supervisory role with regard to the jurisdiction of the executive.

[41] The reality is that true questions of jurisdiction have been on life support since *Alberta Teachers*. No majority of this Court has recognized a single example of a true question of *vires*, and the existence of this category has long been doubted. Absent full submissions by the parties on this issue and on the potential impact, if any, on the current standard of review framework, I will only reiterate this Court's prior statement that it will be for future litigants to establish either that the category remains necessary or that the time has come, in the words of Binnie J., to "euthanize the issue" once and for all (*Alberta Teachers*, at para. 88).

## (2) Questions of Central Importance

[42] The Commission argues that the Tribunal's decisions raise a question of central importance in which it lacks expertise because other federal tribunals with the power to determine general questions of law have concurrent jurisdiction to interpret the scope of s. 5 of the *CHRA*. *Dunsmuir* recognized that the correctness standard of review can apply to questions of law that are both of central importance to the legal system as a whole and outside the decision maker's specialized area of expertise (paras. 55 and 60). Since *Dunsmuir*, this category of correctness review has been applied only twice by this Court

à qui le législateur a confié des fonctions, et reconnaît qu'une loi puisse légitimement se prêter à plusieurs interprétations raisonnables (*Dunsmuir*, par. 35; *McLean*, par. 33). En ce qui a trait aux questions d'interprétation législative qui n'appellent qu'une seule réponse raisonnable, notre Cour a démontré que la norme de la raisonabilité permet toujours aux cours de révision de statuer efficacement sur des questions en tenant compte tant des principes de la primauté du droit que de la suprématie législative qui sont au cœur de l'analyse que commande le contrôle judiciaire (*McLean*, par. 38; *Mowat*, par. 34; *Dunsmuir*, par. 75). Sous ce rapport, l'application de la norme de la raisonabilité permet bien souvent aux tribunaux de remplir aisément leur fonction de surveillance à l'égard de la compétence de l'exécutif.

[41] En réalité, la catégorie des questions touchant véritablement à la compétence est maintenue en vie artificiellement depuis l'arrêt *Alberta Teachers*. Jamais les juges majoritaires de la Cour n'ont reconnu un seul exemple de question de ce type, et son existence même est mise en doute depuis longtemps. Comme les parties n'ont pas présenté d'observations complètes sur cette question et son effet potentiel, s'il en est, sur le cadre d'analyse actuel applicable à la norme de contrôle, je me contenterai de réitérer le commentaire déjà formulé par la Cour, c'est-à-dire que ce sera aux éventuelles parties à un litige d'établir si cette catégorie est toujours nécessaire ou si le moment est venu, pour reprendre les termes du juge Binnie, « d'en finir avec cette catégorie de questions » une fois pour toutes (*Alberta Teachers*, par. 88).

## (2) Les questions d'une importance capitale

[42] La Commission soutient que les décisions du Tribunal soulèvent une question d'une importance capitale à l'égard de laquelle celui-ci ne possède pas l'expertise voulue, puisque d'autres tribunaux fédéraux habilités à trancher des questions générales de droit ont une compétence concurrente à l'égard de l'interprétation de la portée de l'art. 5 de la *LCDP*. L'arrêt *Dunsmuir* a établi que la norme de contrôle de la décision correcte pouvait s'appliquer aux questions de droit qui, à la fois, présentent une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble, et sont étrangères au domaine d'expertise du décideur

— first in *Saguenay*, at paras. 49-51, and then in *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. University of Calgary*, 2016 SCC 53, [2016] 2 S.C.R. 555, at paras. 21-22 and 26. Indeed, this Court has repeatedly rejected a liberal application of this category (see, e.g., *Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616, at para. 38; *Whatcott*, at para. 168; *Kanhasamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 61, [2015] 3 S.C.R. 909, at para. 44; *Commission scolaire de Laval v. Syndicat de l'enseignement de la région de Laval*, 2016 SCC 8, [2016] 1 S.C.R. 29, at para. 34; *Alberta Teachers*, at para. 32; *Barreau du Québec v. Québec (Attorney General)*, 2017 SCC 56, [2017] 2 S.C.R. 488, at para. 18; *Canadian National Railway*, at paras. 60 and 62; *McLean*, at para. 28).

[43] Here, the Tribunal has extensive expertise in determining what is meant by a discriminatory practice. The ability of other federal tribunals to apply the *CHRA* does not rob the Tribunal of its expertise in its home statute. Regardless of whether the questions before the Tribunal rose to the requisite level of importance, they were clearly within the Tribunal's expertise. This category does not apply.

### (3) Contextual Approach

[44] The Commission also urged that a contextual analysis rebuts the presumption of reasonableness review. It argued that this shows clear legislative intent that the correctness standard applies, largely on the ground that the Tribunal changed the “foundational legal test” for what constitutes a service under the *CHRA*. On the basis of their contextual analysis, my colleagues Côté and Rowe JJ. would also apply a correctness standard of review. Respectfully, I disagree with both positions.

(par. 55 et 60). Depuis *Dunsmuir*, notre Cour a appliqué cette catégorie commandant l'utilisation de la norme de la décision correcte à seulement deux reprises — d'abord dans l'arrêt *Saguenay*, par. 49-51, et ensuite dans l'arrêt *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. University of Calgary*, 2016 CSC 53, [2016] 2 R.C.S. 555, par. 21-22 et 26. En fait, la Cour a maintes fois rejeté une application libérale de cette catégorie (voir, p. ex., *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616, par. 38; *Whatcott*, par. 168; *Kanhasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 61, [2015] 3 R.C.S. 909, par. 44; *Commission scolaire de Laval c. Syndicat de l'enseignement de la région de Laval*, 2016 CSC 8, [2016] 1 R.C.S. 29, par. 34; *Alberta Teachers*, par. 32; *Barreau du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2017 CSC 56, [2017] 2 R.C.S. 488, par. 18; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, par. 60 et 62; *McLean*, par. 28).

[43] Ici, le Tribunal possède une vaste expertise pour ce qui est de déterminer ce qui constitue un acte discriminatoire. Le fait que d'autres tribunaux fédéraux soient habilités à appliquer la *LCDP* ne dépouille nullement le Tribunal de son expertise relativement à sa loi constitutive. Indépendamment du fait qu'elles aient ou non atteint l'importance requise, les questions soumises au Tribunal relevaient clairement de son expertise. Par conséquent, en l'espèce, cette catégorie de questions ne trouve pas application.

### (3) L'analyse contextuelle

[44] La Commission a aussi soutenu qu'une analyse contextuelle réfute la présomption d'application de la norme de la décision raisonnable en l'espèce. Selon elle, cette analyse révèle l'intention claire du législateur que la norme de la décision correcte s'applique, en s'appuyant sur le fait que le Tribunal a modifié le [TRADUCTION] « critère juridique fondamental » servant à déterminer ce qui constitue un service aux termes de la *LCDP*. En se fondant sur l'analyse contextuelle qu'ils ont effectuée, mes collègues les juges Côté et Rowe appliqueraient également la norme de la décision correcte. Soit dit en tout respect, je suis en désaccord avec ces deux positions.

[45] The presumption of reasonableness was intended to prevent litigants from undertaking a full standard of review analysis in every case. Where the presumption applies, such simplicity requires that the contextual approach play a subordinate role in the standard of review analysis. Certainly, this Court has indicated that, occasionally, such a contextual inquiry can rebut the presumption of deference (*Saguenay*, at para. 46; *Capilano*, at para. 32; *Tervita*, at para. 35; *McLean*, at para. 22; *Barreau du Québec*, at para. 23). However, the Court has also noted that this will occur in the “exceptional *other* case” (*Rogers*, at para. 16 (emphasis in original)).

[46] This contextual approach should be applied sparingly. As held by the majority of this Court in *Alberta Teachers*, it is inappropriate to “retreat to the application of a full standard of review analysis where it can be determined summarily” (para. 44). After all, the “contextual approach can generate uncertainty and endless litigation concerning the standard of review” (*Capilano*, at para. 35). The presumption of reasonableness review and the identified categories will generally be sufficient to determine the applicable standard. In the exceptional cases where such a contextual analysis may be justified to rebut the presumption, it need not be a long and detailed one (*Capilano*, at para. 34). Where it has been done or referred to in the past, the analysis has been limited to determinative factors that showed a clear legislative intent justifying the rebuttal of the presumption (see, e.g., *Rogers*, at para. 15; *Tervita*, at paras. 35-36; see also, *Saguenay*, at paras. 50-51).

[47] In this regard, I cannot agree with my colleagues Côté and Rowe JJ.’s characterization of the current standard of review framework as requiring correctness review wherever the “contextual factors listed in *Dunsmuir* point towards correctness as the appropriate standard” (para. 73). Where the presumption of reasonableness review applies, as it does here, this suggestion is contrary to the contextual

[45] La présomption d’application de la norme de la décision raisonnable se voulait un moyen d’éviter aux parties d’avoir systématiquement à passer par une analyse exhaustive de la norme de contrôle applicable. Lorsque la présomption s’applique, il est nécessaire, pour que le processus soit ainsi simplifié, que l’analyse contextuelle joue un rôle qui reste subordonné dans l’analyse relative à la norme de contrôle. Notre Cour a certes déjà indiqué que, occasionnellement, la présomption de déférence peut être réfutée par une analyse contextuelle (*Saguenay*, par. 46; *Capilano*, par. 32; *Tervita*, par. 35; *McLean*, par. 22; *Barreau du Québec*, par. 23). Cependant, la Cour a aussi souligné que cela était le cas dans une « situation exceptionnelle *nouvelle* » (*Rogers*, par. 16 (en italique dans l’original)).

[46] Cette approche contextuelle devrait être appliquée avec parcimonie. Comme l’ont déclaré les juges majoritaires de la Cour dans l’arrêt *Alberta Teachers*, il est inapproprié de « revenir à l’analyse exhaustive lorsqu’une démarche sommaire permet de déterminer la norme de contrôle » (par. 44). En effet, le « recours à une analyse contextuelle peut être source d’incertitude et d’interminables litiges au sujet de la norme de contrôle applicable » (*Capilano*, par. 35). La présomption d’application de la norme de la décision raisonnable et les catégories déjà énumérées suffiront généralement pour déterminer la norme de contrôle applicable. Dans les cas exceptionnels où il serait justifié de recourir à une analyse contextuelle pour repousser la présomption, celle-ci n’a pas à être longue et détaillée (*Capilano*, par. 34). Dans les situations où tel était le cas, ou lorsqu’il en a été question par le passé, l’analyse ne portait que sur les facteurs déterminants qui révélaient une intention claire du législateur justifiant la réfutation de la présomption (voir, p. ex., *Rogers*, par. 15; *Tervita*, par. 35-36; voir également *Saguenay*, par. 50-51).

[47] À cet égard, je ne peux souscrire à la qualification que mes collègues les juges Côté et Rowe donnent au cadre d’analyse actuel applicable à la norme de contrôle, qui exigerait selon eux l’application de la norme de la décision correcte dès que « les facteurs contextuels énumérés dans l’arrêt *Dunsmuir* tendent plutôt vers la norme de la décision correcte » (par. 73). Lorsque la présomption d’application de la

approach's ancillary role in our current jurisprudence and would undermine the certainty this Court has sought to establish in the past decade. While this Court may eventually find it necessary to revisit the standard of review framework, dissatisfaction with the current state of the law is no reason to ignore our precedents following *Dunsmuir*. To do so only adds confusion to an already challenging area of law.

[48] Turning to the specifics of this case with this guidance in mind, there are no factors present in this appeal that would necessitate a long and detailed contextual analysis to rebut the presumption. The Commission's submission that changes to "foundational legal tests" require the application of a correctness standard must be rejected. It has no basis in the jurisprudence, is not a clear indicator of legislative intent, and would risk adding only more uncertainty to the standard of review analysis. Moreover, I would be cautious not to expand the appropriate factors beyond those enumerated in *Dunsmuir* without a principled basis for doing so, as this would invite unprincipled interference with the legislature's delegates.

[49] I also consider it necessary to address my colleagues Côté and Rowe JJ.'s own application of the contextual analysis in this case. None of the factors they raise, in my opinion, warrants the application of the contextual approach or, by extension, correctness review. With respect, I am of the view that their treatment of the contextual analysis is unsupported by, and at points contrary to, this Court's jurisprudence.

[50] With regard to the absence of a privative clause, this Court has long since established that such an omission does not rebut the presumption of deference

norme de la raisonnablement joue, comme en l'espèce, l'approche qu'ils suggèrent d'adopter irait à l'encontre du rôle accessoire de l'analyse contextuelle dans notre jurisprudence actuelle, et compromettrait la stabilité que notre Cour a cherché à établir au cours de la dernière décennie. Bien que notre Cour puisse ultérieurement juger nécessaire d'examiner à nouveau le cadre d'analyse applicable à la norme de contrôle, une insatisfaction face à l'état actuel du droit ne permet pas de faire abstraction de notre jurisprudence postérieure à l'arrêt *Dunsmuir*. Cela ne fait que créer de la confusion inutile dans un domaine du droit qui est déjà complexe.

[48] Dans cette perspective, au regard des circonstances particulières de la présente affaire, aucun facteur ne rend nécessaire une analyse contextuelle longue et détaillée pour tenter de réfuter la présomption en l'espèce. L'argument de la Commission selon lequel les modifications apportées aux « critères juridiques fondamentaux » exigent l'application de la norme de la décision correcte doit être rejeté. En effet, cet argument n'a aucun fondement dans la jurisprudence, ne constitue pas une indication claire de l'intention du législateur, et risquerait d'ajouter encore plus à l'incertitude dans l'analyse de la norme de contrôle applicable. De plus, je prendrais garde de ne pas ajouter aux facteurs appropriés énumérés dans *Dunsmuir* à moins que ce ne soit fondé sur une raison valable de principe, sans quoi cela risquerait de donner lieu à une ingérence injustifiée dans l'exercice des pouvoirs des décideurs à qui le législateur a choisi de déléguer certaines fonctions.

[49] J'estime par ailleurs que je dois aussi me pencher sur l'application de l'analyse contextuelle que font mes collègues les juges Côté et Rowe en l'espèce. À mon avis, aucun des facteurs qu'ils soulèvent ne justifie l'application de cette analyse, ou, par extension, de la norme de la décision correcte. N'en déplaît à mes collègues, je suis d'avis que la façon dont ils appliquent l'analyse contextuelle ne trouve pas appui dans la jurisprudence de notre Cour et, à certains égards, qu'elle est même contraire à celle-ci.

[50] Pour ce qui est de l'absence de clause privative, notre Cour a établi depuis longtemps qu'une telle omission ne repousse pas la présomption de déférence

(*Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at para. 25; *Mowat*, at para. 17). To the contrary, the fact that the legislature has allocated authority to a decision maker other than the courts is itself an indication that the legislature intended deferential review (*Khosa*, at para. 25).

[51] This Court’s jurisprudence also does not support correctness review on the basis that other administrative tribunals may consider the *CHRA*. Certainly, this Court has recognized that correctness review may be applied where a tribunal is not part of a “discrete and special administrative regime” because it shares jurisdiction with the courts or because there is clear language indicating that it is to be treated as if it were a court (*Rogers*, at para. 15 (emphasis deleted), citing *Dunsmuir*, at para. 55; see also *Tervita*, at para. 38). This is distinguishable, however, from the situation where a tribunal applies its home statute, the courts have no concurrent jurisdiction and there is no explicit appeal clause. Indeed, in my view, the approach taken by *Côté* and *Rowe JJ.* would create a new category of correctness review for alleged questions of central importance regardless of the tribunal’s expertise.

[52] The potential for conflicting lines of authority does not warrant correctness review either. This Court has recognized that conflicting lines of authority do not, on their own, justify judicial review and it has applied a deferential standard where they have been raised (*Wilson*, at para. 17; *Barreau du Québec*, at para. 19; *Smith*, at para. 38; *Domtar Inc. v. Quebec (Commission d’appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 S.C.R. 756, at pp. 800-801). I also doubt that there is a conflicting line of authority in this case. The approach to s. 5 of the *CHRA* taken in *Druken* in 1998 was set aside in *Murphy* in 2012, and this guidance has since been followed. Tellingly, the most recent conflicting authority *Côté* and *Rowe JJ.* have identified dates back 17 years.

(*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, par. 25; *Mowat*, par. 17). Au contraire, le fait que le législateur a confié certains pouvoirs à un décideur administratif plutôt qu’aux tribunaux judiciaires porte à croire qu’il avait l’intention que la déférence s’impose (*Khosa*, par. 25).

[51] De plus, la jurisprudence de la Cour n’étaye pas une application de la norme de la décision correcte fondée sur le fait que d’autres tribunaux administratifs peuvent trancher des questions relatives à la *LCDP*. Notre Cour a certes reconnu que la norme de la décision correcte peut s’appliquer lorsqu’un tribunal ne fait pas partie d’un « régime administratif distinct et particulier » parce qu’il a compétence concurrente avec les cours de justice ou parce qu’il est clairement indiqué dans une disposition que la décision doit être traitée comme si elle avait été rendue par une cour de justice (*Rogers*, par. 15 (italique omis), citant *Dunsmuir*, par. 55; voir également *Tervita*, par. 38). Cette situation diffère par contre de celle où un tribunal applique sa loi constitutive, où les cours de justice n’ont pas compétence concurrente et où il n’y a pas de disposition expresse créant un droit d’appel. De fait, à mon avis, la démarche adoptée à ce chapitre par mes collègues les juges *Côté* et *Rowe* créerait une nouvelle catégorie appelant la norme de la décision correcte pour les questions qui auraient une importance capitale, peu importe l’expertise du tribunal.

[52] La possibilité que des courants jurisprudentiels divergents existent ne justifie pas non plus l’application de la norme de la décision correcte. Notre Cour a reconnu que les courants de ce type ne justifient pas à eux seuls un contrôle judiciaire, et elle a appliqué une norme empreinte de déférence dans les cas où ils ont été soulevés (*Wilson*, par. 17; *Barreau du Québec*, par. 19; *Smith*, par. 38; *Domtar Inc. c. Québec (Commission d’appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756, p. 800-801). Je doute aussi qu’il existe un tel courant jurisprudentiel divergent relativement aux questions soulevées dans la présente affaire. La démarche relative à l’art. 5 de la *LCDP* adoptée dans *Druken* en 1998 a été écartée dans l’arrêt *Murphy* en 2012, lequel fait autorité depuis. Qui plus est, la décision contradictoire la plus récente dont font mention mes collègues les juges *Côté* et *Rowe* a été rendue il y a 17 ans.

[53] Lastly, I take issue with the treatment Côté and Rowe JJ. give to the nature of the question at issue and the purpose of the Tribunal. Interpreting the scope of the term “services” does not have a constitutional dimension. No interpretation of s. 5 of the *CHRA* could prevent superior courts from hearing challenges under s. 15 of the *Charter* or give the Tribunal the power to hear *Charter* applications. Indeed, framing these factors as a question of whether certain questions are better suited for courts effectively applies the jurisdiction/preliminary question doctrine. As discussed, this doctrine was long ago put to rest (*CUPE*, at p. 233; *Dunsmuir*, at para. 59; *Halifax*, at para. 34).

[54] As the presumption that reasonableness review applies is not rebutted, the Tribunal’s decisions will be reviewed on a reasonableness standard, as it was at the Federal Court and the Federal Court of Appeal.

#### B. *Review of the Decisions*

##### (1) The Reasonableness Standard

[55] In reasonableness review, the reviewing court is concerned mostly with “the existence of justification, transparency and intelligibility within the decision-making process” and with determining “whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law” (*Dunsmuir*, at para. 47; *Newfoundland and Labrador Nurses’ Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708, at para. 14). When applied to a statutory interpretation exercise, reasonableness review recognizes that the delegated decision maker is better situated to understand the policy concerns and context needed to resolve any ambiguities in the statute (*McLean*, at para. 33). Reviewing courts must also refrain from reweighing and reassessing the evidence considered by the decision maker (*Khosa*, at para. 64). At its core, reasonableness review recognizes the legitimacy of

[53] Enfin, je suis en désaccord avec la façon dont mes collègues les juges Côté et Rowe analysent la nature de la question en litige et l’objet du Tribunal. L’interprétation de la portée du terme « services » ne comporte pas de dimension constitutionnelle. Aucune interprétation de l’art. 5 de la *LCDP* ne peut empêcher les cours supérieures de statuer sur des contestations fondées sur l’art. 15 de la *Charte*, ni ne peut habiliter le Tribunal à connaître des demandes fondées sur la *Charte*. De fait, formuler l’analyse de ces facteurs comme consistant à savoir si les cours de justice sont mieux placées pour trancher certaines questions revient à effectivement mettre en cause la théorie de la compétence ou de la condition préalable. Comme je l’ai déjà expliqué, cette théorie a été écartée il y a longtemps (*SCFP*, p. 233; *Dunsmuir*, par. 59; *Halifax*, par. 34).

[54] Puisque la présomption d’application de la norme de la décision raisonnable n’est pas réfutée, à l’instar de la Cour fédérale et de la Cour d’appel fédérale, j’examinerai les décisions du Tribunal selon la norme de la décision raisonnable.

#### B. *Le contrôle des décisions*

##### (1) La norme de la décision raisonnable

[55] Lorsqu’une cour de révision examine une décision selon la norme de la décision raisonnable, elle doit principalement s’intéresser à « la justification de la décision, à la transparence et à l’intelligibilité du processus décisionnel », de même qu’à « l’appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » (*Dunsmuir*, par. 47; *Newfoundland and Labrador Nurses’ Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708, par. 14). Lorsqu’elle est appliquée à l’interprétation législative, la norme de la décision raisonnable reconnaît que le décideur, titulaire de pouvoirs délégués, est le mieux placé pour comprendre les considérations de politique générale et le contexte qu’il faut connaître pour résoudre toute ambiguïté dans le texte de loi (*McLean*, par. 33). Les cours de révision doivent par ailleurs éviter de soupeser et d’apprécier à nouveau la preuve prise en compte par le décideur

multiple possible outcomes, even where they are not the court's preferred solution.

## (2) Application

[56] In both decisions, the Tribunal provided careful and well-considered reasons explaining why the complaints had not established a discriminatory practice under the *CHRA*. The adjudicators first characterized the complaints as direct attacks on legislation. They then found that, while the *CHRA* conferred remedial authority to render conflicting legislation inoperable, the Tribunal could not grant a remedy unless a discriminatory practice had first been established. They then concluded that legislation *per se* was not a service under the s. 5 prohibition of discriminatory practices in the provision of services. In coming to this conclusion, the adjudicators considered the complainants' evidence and submissions, the governing jurisprudence, the purpose, nature and scheme of the *CHRA*, and relevant policy considerations. The decisions meet the *Dunsmuir* standard of intelligibility, transparency and justifiability, and fall within the range of reasonable outcomes (para. 47).

[57] The critical issue for the adjudicators to decide was whether the complaints constituted a direct attack on legislation or whether they concerned discrimination in the provision of a service. It is uncontroversial that actions of the executive in providing services primarily available to the public are reviewable under human rights legislation (see, e.g., *Tranchemontagne*; *Beattie v. Canada (Aboriginal Affairs and Northern Development)*, 2014 CHRT 1; *Canada (Attorney General) v. Davis*, 2013 FC 40, 425 F.T.R. 200; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2012 FC 445, [2013] 4 F.C.R. 545). What is controversial is consideration of complaints that, in substance, solely

(*Khosa*, par. 64). Fondamentalement, la norme de la raisonnable reconnaît qu'il peut légitimement y avoir de multiples issues possibles, même lorsque celles-ci ne correspondent pas à la solution optimale que la cour de révision aurait elle-même retenue.

## (2) Application

[56] Dans les deux décisions qu'il a rendues, le Tribunal a fourni des motifs soigneusement rédigés et mûrement réfléchis où il a expliqué les raisons pour lesquelles les plaignants n'avaient pas réussi à établir l'existence d'un acte discriminatoire au sens de la *LCDP*. Les membres décideurs ont d'abord qualifié les plaintes de contestations visant directement un texte de loi. Ils ont ensuite conclu que, s'il était vrai que la *LCDP* conférait au Tribunal le pouvoir réparateur de déclarer inopérantes des lois incompatibles, ce dernier ne pouvait accorder une telle réparation sans que l'existence d'un acte discriminatoire ait été prouvée au préalable. Ils ont ajouté qu'un texte de loi en soi n'était pas un service aux termes de l'art. 5, qui interdit les actes discriminatoires dans le cadre de la prestation de services. Pour parvenir à cette conclusion, les membres décideurs ont étudié les éléments de preuve et les observations des plaignants, la jurisprudence applicable, l'objet, la nature et l'économie de la *LCDP* et enfin, les considérations de politique générale pertinentes. Les décisions en cause respectent les critères de justification, de transparence et d'intelligibilité définis dans *Dunsmuir*, et elles appartiennent aux issues possibles raisonnables (par. 47).

[57] La question déterminante que les membres décideurs devaient trancher était celle de savoir si les plaintes constituaient une attaque directe contre un texte de loi ou si elles mettaient en cause un acte discriminatoire dans la prestation d'un service. Il est incontesté que les actions de l'exécutif dans le cadre de la fourniture de services destinés principalement au public sont susceptibles de faire l'objet d'un examen fondé sur les lois en matière de droits de la personne (voir, p. ex., *Tranchemontagne*; *Beattie c. Canada (Affaires indiennes et du Nord)*, 2014 TCDP 1; *Canada (Procureur général) c. Davis*, 2013 CF 40; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2012 CF

target legislation. In reviewing such complaints, human rights tribunals are faced with the challenging task of distinguishing between administrative services and legislation. Human rights tribunals in federal and provincial jurisdictions have taken various approaches to making such a distinction (C. Mummé, “At the Crossroads in Discrimination Law: How the Human Rights Codes Overtook the *Charter* in Canadian Government Services Cases” (2012), 9 *J.L. & Equality* 103, at pp. 116-17). Since this raises a question of mixed fact and law squarely within their expertise, human rights tribunals are best situated to develop an approach to making such distinctions. Under reasonableness review, the reviewing court’s task is to supervise the tribunal’s approach in the context of the decision as a whole. Its role is not to impose an approach of its own choosing.

[58] The adjudicators approached the characterization of the complaints by looking at the jurisprudence for determining what constitutes a service under s. 5 of the *CHRA* and by considering the nature of the allegations, the wording of the complainants’ submissions and the relationship between the Registrar and the s. 6 entitlement provisions of the *Indian Act*. Both adjudicators placed weight on the complainants’ submissions that framed their complaints as targeting the *Indian Act* entitlement provisions. The adjudicators found that the complaints did not impugn the means by which the Registrar had processed their applications, but substantively targeted the eligibility criteria that the Registrar was required to apply. On this basis, the adjudicators reasonably concluded that the complaints before them were properly characterized as direct attacks on legislation.

[59] After concluding that the complaints impugned legislative criteria rather than the process

445, [2013] 4 R.C.F. 545). Ce qui est en litige, c’est plutôt l’examen de plaintes qui, essentiellement, visent uniquement des textes de loi. Lorsqu’ils examinent de telles plaintes, les tribunaux des droits de la personne font face à la tâche difficile d’établir une distinction entre les services administratifs et la législation. Les tribunaux des droits de la personne des administrations fédérale et provinciales ont adopté diverses approches pour faire une telle distinction (C. Mummé, « At the Crossroads in Discrimination Law : How the Human Rights Codes Overtook the *Charter* in Canadian Government Services Cases » (2012), 9 *J.L. & Equality* 103, p. 116-117). Puisque cette distinction soulève une question mixte de fait et de droit qui relève directement de leur champ d’expertise, les tribunaux des droits de la personne sont les mieux placés pour élaborer une approche permettant d’établir les distinctions de cette nature. Dans le cadre d’un contrôle selon la norme de la raisonabilité, la cour de révision a pour tâche d’exercer une surveillance à l’égard de l’approche utilisée par le tribunal dans le contexte de la décision prise dans son ensemble. Son rôle n’est pas d’imposer l’approche de son choix.

[58] Les membres décideurs ont abordé la qualification des plaintes en examinant la jurisprudence afin d’établir ce qui constitue un service aux termes de l’art. 5 de la *LCDP*. Ils ont étudié la nature des allégations, la formulation des observations des plaignants et le rapport qui existe entre le registraire et les dispositions sur le droit à l’inscription à l’art. 6 de la *Loi sur les Indiens*. Les deux membres décideurs ont accordé de l’importance aux observations des plaignants dont la formulation donnait à penser que les plaintes visaient les dispositions sur le droit à l’inscription de la *Loi sur les Indiens*. De l’avis des membres décideurs, les plaintes ne mettaient pas en cause les moyens employés par le registraire pour traiter leurs demandes, mais visaient essentiellement les critères d’admissibilité que le registraire était tenu d’appliquer. Sur ce fondement, les membres décideurs ont raisonnablement conclu que les plaintes portées devant eux pouvaient être qualifiées à bon droit d’attaques directes contre un texte de loi.

[59] Après avoir conclu que les plaintes mettaient en cause des critères législatifs plutôt que le processus

of registration, the adjudicators turned to consider whether the complainants were capable of making out a discriminatory practice under the *CHRA*. All of the complaints alleged that INAC had engaged in a discriminatory practice by denying a service, or by subjecting the complainants to adverse differentiation with respect to a service, on prohibited grounds. The adjudicators therefore sought to determine whether legislation fell within the statutory definition of a service.

[60] The Tribunal reasonably considered the guidance provided by the Federal Court of Appeal in *Murphy* and the underlying Tribunal decision that the Federal Court of Appeal had endorsed in that judgment. It is unnecessary for the disposition of this appeal to determine the degree to which *Murphy* constituted binding authority or how such a decision could be overturned by this Court on reasonableness review. While the adjudicators considered themselves bound by *Murphy*, they still conducted a thorough analysis to determine whether or not *Murphy* had been superseded either by binding authority or by the *CHRA*. Both decisions can stand on their own merits.

[61] In considering the authorities from both this Court and provincial jurisdictions, the adjudicators distinguished the primacy of human rights legislation and the statutory prohibition against discriminatory practices. They recognized that decisions such as *Heerspink*, *Craton*, *Action Travail des Femmes*, *Andrews v. Law Society of British Columbia*, *Larocque*, and *Tranchemontagne* considered that human rights legislation could render conflicting legislation inoperable. Hence, where a discriminatory practice without *bona fide* justification is established, the Tribunal has the power to order administrators to stop applying conflicting provisions. However, as the Tribunal indicated, in all such cases the human rights tribunals were responding to an established discriminatory practice. None of these cases stood for the proposition that legislation in general fell within the meaning of “services”. The Tribunal reasonably did not take the jurisprudence on its remedial authority

d’inscription, les membres décideurs ont examiné la question de savoir si les plaignants étaient en mesure d’établir l’existence d’un acte discriminatoire au sens de la *LCDP*. Dans toutes les plaintes, il était allégué qu’AINC s’était livré à des actes discriminatoires en refusant aux plaignants un service, ou en leur faisant subir, en ce qui a trait à un service, une distinction défavorable fondée sur un motif illicite. Les membres décideurs ont donc cherché à établir si le texte de loi constituait un service aux termes de la loi.

[60] Le Tribunal a raisonnablement examiné les lignes directrices que la Cour d’appel fédérale a énoncées dans l’arrêt *Murphy*, de même que la décision sous-jacente du Tribunal à laquelle la Cour d’appel fédérale a souscrit dans cet arrêt. Il n’est pas nécessaire, pour trancher le présent pourvoi, de déterminer la mesure dans laquelle l’arrêt *Murphy* avait valeur de précédent, ni de quelle manière notre Cour aurait pu infirmer une telle décision au terme d’un contrôle selon la norme de la raisonabilité. En effet, même si les membres décideurs s’estimaient liés par l’arrêt *Murphy*, ils ont tout de même mené une analyse approfondie afin d’établir si cet arrêt avait été supplanté, que ce soit par un précédent qui les lie ou par la *LCDP*. Ainsi, les deux décisions ont été rendues en fonction des faits qui leur sont propres.

[61] Dans le cadre de leur analyse de la jurisprudence émanant de notre Cour et des juridictions provinciales, les membres décideurs ont fait une distinction entre la préséance des lois sur les droits de la personne et l’interdiction que prévoit la loi à l’égard des actes discriminatoires. Ils ont reconnu que selon les décisions rendues dans des affaires comme *Heerspink*, *Craton*, *Action Travail des Femmes*, *Andrews c. Law Society of British Columbia*, *Larocque* et *Tranchemontagne*, les lois sur les droits de la personne pouvaient rendre inopérantes des dispositions législatives incompatibles. C’est ainsi que lorsqu’un acte discriminatoire sans motif justifiable est démontré, le Tribunal a le pouvoir d’ordonner à un décideur administratif de cesser d’appliquer les dispositions incompatibles. Mais comme le Tribunal l’a indiqué, dans les arrêts précédemment mentionnés, les tribunaux des droits de la personne étaient intervenus pour remédier à un acte discriminatoire établi. Rien

as overturning *Murphy* or as necessitating an expansive interpretation of the meaning of “services”.

[62] The adjudicators also reasonably considered whether legislation could fall under the definition of a service based on *Gould v. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 S.C.R. 571, and *Watkin*. The adjudicator in *Andrews* noted that the *sui generis* nature of Parliament’s power to legislate is inconsistent with the characterization of law-making as a public service and that law-making does not have the transitive connotation necessary to identify a service customarily offered to the public.

[63] There is also no issue with the Tribunal’s review of the scheme of the *CHRA*. Both adjudicators found that the provisions raised by the Commission were entirely consistent with the distinction made between the primacy of human rights legislation and the scope of the *CHRA*’s prohibition of discriminatory practices. Section 49(5), which requires that the adjudicator assigned to cases where legislation may be rendered inoperable be a lawyer, and s. 62(1), which immunizes pension legislation from review, are consistent with the distinction between the primacy of the *CHRA* and the scope of its prohibition of discriminatory practices. Neither provision supports the interpretation that all legislation could be subject to review by the Tribunal. The now repealed s. 67 of the *CHRA*, which immunized the *Indian Act* from human rights complaints, was consistent with Parliament’s intent to shield services rendered pursuant to the *Indian Act* from challenge. In any event, on its own, s. 67 was insufficient to infer that Parliament intended to allow direct challenges to all other legislation.

dans ces décisions ne permettait d’affirmer que les textes de loi en général constituaient des « services ». Le Tribunal s’est raisonnablement abstenu d’inférer de la jurisprudence concernant son pouvoir de réparation qu’elle infirmait l’arrêt *Murphy*, ou qu’elle exigeait une interprétation large du sens du terme « services ».

[62] Les membres décideurs ont aussi raisonnablement évalué la question de savoir si un texte de loi pouvait constituer un service compte tenu des arrêts *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571, et *Watkin*. Le membre décideur saisi de l’affaire *Andrews* a souligné que la nature *sui generis* du pouvoir de légiférer du Parlement était incompatible avec le fait de considérer l’acte de légiférer comme un service public, et que l’acte de légiférer n’avait pas la connotation transitive nécessaire pour pouvoir être considéré comme un service destiné au public.

[63] Aucune question ne se soulève non plus quant à l’examen de l’économie de la *LCDP* par le Tribunal. Les deux membres décideurs ont conclu que les dispositions invoquées par la Commission étaient pleinement cohérentes avec la distinction entre la préséance des lois sur les droits de la personne et la portée de l’interdiction relative aux actes discriminatoires prévue dans la *LCDP*. Le paragraphe 49(5), qui exige que le membre décideur affecté aux affaires dans lesquelles des dispositions législatives pourraient être déclarées inopérantes soit un avocat, et le par. 62(1), qui place la législation sur les régimes de retraite à l’abri d’un examen, sont compatibles avec la différence qui existe entre la préséance de la *LCDP* et la portée de l’interdiction relative aux actes discriminatoires qu’elle prévoit. Aucune de ces dispositions n’appuie l’interprétation selon laquelle toute loi serait susceptible de révision par le Tribunal. L’article 67 de la *LCDP* (maintenant abrogé), qui soustrayait la *Loi sur les Indiens* aux plaintes en matière de droits de la personne, correspondait à l’intention qu’avait le législateur de mettre à l’abri d’une contestation les services fournis conformément à la *Loi sur les Indiens*. Toutefois, l’art. 67 ne permettait pas, à lui seul, de conclure que le législateur avait eu l’intention de permettre des contestations directes de toutes les autres lois.

[64] The Commission and interveners have raised numerous policy grounds upon which direct challenges to legislation should be considered by the Tribunal. However, it is not for a reviewing court to reweigh policy considerations. The adjudicators clearly considered the practical difficulties and challenges to democratic legitimacy involved in evaluating challenges to legislation under the *bona fide* justification requirement. There is nothing unreasonable about this determination.

[65] I would conclude by noting that the analysis of s. 5 of the *CHRA* in *Côté* and *Rowe JJ.*'s reasons does not differ significantly from that of the Tribunal. Indeed, I fail to see where their analysis adds to the Tribunal's interpretation of its own statute, which engaged substantially with the human rights jurisprudence and addressed the difficult question of when a complaint is properly characterized as an attack on legislation. Given this, I would question whether this Court, or any reviewing court, is necessarily better situated to interpret this decision maker's home statute.

## V. Conclusion

[66] The Tribunal reviewed all of the complaints in carefully considered, thorough and logical decisions that fell within the range of possible, acceptable outcomes. Both decisions were reasonable and should be upheld.

[67] In closing, I would emphasize that the disposition of this appeal says nothing as to whether the *Indian Act* infringes the rights of the complainants under s. 15 of the *Charter*. In this regard, I would simply note that in recent years, there have been two successful challenges to the *Indian Act* registration provisions, both of which have prompted legislative reform (*Descheneaux v. Canada (Attorney General)*, 2015 QCCS 3555, [2016] 2 C.N.L.R. 175; *McIvor v. Canada (Indian and Northern Affairs, Registrar)*, 2009 BCCA 153, 306 D.L.R. (4th) 193).

[64] La Commission et les intervenants ont soulevé de nombreuses raisons de politique générale qui justifieraient que les contestations directes visant des textes de loi soient examinées par le Tribunal. Cependant, il n'appartient pas à une cour de révision de soupeser à nouveau les considérations de politique générale. Les membres décideurs ont clairement tenu compte des difficultés d'ordre pratique et des remises en question de la légitimité démocratique que suppose l'examen des contestations de la loi en fonction du critère du motif justifiable. La conclusion qu'ils ont tirée n'a rien de déraisonnable.

[65] Je conclurai en soulignant que l'analyse de l'art. 5 de la *LCDP* contenue dans les motifs des juges *Côté* et *Rowe* ne diffère pas beaucoup de celle qu'a faite le Tribunal. En fait, je ne vois pas de quelle façon leur analyse ajoute à l'interprétation que le Tribunal donne à sa loi constitutive, qui portait en grande partie sur la jurisprudence en matière de droits de la personne et qui abordait l'épineuse question de savoir dans quels cas une plainte peut être qualifiée à juste titre d'attaque contre un texte de loi. Compte tenu de cela, je doute que notre Cour, ou toute autre cour de révision, soit nécessairement mieux placée pour interpréter la loi constitutive de ce décideur.

## V. Conclusion

[66] Le Tribunal a examiné toutes les plaintes dans des décisions détaillées, logiques et mûrement réfléchies qui faisaient partie des issues possibles acceptables. Les deux décisions sont raisonnables, et elles devraient être maintenues.

[67] En terminant, je tiens à souligner que le présent pourvoi est tranché sans que nous ayons à juger si la *Loi sur les Indiens* porte atteinte aux droits que l'art. 15 de la *Charte* garantit aux plaignants. À ce chapitre, je fais simplement remarquer que, ces dernières années, deux contestations des dispositions relatives à l'inscription de la *Loi sur les Indiens* ont été couronnées de succès, et ont entraîné une réforme de la loi (*Descheneaux c. Canada (Procureur général)*, 2015 QCCS 3555; *McIvor c. Canada (Indian and Northern Affairs, Registrar)*, 2009 BCCA 153, 306 D.L.R. (4th) 193).

[68] I would accordingly dismiss the appeal. Costs were not sought by either party and will not be awarded.

The following are the reasons delivered by

CÔTÉ AND ROWE JJ. —

### I. Overview

[69] At issue in this case is whether the Canadian Human Rights Tribunal (“Tribunal”) erred in finding that legislative enactments cannot be challenged pursuant to s. 5 of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6 (“CHRA”). Section 5 of the CHRA prohibits (among other things) the making of discriminatory distinctions in the provision of services customarily available to the general public. In both *Andrews v. Canada (Indian and Northern Affairs)*, 2013 CHRT 21, and *Matson v. Canada (Indian and Northern Affairs)*, 2013 CHRT 13, the Tribunal dismissed several complaints brought against the registration provisions of the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5, on the basis that they did not impugn discrimination “in the provision of . . . services” (s. 5 of the CHRA). Applying a deferential standard of review, both the Federal Court (2015 FC 398, 477 F.T.R. 229) and the Federal Court of Appeal (2016 FCA 200, [2017] 2 F.C.R. 211) held that the Tribunal’s decisions in *Matson* and *Andrews* were reasonable. A majority of this Court would do the same.

[70] We agree with our colleague Gascon J. as to the disposition of this appeal, as well as with his summary of the facts and judicial history. However, we part ways with respect to the selection of the appropriate standard of review. In our view, a contextual analysis leads to the conclusion that the Tribunal’s decisions should be reviewed for correctness. Applying this standard, we would hold that the Tribunal correctly decided the issue, and dismiss the appeal accordingly.

[68] En conséquence, je rejetterais le pourvoi. Puisqu’aucune des parties n’a demandé de dépens, aucuns ne seront adjugés.

Version française des motifs rendus par

LES JUGES CÔTÉ ET ROWE —

### I. Aperçu

[69] Le présent pourvoi soulève la question de savoir si le Tribunal canadien des droits de la personne (« Tribunal ») a commis une erreur en concluant que les textes de loi ne peuvent faire l’objet d’une contestation en vertu de l’art. 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, c. H-6 (« LCDP »). Cette disposition interdit, notamment, les distinctions discriminatoires par un fournisseur de services destinés au public. Dans les décisions *Andrews c. Canada (Affaires indiennes et du Nord)*, 2013 TCDP 21, et *Matson c. Canada (Affaires indiennes et du Nord)*, 2013 TCDP 13, le Tribunal a rejeté plusieurs plaintes déposées à l’encontre des dispositions en matière d’inscription de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, c. I-5, au motif qu’elles ne mettaient pas en cause un acte discriminatoire commis par « le fournisseur de [. . .] services » (art. 5 de la LCDP). Appliquant une norme de contrôle qui commande la déférence, la Cour fédérale (2015 CF 398) et la Cour d’appel fédérale (2016 CAF 200, [2017] 2 R.C.F. 211) ont toutes deux conclu que les décisions *Matson* et *Andrews* du Tribunal étaient raisonnables. Les juges majoritaires de notre Cour en feraient de même.

[70] Nous sommes d’accord avec notre collègue le juge Gascon quant à l’issue du présent pourvoi, et nous souscrivons également à son résumé des faits et de l’historique judiciaire. Toutefois, nous sommes en désaccord en ce qui concerne le choix de la norme de contrôle applicable. À notre avis, une analyse contextuelle mène à la conclusion que les décisions du Tribunal devraient être examinées selon la norme de la décision correcte. En appliquant cette norme, nous concluons que le Tribunal a correctement tranché la question en litige, et nous rejetterions le pourvoi en conséquence.

## II. Analysis

### A. *What Is the Applicable Standard of Review?*

[71] In *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 62, this Court established a two-stage framework for determining the degree of deference owed to an administrative body's decision on judicial review. First, the reviewing court is to survey the jurisprudence to ascertain whether the applicable standard of review has already been settled. If so, the inquiry ends there and the court applies that standard in reviewing the merits of the impugned decision. If the appropriate standard has not been settled in the jurisprudence, however, the second stage of the analysis directs the court to undertake a more rigorous analysis to determine whether the statutory body's decision ought to be reviewed for reasonableness or for correctness.

[72] The standard of review analysis set out in *Dunsmuir* requires the court to consider several contextual factors, which include the nature of the question at issue, the presence or absence of a privative clause, the tribunal's statutory purpose, and the expertise of the tribunal (para. 64). These factors help to determine the standard that strikes the appropriate balance between respect for the rule of law on the one hand, and legislative supremacy on the other.

[73] In the jurisprudence that followed *Dunsmuir*, this Court has placed significant emphasis on the nature of the question at issue when determining the applicable standard of review. In *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at para. 39, this Court affirmed that reasonableness will be the presumptive standard for the review of questions that involve the tribunal's interpretation and application of its home statute or of a statute closely related to its function. There are, however, two situations where the presumption will not apply. First, the jurisprudence recognizes four "categories" of questions that will necessarily attract review on a standard of correctness: constitutional questions,

## II. Analyse

### A. *Quelle est la norme de contrôle applicable?*

[71] Dans *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 62, la Cour a établi un cadre d'analyse en deux étapes pour déterminer le degré de déférence qui doit être accordé à la décision d'un organisme administratif lors du contrôle judiciaire. À la première étape, la cour de révision examine la jurisprudence pour vérifier si la norme de contrôle applicable a déjà été établie. Dans l'affirmative, l'analyse s'arrête là et la cour applique cette norme dans son examen sur le fond de la décision contestée. Toutefois, si la jurisprudence n'a pas établi la norme applicable, la deuxième étape de l'analyse prévoit que la cour doit entreprendre une analyse plus rigoureuse afin de déterminer si la décision de l'organisme statutaire doit être examinée selon la norme de la décision raisonnable ou selon la norme de la décision correcte.

[72] L'analyse relative à la norme de contrôle énoncée dans l'arrêt *Dunsmuir* exige que la cour tienne compte de plusieurs facteurs contextuels, dont la nature de la question en cause, l'existence ou l'inexistence d'une clause privative, la raison d'être du tribunal selon sa loi habilitante, ainsi que l'expertise du tribunal (par. 64). Ces facteurs aident à déterminer la norme qui permet d'atteindre un juste équilibre entre le respect de la primauté du droit, d'une part, et la suprématie législative, d'autre part.

[73] Dans la jurisprudence qui a suivi l'arrêt *Dunsmuir*, la Cour a accordé beaucoup d'importance à la nature de la question en cause pour déterminer la norme de contrôle applicable. Dans *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, par. 39, la Cour a affirmé qu'il convient de présumer que la norme de la décision raisonnable sera applicable aux décisions qui impliquent l'interprétation et l'application par le tribunal de sa loi constitutive, ou d'une loi étroitement liée à son mandat. Il existe toutefois deux situations où cette présomption ne s'appliquera pas. Premièrement, la jurisprudence reconnaît quatre « catégories » de questions qui devront nécessairement être examinées

questions of law that are both of central importance to the legal system and that are outside of the tribunal's specialized area of expertise, questions that involve the drawing of jurisdictional lines between two or more competing specialized tribunals, and true questions of jurisdiction. Second, the presumption of reasonableness will be rebutted if the contextual factors listed in *Dunsmuir* point towards correctness as the appropriate standard.

[74] Turning to the present case, we agree with the Canadian Human Rights Commission (“Commission”) that the jurisprudence is unclear as to which standard applies to the review of the particular question before us. This was the conclusion reached by the unanimous Federal Court of Appeal panel; after undertaking a careful review of the relevant case law, Gleason J.A. observed the difficulty in “draw[ing] a bright line as to when the reasonableness or the correctness standard will apply to decisions of human rights tribunals interpreting the scope of the protections afforded in their constituent legislation” (para. 69). And while this Court in *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471 (“*Mowat*”), applied a reasonableness standard when reviewing a decision of the Tribunal finding that it had the statutory authority to order costs in favour of a successful complainant, it nevertheless recognized that the *Dunsmuir* framework may direct that certain decisions of the Tribunal be reviewed for correctness (para. 23).

[75] The parties frame the issue in the present case around the Tribunal's interpretation of s. 5 of the *CHRA*, and neither disputes that this is a question to which the presumption of reasonableness applies. The respondent, the Attorney General of Canada, submits that this presumption is not rebutted on either a categorical or a contextual basis. By contrast,

selon la norme de la décision correcte : les questions constitutionnelles, les questions de droit qui revêtent une importance capitale pour le système juridique et qui sont étrangères au domaine d'expertise du tribunal, les questions impliquant la délimitation des compétences respectives de tribunaux spécialisés concurrents, ainsi que les questions touchant véritablement à la juridiction. Deuxièmement, la présomption d'application de la norme de la décision raisonnable sera réfutée si les facteurs contextuels énumérés dans l'arrêt *Dunsmuir* tendent plutôt vers la norme de la décision correcte.

[74] En l'espèce, nous convenons avec la Commission canadienne des droits de la personne (« Commission ») que la jurisprudence n'est pas claire quant à la norme applicable à la question particulière dont nous sommes saisis. C'est la conclusion unanime à laquelle en sont arrivés les juges de la Cour d'appel fédérale; suite à un examen attentif de la jurisprudence pertinente, la juge Gleason a fait remarquer la difficulté à « tracer une ligne de démonstration nette entre les décisions assujetties à la norme de contrôle de la décision raisonnable et celles qui appellent la norme de la décision correcte lorsque les tribunaux des droits de la personne sont appelés à interpréter la portée des garanties prévues par leurs lois constitutives » (par. 69). De plus, bien que dans l'arrêt *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471 (« *Mowat* »), la Cour ait appliqué la norme de la décision raisonnable au contrôle d'une décision du Tribunal où celui-ci avait conclu qu'il avait le pouvoir statuaire d'adjuger des dépens en faveur de la plaignante après que celle-ci eut obtenu gain de cause, elle a néanmoins reconnu que le cadre d'analyse établi dans l'arrêt *Dunsmuir* peut exiger que certaines décisions du Tribunal soient examinées selon la norme de la décision correcte (par. 23).

[75] Selon les parties, la question en litige repose principalement sur l'interprétation de l'art. 5 de la *LCDP*, par le Tribunal, et nul ne conteste qu'il s'agit d'une question à l'égard de laquelle la présomption de la norme de la décision raisonnable s'applique. L'intimé, le procureur général du Canada, prétend que cette présomption n'est pas réfutée, que ce soit

the appellant, Commission, submits that a contextual analysis leads to the conclusion that the standard of correctness ought to apply in these circumstances.

[76] Since the interpretation of s. 5 of the *CHRA* is at issue in this case, we agree that reasonableness *presumptively* applies. Gascon J. is of the view that the issue before us does not fall within any of the recognized categories that attract correctness review — but has much more to say in this regard. Without it having been raised as an issue before this Court, he goes to great lengths to point out the perceived difficulties associated with the category of jurisdictional questions, and expresses significant doubt as to whether this category even remains an analytically useful component of the standard of review analysis (paras. 31-41).

[77] We would strongly distance ourselves from these *obiter* comments. Recognizing that the concept of jurisdiction has and continues to play a crucial role in administrative law, this Court has made clear on several occasions that administrative decision makers *must* be correct in their determinations as to the scope of their delegated authority (*Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220, at pp. 236-37; *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City)*, 2004 SCC 19, [2004] 1 S.C.R. 485, at para. 5; *Dunsmuir*, at para. 29). This is because jurisdictional questions are fundamentally tied to both the maintenance of legislative supremacy, which requires that a given statutory body operate within the sphere in which the legislature intended that it operate, as well as the rule of law, which requires that all exercises of delegated authority find their source in law (*Dunsmuir*, at para. 28). Nothing in our reasons should be read as undermining these longstanding principles of judicial review. We agree with our colleague Gascon J., however, that any uncertainty surrounding the jurisdictional question category ought to be resolved another day, when this issue is squarely raised by the parties.

sur le fondement d'une catégorie de questions, ou sur le fondement de facteurs contextuels. L'appelante, la Commission, plaide plutôt qu'une analyse contextuelle mène à la conclusion que la norme de la décision correcte devrait s'appliquer en l'espèce.

[76] Puisque l'interprétation de l'art. 5 de la *LCDP* est en cause dans la présente affaire, nous sommes d'accord que l'application de la norme de la décision raisonnable *doit être présumée*. Le juge Gascon est d'avis que la question dont nous sommes saisis ne fait partie d'aucune des catégories reconnues qui emportent l'assujettissement à la norme de la décision correcte — mais il en dit beaucoup plus à cet égard. Sans que cette question ait été soulevée devant la Cour, il va même jusqu'à souligner les difficultés que pose selon lui la catégorie des questions touchant la juridiction et il dit avoir de sérieuses réserves quant à l'utilité même de cette catégorie dans l'analyse relative à la norme de contrôle applicable (par. 31-41).

[77] Nous nous dissociions fermement de ces commentaires faits en *obiter*. Reconnaissant que la notion de juridiction a joué, et joue encore, un rôle essentiel en droit administratif, notre Cour a clairement indiqué à plusieurs reprises que les décideurs administratifs *doivent* déterminer correctement la portée du pouvoir qui leur a été délégué (*Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220, p. 236-237; *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)*, 2004 CSC 19, [2004] 1 R.C.S. 485, par. 5; *Dunsmuir*, par. 29). Il en est ainsi parce que les questions de juridiction sont fondamentalement liées tant au maintien de la suprématie législative — qui exige qu'un organisme statutaire donné agisse dans les limites que le législateur a prévues — qu'au respect de la primauté du droit — qui veut que tout exercice de l'autorité déléguée procède de la loi (*Dunsmuir*, par. 28). Rien dans nos motifs ne doit être interprété comme une menace à ces principes bien établis de contrôle judiciaire. Toutefois, nous convenons avec notre collègue le juge Gascon que toute incertitude qui entoure la catégorie de questions touchant la juridiction devra être réglée à une autre occasion, lorsque les parties soulèveront directement cette question.

[78] We also disagree with the proposition that the contextual approach plays merely a subordinate role in the standard of review analysis (reasons of Gascon J., at para. 45). On our reading of the applicable case law, resort to the contextual approach is not exceptional at all; the framework set out by this Court in *Dunsmuir* is manifestly contextual in nature. The “correctness categories”, as they have become known, are simply instances where the jurisprudence has already settled the appropriate standard, such that a more extensive analysis of the relevant contextual factors needs not be performed (*Dunsmuir*, at paras. 57-61; Hon. M. Bastarache, *Dunsmuir 10 Years Later* (March 9, 2018) (online)). In this regard, we can only repeat what this Court said regarding the determination of the appropriate standard of review 10 years ago in *Dunsmuir*:

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

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

The analysis must be contextual. As mentioned above, it is dependent on the application of a number of relevant factors, including: (1) the presence or absence of a privative clause; (2) the purpose of the tribunal as determined by interpretation of enabling legislation; (3) the nature of the question at issue, and; (4) the expertise of the tribunal. In many cases, it will not be necessary to consider all of the factors, as some of them may be determinative in the application of the reasonableness standard in a specific case. [Emphasis added; paras. 62-64.]

[78] Nous sommes également en désaccord avec la proposition selon laquelle l’approche contextuelle ne joue qu’un rôle subordonné dans l’analyse relative à la norme de contrôle (motifs du juge Gascon, par. 45). Selon notre interprétation de la jurisprudence applicable, le recours à l’analyse contextuelle n’a absolument rien d’exceptionnel; le cadre d’analyse établi par notre Cour dans *Dunsmuir* est manifestement de nature contextuelle. Les « catégories de questions auxquelles s’applique la norme de la décision correcte », comme on en est venu à les qualifier, sont simplement des situations où la jurisprudence a déjà établi la norme applicable, si bien qu’une analyse plus poussée des facteurs contextuels pertinents n’est plus nécessaire (*Dunsmuir*, par. 57-61; l’hon. M. Bastarache, *Dunsmuir 10 Years Later* (9 mars 2018) (en ligne)). À cet égard, il suffit de répéter ce qu’a affirmé notre Cour il y a 10 ans dans *Dunsmuir* quant à la détermination de la norme de contrôle applicable :

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

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

L’analyse doit être contextuelle. Nous rappelons que son issue dépend de l’application d’un certain nombre de facteurs pertinents, dont (1) l’existence ou l’inexistence d’une clause privative, (2) la raison d’être du tribunal administratif suivant l’interprétation de sa loi habilitante, (3) la nature de la question en cause et (4) l’expertise du tribunal administratif. Dans bien des cas, il n’est pas nécessaire de tenir compte de tous les facteurs, car certains d’entre eux peuvent, dans une affaire donnée, déterminer l’application de la norme de la décision raisonnable. [Nous soulignons; par. 62-64.]

[79] With this in mind, we simply cannot agree with the suggestion that the contextual analysis “should be applied sparingly”, or that “[t]he presumption of reasonableness review and the identified categories will generally be sufficient to determine the applicable standard” (reasons of Gascon J., at para. 46). *Dunsmuir* provides that such an analysis *must* be undertaken where the categories identified in the jurisprudence do not apply. And we observe that a number of post-*Dunsmuir* decisions from this Court have done just that: *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616; *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2012 SCC 35, [2012] 2 S.C.R. 283; *Barreau du Québec v. Québec (Attorney General)*, 2017 SCC 56, [2017] 2 S.C.R. 488. The importance of context within the *Dunsmuir* framework should not be downplayed.

[80] For this reason, we dispute Gascon J.’s qualification of our standard of review analysis as being “unsupported by, and at points contrary to, this Court’s jurisprudence” (para. 49).

[81] Returning to the present case, and without deciding whether or not this question falls within any category of questions calling for correctness review, the relevant contextual factors listed in *Dunsmuir* lead us to conclude that the presumption has been rebutted in this case, and that the appropriate standard of review is therefore correctness. In this respect, we would also note that correctness review for questions that involve the scope of human rights protections under the *CHRA* — on the basis of either categories or context — is not at all unprecedented (see, for example, *Mowat*, at para. 23; *Canada (Attorney General) v. Watkin*, 2008 FCA 170, 378 N.R. 268, at para. 23; *Canada (Attorney General) v. Johnstone*, 2014 FCA 110, [2015] 2 F.C.R. 595, at paras. 44-52;

[79] À la lumière de ces considérations, nous ne pouvons souscrire à la proposition selon laquelle l’approche contextuelle « devrait être appliquée avec parcimonie » ou que « [l]a présomption d’application de la norme de la décision raisonnable et les catégories déjà énumérées suffiront généralement pour déterminer la norme de contrôle applicable » (motifs du juge Gascon, par. 46). Suivant l’arrêt *Dunsmuir*, une telle analyse *doit* être entreprise lorsque les catégories identifiées dans la jurisprudence ne s’appliquent pas. Et nous observons que c’est précisément ce qu’a fait notre Cour dans de nombreux arrêts postérieurs à *Dunsmuir* : *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283; *Barreau du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2017 CSC 56, [2017] 2 R.C.S. 488. On ne doit pas minimiser l’importance du contexte dans le cadre d’analyse énoncé dans l’arrêt *Dunsmuir*.

[80] C’est pourquoi nous contestons la qualification que fait le juge Gascon de notre analyse relative à la norme de contrôle, selon laquelle celle-ci « ne trouve pas appui dans la jurisprudence de la Cour et, à certains égards, [. . .] est même contraire à celle-ci » (par. 49).

[81] Revenant à la présente affaire, et sans décider si cette question appartient à l’une ou l’autre des catégories qui appellent l’application de la norme de la décision correcte, nous concluons, en fonction des facteurs contextuels pertinents énumérés dans *Dunsmuir*, que la présomption a été réfutée en l’espèce, et que la norme qu’il convient d’appliquer est donc celle de la décision correcte. À cet égard, notons également que l’application de la norme de la décision correcte aux questions touchant la portée des protections en matière de droits de la personne sous le régime de la *LCDP* — sur le fondement des catégories ou du contexte — n’est pas du tout une situation inédite (voir, par exemple, *Mowat*, par. 23; *Canada (Procureur général) c. Watkin*, 2008 CAF

*Canadian National Railway v. Seeley*, 2014 FCA 111, 458 N.R. 349, at paras. 35-36).

(1) Absence of a Privative Clause

[82] First is the absence of a privative clause. This Court in *Dunsmuir* noted that the existence of “a privative clause is evidence of Parliament or a legislature’s intent that an administrative decision maker be given greater deference and that interference by reviewing courts be minimized” (para. 52). Put differently, while these statutory provisions do not oust the superior courts’ inherent and constitutional authority to judicially review administrative action, they nevertheless provide a strong indication that deference is to be shown to that particular decision maker.

[83] Although the *CHRA* confers onto the Tribunal the power to “decide all questions of law or fact necessary to determining the matter” before it (s. 50(2)), Parliament opted not to shield these decisions from exacting review behind a privative clause. We appreciate that the absence of a privative clause does not, on its own, rebut the presumption of deference, though we would nevertheless note that it does not support reasonableness review either.

(2) Expertise of the Tribunal: Section 5 of the CHRA Is Not Interpreted Exclusively Within a Discrete and Special Administrative Regime

[84] The second factor militating in favour of correctness review is the desirability of a uniform interpretation of the term “services” as it appears in s. 5 of the *CHRA* across federal statutory bodies. On several occasions, this Court has affirmed that human rights protections must be interpreted consistently across jurisdictions, unless the legislative intent clearly indicates otherwise (*University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353, at p. 373; *Gould v. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 S.C.R. 571, at para. 47; *New Brunswick (Human Rights*

170, 378 N.R. 268, par. 23; *Canada (Procureur général) c. Johnstone*, 2014 CAF 110, [2015] 2 R.C.F. 595, par. 44-52; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Seeley*, 2014 CAF 111, par. 35-36 (CanLII)).

(1) Absence de clause privative

[82] Le premier facteur à considérer est l’absence de clause privative. Dans l’arrêt *Dunsmuir*, la Cour a souligné que l’existence d’une clause privative « atteste la volonté du législateur que les décisions du décideur administratif fassent l’objet de plus de déférence et que le contrôle judiciaire soit minimal » (par. 52). Autrement dit, bien que ces dispositions statutaires n’écartent pas le pouvoir inhérent et constitutionnel des cours supérieures de procéder au contrôle judiciaire de décisions administratives, elles donnent fortement à penser qu’il faut faire preuve de déférence envers le décideur concerné.

[83] Bien que la *LCDP* confère au Tribunal le pouvoir de « tranche[r] les questions de droit et les questions de fait dont il est saisi » (par. 50(2)), le législateur a décidé de ne pas soustraire ces décisions à un contrôle rigoureux au moyen d’une clause privative. Nous reconnaissons que l’absence d’une telle clause n’a pas pour effet, à elle seule, de réfuter la présomption de déférence, mais nous notons par ailleurs qu’elle n’appuie pas non plus un contrôle selon la norme de la décision raisonnable.

(2) L’expertise du Tribunal : l’art. 5 de la LCDP n’est pas interprété exclusivement dans le cadre d’un régime administratif distinct et particulier

[84] Un deuxième facteur milite en faveur de la norme de la décision correcte : il serait souhaitable que tous les organismes fédéraux statutaires adoptent une interprétation uniforme du terme « services » tel qu’il apparaît à l’art. 5 de la *LCDP*. À plusieurs reprises, la Cour a affirmé que les protections en matière de droits de la personne doivent être interprétées uniformément dans les divers ressorts, sauf intention contraire manifeste du législateur (*Université de la Colombie-Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353, p. 373; *Gould c. Yukon Order*

*Commission*) v. *Potash Corporation of Saskatchewan Inc.*, 2008 SCC 45, [2008] 2 S.C.R. 604, at para. 68, per McLachlin C.J., concurring in part). In our view, it is even more imperative that provisions within a given human rights statute be interpreted consistently among courts and tribunals tasked with its application. The rule of law is undermined where the same anti-discrimination protection is interpreted and applied a certain way by one administrative decision maker, and altogether differently by another.

[85] The Tribunal is not the only administrative decision maker at the federal level that is tasked with enforcing the anti-discrimination protections of the *CHRA*. This Court has found that administrative decision makers other than human rights tribunals may also have the authority to interpret and apply human rights legislation in connection with matters properly before them (*Tranchemontagne v. Ontario (Director, Disability Support Program)*, 2006 SCC 14, [2006] 1 S.C.R. 513; see, for example, *Canada Employment Insurance Commission v. M. W.*, 2014 SSTAD 371, at paras. 51-69 (CanLII)). We are therefore of the view that the particular question at issue — whether legislation can be challenged as discrimination in the provision of a service — does not arise within a particularly discrete administrative regime over which the Tribunal has exclusive jurisdiction (*Dunsmuir*, at para. 55; *Rogers Communications*, at para. 18; *Johnstone*, at paras. 47-48). Various other decision makers — including the Commission, the Social Security Tribunal, and labour arbitrators — have been and will continue to be asked that very same question. To borrow the words of Slatter J.A. in *Garneau Community League v. Edmonton (City)*, 2017 ABCA 374, 60 Alta. L.R. (6th) 1, at para. 95:

... it cannot be the legislative intent that public statutes mean different things in different parts of the [country]. In a related but analogous context, the Supreme Court

*of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571, par. 47; *Nouveau-Brunswick (Commission des droits de la personne) c. Potash Corporation of Saskatchewan Inc.*, 2008 CSC 45, [2008] 2 R.C.S. 604, par. 68, la juge en chef McLachlin, dans ses motifs concordants en partie). À notre sens, il est encore plus impératif que les tribunaux judiciaires et administratifs chargés de l'application d'une loi donnée sur les droits de la personne interprètent uniformément ses dispositions. La primauté du droit se trouve ébranlée lorsque la même protection contre la discrimination est interprétée et appliquée d'une certaine manière par un décideur administratif, et d'une manière complètement différente par un autre décideur.

[85] Le Tribunal n'est pas le seul décideur administratif à l'échelle fédérale qui est chargé d'assurer le respect des protections contre la discrimination prévues par la *LCDP*. Notre Cour a conclu que les décideurs administratifs autres que les tribunaux des droits de la personne peuvent aussi disposer du pouvoir d'interpréter et d'appliquer les lois sur les droits de la personne relativement aux affaires dont ils sont dûment saisis (*Tranchemontagne c. Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées)*, 2006 CSC 14, [2006] 1 R.C.S. 513; voir, par exemple, *Commission de l'assurance-emploi du Canada c. M. W.*, 2014 TSSDA 371, par. 51-69 (CanLII)). Par conséquent, nous sommes d'avis que la question particulière en litige — à savoir si une loi peut être contestée au motif qu'elle constitue un acte discriminatoire dans la prestation d'un service — ne se pose pas dans le cadre d'un régime administratif particulièrement distinct à l'égard duquel le Tribunal a juridiction exclusive (*Dunsmuir*, par. 55; *Rogers Communications*, par. 18; *Johnstone*, par. 47-48). Divers autres décideurs, y compris la Commission, le Tribunal de la sécurité sociale et les arbitres en droit du travail, ont examiné et continueront d'examiner cette même question. Pour reprendre les termes utilisés par le juge Slatter dans *Garneau Community League c. Edmonton (City)*, 2017 ABCA 374, 60 Alta. L.R. (6th) 1, par. 95 :

[TRADUCTION] ... le législateur n'a certainement pas voulu que des lois publiques prennent un sens différent dans différentes parties du [pays]. Dans un contexte connexe mais

accepted in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33 (S.C.C.) at paras. 9-10, [2002] 2 S.C.R. 235 (S.C.C.) that appellate courts perform legitimate law-settling and law-making roles. It is part of the legitimate role of appellate courts to ensure that the same legal rules are applied in similar situations. For that same reason, the standard of review of correctness should be applied when many tribunals have to interpret the same statute.

[86] The principal concern regarding this concurrent jurisdiction is therefore that these decision makers will arrive at competing conclusions as to the scope of the very same human rights protection — or, to put it more generally, that the answer to a given legal question will depend on the decision maker considering it. This concern is fundamentally tied to the rule of law. And in our view, it matters not that jurisdiction is shared between a statutory body and a court, or instead among several statutory bodies; the fact that an administrative decision may have ramifications beyond a single, discrete tribunal underscores this rule of law concern, and supports review of that decision on a standard of correctness.

[87] This rule of law concern is more than just theoretical. As was highlighted in both *Andrews* and in *Matson*, there exists diverging lines of authority as to whether the human rights protection in s. 5 of the *CHRA* permits challenges aimed at legislation and nothing else. In *Druken*, both the Tribunal and the Federal Court of Appeal accepted that unemployment insurance, which was available pursuant to the *Unemployment Insurance Act, 1971*, S.C. 1970-71-72, c. 48, and its regulations, was a “service” for the purpose of s. 5 of the *CHRA* (*Druken v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, 1987 CanLII 99; *Canada (Attorney General) v. Druken*, [1989] 2 F.C. 24). This reasoning was followed by the Federal Court in *Gonzalez v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1997] 3 F.C. 646 (T.D.), and by the Tribunal in *McAllister-Windsor v. Canada (Human Resources Development)*, 2001 CanLII 20691. By contrast, other decision makers interpreting that very same

non identique, la Cour suprême a reconnu, dans l’arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33 (C.S.C.), par. 9-10, [2002] 2 R.C.S. 235 (C.S.C.), que les cours d’appel exercent un rôle légitime dans la création du droit. Dans le cadre de ce rôle légitime qu’exercent les cours d’appel, celles-ci veillent à ce que les mêmes règles de droit soient appliquées dans des situations similaires. Pour cette même raison, la norme de contrôle de la décision correcte doit être appliquée lorsque plusieurs tribunaux administratifs sont appelés à interpréter la même loi.

[86] La principale préoccupation concernant cette juridiction concurrente est donc que ces décideurs parviendront à des conclusions divergentes quant à la portée d’une seule et même protection en matière de droits de la personne ou, plus généralement, que la réponse à une question de droit donnée dépendra du décideur qui l’étudie. Cette préoccupation est fondamentalement liée à la primauté du droit. Et, à notre avis, il importe peu que la juridiction soit partagée entre un organisme statutaire et une cour de justice ou entre plusieurs organismes de ce genre; la possibilité qu’une décision administrative ait des répercussions qui vont au-delà d’un seul tribunal distinct fait ressortir cette préoccupation relative à la primauté du droit et justifie le contrôle de cette décision selon la norme de la décision correcte.

[87] Cette préoccupation relative à la primauté du droit n’est pas simplement théorique. Comme il a été souligné dans les décisions *Andrews* et *Matson*, il existe deux courants jurisprudentiels opposés quant à savoir si la protection offerte par l’art. 5 de la *LCDP* permet des contestations visant une loi et rien d’autre. Dans *Druken*, le Tribunal et la Cour d’appel fédérale ont tous deux reconnu que l’assurance-emploi, qui était offerte sous le régime de la *Loi de 1971 sur l’assurance-chômage*, L.C. 1970-71-72, c. 48, et son règlement, était un « service » aux fins de l’art. 5 de la *LCDP* (*Druken c. Canada (Commission de l’emploi et de l’immigration)*, 1987 CanLII 99; *Canada (Procureur général) c. Druken*, [1989] 2 C.F. 24). Ce raisonnement a été suivi par la Cour fédérale dans *Gonzalez c. Canada (Commission de l’emploi et de l’immigration)*, [1997] 3 C.F. 646 (1<sup>re</sup> inst.), et par le Tribunal dans *McAllister-Windsor c. Canada (Développement des ressources humaines)*, 2001 CanLII 20691. En

provision of the *CHRA* reached the opposite conclusion. For example, the Federal Court of Appeal in *Public Service Alliance of Canada v. Canada Revenue Agency*, 2012 FCA 7, 428 N.R. 240 (“*Murphy*”), held that “the *CHRA* does not provide for the filing of a complaint directed against an act of Parliament” (para. 6). This echoed the holding of the Tribunal in *Forward v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 CHRT 5, and of the Federal Court in *Canada (Human Rights Commission) v. M.N.R.*, 2003 FC 1280, [2004] 1 F.C.R. 679, at para. 30, as well as the comments made by Robertson J.A. of the Federal Court of Appeal in *Canada (Attorney General) v. McKenna*, [1999] 1 F.C. 401, at paras. 78-80.

[88] Can both of these ostensibly reasonable interpretations of the same human rights protection co-exist side-by-side? Should the scope of s. 5 of the *CHRA* be contingent on the view of the Tribunal member or judge before whom the litigants find themselves? We would say no. Given the foregoing, and bearing in mind the quasi-constitutional status of human rights legislation, the question arising in the present case is precisely one that calls for uniform and consistent answers across Canadian courts and statutory bodies. This cannot be achieved, however, if superior courts require only that these decisions fall within a range of reasonable outcomes. Rather, applying a non-deferential correctness standard allows the courts to provide meaningful guidance as to the scope of these fundamentally important human rights protections, and ensure respect for the rule of law in such cases.

(3) The Purpose of the Tribunal and the Nature of the Question at Issue

[89] Finally, the issue before this Court touches on the very purpose for which the Tribunal exists. In deciding whether or not challenges to legislation are caught within the meaning of a “discriminatory practice” under the *CHRA*, the Tribunal’s decision

revanche, d’autres décideurs ayant interprété cette même disposition de la *LCDP* sont parvenus à la conclusion contraire. Par exemple, dans *Alliance de la fonction publique du Canada c. Canada (Agence du revenu)*, 2012 CAF 7 («*Murphy*»), la Cour d’appel fédérale a conclu que « la *LCDP* ne prévoit pas la possibilité de déposer de plaintes contre une loi fédérale » (par. 6). Cette conclusion n’est pas sans rappeler celle du Tribunal dans *Forward c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 TCDP 5, et celle de la Cour fédérale dans *Canada (Commission des droits de la personne) c. M.R.N.*, 2003 CF 1280, [2004] 1 R.C.F. 679, par. 30, ainsi que les commentaires du juge Robertson de la Cour d’appel fédérale dans *Canada (Procureur général) c. McKenna*, [1999] 1 C.F. 401, par. 78-80.

[88] Ces deux interprétations apparemment raisonnables de la même protection en matière de droits de la personne peuvent-elles coexister? La portée de l’art. 5 de la *LCDP* devrait-elle être tributaire de l’opinion du membre du Tribunal ou du juge devant lequel se trouvent les parties au litige? À notre avis, il faut répondre à ces questions par la négative. Étant donné ce qui précède, et le statut quasi constitutionnel des lois en matière de droits de la personne, la question qui se pose en l’espèce en est précisément une qui exige une réponse uniforme et cohérente de la part des tribunaux et des organismes statutaires canadiens. Toutefois, cet objectif est impossible à atteindre si les cours supérieures exigent seulement que ces décisions appartiennent aux issues raisonnables. Plutôt, l’application de la norme de la décision correcte, qui commande peu de déférence, permet aux cours de fournir des directives utiles quant à la portée de ces protections fondamentalement importantes en matière de droits de la personne et d’assurer le respect de la primauté du droit en pareils cas.

(3) L’objet du Tribunal et la nature de la question en litige

[89] Enfin, la question soumise à la Cour concerne l’objet même de l’existence du Tribunal. En décidant si les contestations d’un texte de loi sont visées par la définition d’« acte discriminatoire » de la *LCDP*, le Tribunal répond à une question de droit qui comporte

responds to a question of law with a constitutional dimension: Who gets to decide what types of challenges can be brought against legislative action? The Commission argued that a determination that legislative challenges are not caught within the scope of s. 5 undermines the primacy of human rights law by barring claimants from bringing certain types of challenges before the Tribunal. While this appeal is not constitutional in the narrow sense — in that it does not directly engage rights protected under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, for example — it necessarily implicates the rule of law and the duty of superior courts under s. 96 of the *Constitution Act, 1867* to uphold this fundamental constitutional principle (*Dunsmuir*, at paras. 29 and 31). No deference is owed to the decision of an administrative decision maker in these circumstances.

#### (4) Conclusion

[90] We accept that the analysis in the present case begins with the presumption of reasonableness, but it cannot be disputed that this presumption is rebuttable through a contextual analysis. We also agree with our colleague Gascon J. that the omission of a privative clause “does not rebut the presumption of deference” (para. 50). Indeed, this Court has recognized that “their presence or absence is no longer determinative about whether deference is owed to the tribunal or not” (*Mowat*, at para. 17). Furthermore, there is no dispute that the potential for conflicting lines of authority does not, *on its own*, warrant a less deferential standard of review (reasons of Gascon J., at para. 52). In our view, however, they are each indicia that point toward correctness. While neither factor may *independently* call for correctness, we repeat that “[t]he analysis must be contextual” (*Dunsmuir*, at para. 64). And when this Court stated that “[i]n many cases, it will not be necessary to consider all of the factors, as some of them may be determinative in the application of the reasonableness standard in a specific case” (*Dunsmuir*, at para. 64), it did so, recognizing that, in other cases, the whole context would be determinative. This is such a case. For this reason, a contextual analysis leads us to the conclusion that the presumption is rebutted in this case, and

une dimension constitutionnelle : qui peut décider du type de contestations pouvant être présentées à l’encontre d’une mesure législative? D’après la Commission, décider que les contestations d’un texte de loi ne sont pas visées à l’art. 5 mine la primauté des lois en matière de droits de la personne en empêchant les demandeurs de soumettre certains types de contestations au Tribunal. Bien que le présent pourvoi n’en soit pas un constitutionnel au sens strict (c’est-à-dire qu’il ne met pas directement en cause des droits protégés par la *Charte canadienne des droits et libertés*, par exemple), il fait nécessairement intervenir la primauté du droit et l’obligation des cours supérieures au sens de l’art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* d’assurer le respect de ce principe constitutionnel fondamental (*Dunsmuir*, par. 29 et 31). Dans ces circonstances, il n’y a pas lieu de faire preuve de déférence à l’égard de la décision d’un décideur administratif.

#### (4) Conclusion

[90] Nous reconnaissons que l’analyse en l’espèce commence par la présomption d’application de la norme de la décision raisonnable, mais il est incontestable que cette présomption peut être réfutée au moyen d’une analyse contextuelle. Nous convenons aussi avec notre collègue le juge Gascon que l’absence d’une clause privative « ne repousse pas la présomption de déférence » (par. 50). En effet, notre Cour a reconnu que « [sa] présence ou [son] absence ne sont plus déterminantes quant à savoir si la déférence s’impose ou non à l’endroit du tribunal administratif » (*Mowat*, par. 17). D’ailleurs, nul ne conteste que l’éventualité de courants jurisprudentiels contradictoires ne justifie pas, *à elle seule*, l’application d’une norme de contrôle moins déférente (motifs du juge Gascon, par. 52). Toutefois, à notre avis, ce sont tous des indices qui militent en faveur de la norme de la décision correcte. Bien qu’aucun de ces facteurs ne puisse *à lui seul* commander l’application de la norme de la décision correcte, nous réitérons que « [l]’analyse doit être contextuelle » (*Dunsmuir*, par. 64). Et lorsque notre Cour a affirmé que « [d]ans bien des cas, il n’est pas nécessaire de tenir compte de tous les facteurs, car certains d’entre eux peuvent, dans une affaire donnée, déterminer l’application de la norme de la décision raisonnable »

that the impugned decision ought to be reviewed for correctness.

**B. Does Section 5 of the CHRA Permit Bare Challenges to Legislation?**

[91] Any complainant making a claim of discrimination before the Tribunal must ensure that his or her claim falls within the scope of the *CHRA*. Section 40 of the *CHRA* permits individuals and groups to bring complaints that allege “discriminatory practices”. Under s. 39, a “discriminatory practice” is defined to include all the human rights prohibitions listed in ss. 5 to 14.1 of the *CHRA*.

[92] This case is about the scope of s. 5 of the *CHRA*, which reads as follows:

**5** It is a discriminatory practice in the provision of goods, services, facilities or accommodation customarily available to the general public

(a) to deny, or to deny access to, any such good, service, facility or accommodation to any individual, or

(b) to differentiate adversely in relation to any individual,

on a prohibited ground of discrimination.

[93] Do the present complaints allege a discriminatory practice in the provision of a service customarily available to the general public? Before the Tribunal, the complainants sought to challenge the registration provisions of the *Indian Act* as making discriminatory distinctions on the basis of race, national or ethnic origin, sex and family status (*Matson*, at para. 2 (CanLII); *Andrews*, at para. 11 (CanLII)). They did not challenge the actions of the Registrar in processing their applications. At their core, these complaints are about Parliament’s decision not to extend

(*Dunsmuir*, par. 64), elle fit ainsi en reconnaissant que, dans d’autres affaires, le contexte dans son ensemble serait déterminant. C’est le cas en l’espèce. Pour ce motif, une analyse contextuelle nous mène à la conclusion que la présomption est réfutée en l’espèce, et que la décision contestée doit être examinée selon la norme de la décision correcte.

**B. L’article 5 de la LCDP permet-il l’instruction de plaintes qui constituent une simple contestation d’une loi?**

[91] Le plaignant qui dépose une plainte de discrimination devant le Tribunal doit s’assurer que celle-ci relève du champ d’application de la *LCDP*. L’article 40 de cette loi permet aux individus et aux groupes de déposer une plainte à l’égard d’un « acte discriminatoire ». Selon l’art. 39, l’« acte discriminatoire » englobe toutes les interdictions énumérées aux art. 5 à 14.1 de la *LCDP*.

[92] Il est question en l’espèce de la portée de l’art. 5 de la *LCDP*, dont le libellé est le suivant :

**5** Constitue un acte discriminatoire, s’il est fondé sur un motif de distinction illicite, le fait, pour le fournisseur de biens, de services, d’installations ou de moyens d’hébergement destinés au public :

a) d’en priver un individu;

b) de le défavoriser à l’occasion de leur fourniture.

[93] Les plaintes en l’espèce allèguent-elles un acte discriminatoire dans la prestation d’un service destiné au public? Devant le Tribunal, les plaignants cherchaient à contester les dispositions en matière d’inscription de la *Loi sur les Indiens* au motif qu’elles créaient des distinctions illicites du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur sexe et de leur situation de famille (*Matson*, par. 2 (CanLII); *Andrews*, par. 11 (CanLII)). Ils n’ont pas contesté les actes du Registraire dans le cadre du traitement de leurs demandes. Pour l’essentiel,

“Indian” status to persons in similar circumstances. This was properly characterized by the Tribunal as a bare challenge to legislation.

[94] The remedy resulting from a successful challenge on this basis would be to render the impugned provisions inoperable. However, granting this remedy — or indeed, any other remedy — is contingent upon the Tribunal being validly seized of the matter in the first place. The Federal Court of Appeal correctly noted that one must not conflate the scope of s. 5 with the extent of the Tribunal’s remedial authority (C.A. reasons, at para. 99). Moreover, the notion that human rights statutes take primacy where they are inconsistent with another statute does not inform this Court’s interpretation of the scope of s. 5. The meaning of this provision must be determined on its own as a matter of statutory interpretation.

[95] What, then, is encompassed in s. 5? The wording of this section focuses on the *provision* of services. The French version of the *CHRA* says that it is a discriminatory practice for the *service provider* (“*le fournisseur . . . de services*”) to deny or differentiate adversely in relation to an individual. The use of this language suggests that s. 5 is geared towards discrimination perpetrated by service providers.

[96] In our view, Parliament is not a service provider, and was not providing a service when it enacted the registration provisions of the *Indian Act*. Moreover, law-making is unlike any of the other terms listed in s. 5; it does not resemble a good, facility or accommodation (see *Forward*, at para. 42 (CanLII)). As observed by the Tribunal in *Andrews*, the legislative process is unique:

Law-making is one of Parliament’s most fundamental and significant functions and *sui generis* in its nature. This is confirmed by the powers, privileges and immunities that Parliament and the Legislatures possess to ensure their

ces plaintes portent sur la décision du Parlement de rendre inaccessible le statut d’« Indien » aux personnes dans des circonstances semblables. Le Tribunal a correctement qualifié ces plaintes de simple contestation d’une loi.

[94] La réparation découlant d’une contestation tranchée en faveur des plaignants sur ce fondement consisterait à déclarer les dispositions contestées inopérantes. Or, le Tribunal doit d’abord être valablement saisi de l’affaire avant que cette réparation — ou toute autre réparation — puisse être octroyée. La Cour d’appel fédérale a indiqué à juste titre qu’il ne faut pas confondre la portée de l’art. 5 et celle du pouvoir du Tribunal d’accorder des réparations (motifs de la C.A., par. 99). De plus, la primauté des lois sur les droits de la personne en cas d’incompatibilité avec d’autres lois ne guide pas l’interprétation que la Cour doit donner quant à la portée de l’art. 5. Le sens de cette disposition doit être établi de façon indépendante selon les principes d’interprétation législative.

[95] Quelle est donc la portée de l’art. 5? En anglais, le libellé de cette disposition met l’accent sur la *prestation* de services (« *the provision of services* »). La version française de la *LCDP* indique que *le fournisseur de [ . . . ] services* commet un acte discriminatoire s’il prive un individu de services ou s’il le défavorise à l’occasion de leur fourniture. Ce libellé donne à penser que l’art. 5 est axé sur la discrimination exercée par un fournisseur de services.

[96] À notre avis, le législateur n’est pas un fournisseur de services, et il ne fournissait pas un service lorsqu’il a adopté les dispositions en matière d’inscription de la *Loi sur les Indiens*. En outre, le processus législatif se distingue des autres termes énumérés à l’art. 5; il ne s’apparente ni à un bien, ni à une installation, ni à un moyen d’hébergement (voir *Forward*, par. 42 (CanLII)). Comme l’a fait observer le Tribunal dans *Andrews*, le processus législatif est unique :

La législation est l’une des fonctions les plus fondamentales et les plus importantes du Parlement et est de nature *sui generis*. Cela est confirmé par les pouvoirs, les privilèges et les immunités que le Parlement et les

proper functioning, which are rooted in the Constitution, by virtue of the preamble and section 18 of the *Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Victoria, c. 3, [*Constitution Act*] and in statute law, in sections 4 and 5 of the *Parliament of Canada Act*, R.S.C. 1985, c. P-1: *Telezone Inc. v. Canada (Attorney General)* (2004), 235 D.L.R. (4th) 719 at paras. 13-17. Indeed, the dignity, integrity and efficient functioning of the Legislature is preserved through parliamentary privilege which, once established, is afforded constitutional status and is immune from review: *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)* (1996), 137 D.L.R. (4th) 142, [1996] 2 S.C.R. 876; *Canada (House of Commons) v. Vaid*, 2005 SCC 30 at para. 33 [*Vaid*]. To consider the act of legislating along the same lines as that of delivering Householders as in *Pankiw* or to processing a citizenship application as in *Forward* is fundamentally problematic and emblematic of an approach which ignores the special role law-making possesses in our society. In legislating, Parliament is not a service provider and there is no “transitive connotation” to this function. Rather, it is fulfilling a constitutionally mandated role, at the very core of our democracy. As such, while law-making is an activity that could be said to take place “in the context of a public relationship” (*Gould* at para. 16) or “creates a public relationship” (*Gould* at para. 68, cited above) as per the second part of the *Gould* test, to characterize it as a service would ignore this *sui generis* quality. [Text in brackets in original; para. 57.]

[97] Parliament can be distinguished from the administrative decision makers that operate under legislative authority. These individuals and statutory bodies, which include the Registrar, may be “service providers”, or entities that “provi[de] . . . services . . . customarily available to the general public”. If they use their statutory discretion in a manner that effectively denies access to a service or makes an adverse differentiation on the basis of a prohibited ground, s. 5 will be engaged. But, when their job is simply to apply legislated criteria, the challenge is not to the provision of services, but to the legislation itself (*Murphy*, at para. 6).

[98] Furthermore, the relevant jurisprudence suggests that the enactment of legislation is not a service.

législatures possèdent afin de garantir leur fonctionnement adéquat, qui sont fondés dans la Constitution, en vertu du préambule et de l’article 18 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Victoria, ch. 3 (la *Loi constitutionnelle*) et dans le droit législatif, aux articles 4 et 5 de la *Loi sur le Parlement du Canada*, L.R.C. 1985, ch. P-1 : *Telezone Inc. v. Canada (Attorney General)* (2004), 235 D.L.R. (4th) 719, aux paragraphes 13 à 17. En effet, la dignité, l’intégrité et le fonctionnement efficace de la législature est préservé par le privilège du Parlement qui, lorsqu’il est établi, a droit au statut constitutionnel et est à l’abri de tout examen : *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)* (1996), 137 D.L.R. (4th) 142, [1996] 2 R.C.S. 876; *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30, au paragraphe 33 (*Vaid*). Le fait de mettre l’acte de législation dans la même catégorie que la livraison des bulletins parlementaires, comme dans *Pankiw*, ou le traitement des demandes de citoyenneté, comme dans *Forward*, est fondamentalement problématique et emblématique d’une approche qui ne tient pas compte du rôle spécial que la législation joue dans notre société. En légiférant, le Parlement ne fournit pas un service et il n’y a pas de « connotation transitive » pour cette fonction. En fait, la législation remplit un rôle mandaté par la constitution. Par conséquent, bien que la législation soit une activité qui puisse être considérée comme prenant place « dans le cadre d’une relation publique » (*Gould*, au paragraphe 16) ou comme créant « une relation publique » (*Gould*, au paragraphe 68, précité) au sens du deuxième volet du critère *Gould*, le fait de la qualifier de service ne tiendrait pas compte de sa nature *sui generis*. [par. 57.]

[97] Le Parlement se distingue des décideurs administratifs qui exercent leurs fonctions conformément à une autorisation statutaire. Ces derniers et les organismes statutaires, dont le Registraire, pourraient être considérés comme des « fournisseurs de services » ou des entités qui « fournisse[nt] [. . .] de[s] services [. . .] destinés au public ». S’ils utilisent leur pouvoir discrétionnaire conféré par la loi d’une manière qui prive un individu de ces services ou qui le défavorise sur le fondement d’un motif de distinction illicite, l’art. 5 s’applique. Toutefois, lorsque leur travail consiste simplement à appliquer des critères prévus par la loi, la contestation ne vise pas la prestation de services, mais la loi elle-même (*Murphy*, par. 6).

[98] En outre, la jurisprudence applicable indique que l’adoption d’une loi n’est pas un service. La

This Court has defined a service as (1) something of benefit (2) that is held out or offered to the public (*Gould*; see also *Watkin*, at para. 31). In *Gould*, La Forest J. (concurring) said, at para. 55:

There is a transitive connotation from the language employed by the various provisions; it is not until the service, accommodation, facility, etc., passes from the service provider and has been held out to the public that it attracts the anti-discrimination prohibition.

Again, La Forest J.'s definition in *Gould* focuses on the service provider. When Parliament crafts statutory eligibility criteria, there is no "transitive connotation". Nothing is being held out by Parliament to the public. It is only when the service provider itself discriminates that s. 5 is engaged.

[99] The Federal Court of Appeal took a similar view in *Murphy*. In that case, the Commission argued that income tax assessments by the Canada Revenue Agency pursuant to the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) ("*ITA*"), were "services" within the meaning of the *CHRA*. Finding that the mandatory duty to assess taxes in conformity with the law flowing from the *ITA* was at the heart of the allegation, the Court of Appeal characterized the complaint as a direct attack on the applicable *ITA* provisions. In dismissing the appeal, the Court of Appeal was unequivocal that s. 5 of the *CHRA* "does not provide for the filing of a complaint directed against an act of Parliament" (para. 6).

[100] We also note that the equivalent of s. 5 of the *CHRA* in provincial human rights statutes may be worded in broader terms, and without reference to "the provision of services" or the "service provider". For instance, s. 1 of the Ontario *Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19, states that "[e]very person has a right to equal treatment with respect to services, goods and facilities, without discrimination". Whether challenges to legislation would be permissible under this statute or other provincial human

Cour a défini un service comme (1) quelque chose d'avantageux (2) qui est mis à la disposition du public ou lui est offert (*Gould*; voir également *Watkin*, par. 31). Dans l'arrêt *Gould*, le juge La Forest, dans ses motifs concordants, a affirmé ce qui suit au par. 55 :

La formulation des dispositions a une connotation transitive; ce n'est qu'une fois que le service, le logement, l'installation, etc., passe par le fournisseur et qu'il est mis à la disposition du public qu'il est visé par l'interdiction de la discrimination.

Là encore, la définition qu'énonce le juge La Forest dans l'arrêt *Gould* met l'accent sur le fournisseur de services. Lorsque le législateur élabore des critères d'admissibilité dans une loi, il n'y a aucune « connotation transitive ». Rien n'est mis à la disposition du public par le législateur. Ce n'est que lorsque le fournisseur de services commet lui-même un acte discriminatoire que l'art. 5 s'applique.

[99] La Cour d'appel fédérale a adopté un point de vue semblable dans *Murphy*. Dans cette affaire, la Commission a fait valoir que les cotisations d'impôt sur le revenu établies par l'Agence du revenu du Canada conformément à la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. 1 (5<sup>e</sup> suppl.) (« *LIR* »), étaient des « services » au sens de la *LCDP*. En concluant que l'obligation impérative d'établir le montant des impôts en conformité avec la *LIR* était au cœur de l'allégation, la Cour d'appel a qualifié la plainte d'attaque directe à l'encontre des dispositions applicables de la *LIR*. Lorsqu'elle a rejeté l'appel, la Cour d'appel a affirmé sans équivoque que l'art. 5 de la *LCDP* « ne prévoit pas la possibilité de déposer de plaintes contre une loi fédérale » (par. 6).

[100] Nous tenons également à souligner que la disposition équivalente à l'art. 5 de la *LCDP* dans les lois provinciales sur les droits de la personne peut être formulée dans des termes plus généraux, et sans nécessairement faire référence à « la prestation de services » ou au « fournisseur de services ». Par exemple, l'article premier du *Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, c. H.19, de l'Ontario, indique que « [t]oute personne a droit à un traitement égal en matière de services, de biens ou d'installations,

rights statutes is not before this Court, and should be left for another day.

[101] Two additional contextual arguments were put to the Court by the Commission in support of the proposition that challenges to legislation may be brought under the *CHRA*. First, it is argued that the repeal of s. 67 of the *CHRA* (S.C. 2008, c. 30, s. 1) indicates that direct challenges to legislation were contemplated by Parliament. Section 67 stated that “[n]othing in [the *CHRA*] affects any provision of the *Indian Act* or any provision made under or pursuant to that Act.” The Commission submits that through the repeal of this statutory exception to the primacy of the *CHRA*, Parliament brought the *Indian Act* in its entirety under the ambit of the *CHRA*, including the impugned registration provisions. To go further, the Commission argues that s. 67 was enacted (and subsequently repealed) specifically because of the concern that the registration provisions of the *Indian Act* might be considered discriminatory.

[102] Second, the Commission argues that s. 49(5) of the *CHRA* also indicates that Parliament contemplated direct challenges to legislation. This provision requires a member of the bar of a province or the Chambre des notaires du Québec to form part of the Tribunal panel if the complaint raises the potential inconsistency between the *CHRA* and another legislative enactment.

[103] With respect, neither of these provisions sheds much light on the actual question at issue: Can the act of legislating be qualified as a service such that discriminatory legislation can be challenged directly under s. 5 of the *CHRA*? These arguments conflate the ability of the Tribunal to hear a complaint with the extent of its remedial power. Again, the possibility of inoperability as a remedy provides no guidance to determining the scope of what actually constitutes a discriminatory practice pursuant

« sans discrimination ». La question de savoir si la contestation d’un texte de loi serait autorisée sur le fondement de cette loi ou d’autres lois provinciales en matière de droits de la personne n’est pas en cause en l’espèce, et la Cour pourra y répondre à une autre occasion.

[101] La Commission a présenté à la Cour deux autres arguments contextuels pour étayer sa thèse voulant qu’une loi puisse être contestée sur le fondement de la *LCDP*. Premièrement, elle allègue que l’abrogation de l’art. 67 de la *LCDP* (L.C. 2008, c. 30, art. 1) démontre que le législateur avait envisagé la possibilité que les lois fassent l’objet de contestations directes. L’article 67 prévoyait que « [l]a [*LCDP*] est sans effet sur la *Loi sur les Indiens* et sur les dispositions prises en vertu de cette loi. » La Commission soutient qu’en abrogeant cette exception à la primauté de la *LCDP*, le législateur a assujéti la *Loi sur les Indiens*, dans sa totalité, à la *LCDP*, y compris les dispositions contestées qui portent sur l’inscription. Pour appuyer davantage sa position, la Commission fait valoir que l’art. 67 avait été adopté (et subséquemment abrogé) précisément par crainte que les dispositions en matière d’inscription de la *Loi sur les Indiens* soient jugées discriminatoires.

[102] Deuxièmement, la Commission allègue qu’il ressort également du par. 49(5) de la *LCDP* que le législateur a envisagé la possibilité que les lois puissent être contestées directement. Cette disposition exige que la formation du Tribunal soit composée d’un membre du barreau d’une province ou de la Chambre des notaires du Québec si la plainte soulève l’incompatibilité potentielle de la *LCDP* avec une disposition d’un autre texte de loi.

[103] En tout respect, nous estimons qu’aucune de ces dispositions ne nous éclaire sur la question en litige : l’acte de légiférer peut-il être qualifié de service, de sorte qu’une disposition discriminatoire puisse être contestée directement sur le fondement de l’art. 5 de la *LCDP*? Les arguments évoqués précédemment confondent la capacité du Tribunal d’instruire une plainte et la portée de son pouvoir de réparation. Là encore, la possibilité de déclarer une loi inopérante à titre de mesure de réparation ne nous

to s. 5. These two inquiries are distinct and must remain as such.

### III. Conclusion

[104] In sum, we agree with the Tribunal and the courts below that bare challenges to legislation cannot be brought under s. 5 of the *CHRA*. The act of legislating is not a service. Accordingly, the Tribunal was correct in dismissing the complaints for want of an underlying discriminatory practice.

[105] Gascon J. suggests that the correctness review we undertake does not differ significantly from the analysis undertaken by the Tribunal at first instance, and on this basis, questions whether this Court is any better situated to interpret the decision maker's home statute (para. 65). With respect, this misses the purpose of the courts' role on judicial review. That the above analysis largely tracks what was said by the Tribunal itself does not undermine our earlier conclusion as to the standard of review. In any instance of correctness review, it is open to the court to find that the tribunal arrived at the correct decision. From this conclusion one cannot draw the inference that the Tribunal is necessarily "better situated" to make decisions than the courts, or that legislative supremacy must always prevail over concerns as to the rule of law.

[106] Superior courts have the constitutional *obligation* to oversee the exercise of administrative decision making (s. 96 of the *Constitution Act, 1867*; *Crevier*, at p. 234; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 SCC 19, [2003] 1 S.C.R. 226, at para. 21; *Dunsmuir*, at para. 29). The standard of review analysis is what assists courts in determining the degree of deference they ought to afford to the administrative decision maker for the purpose of striking the appropriate balance between the rule of law and the maintenance of legislative

permet pas de déterminer la portée de ce qui constitue un acte discriminatoire aux termes de l'art. 5. Ces deux questions sont distinctes et doivent le demeurer.

### III. Conclusion

[104] En somme, nous convenons avec le Tribunal et les cours d'instances inférieures que les plaintes qui constituent une simple contestation d'un texte de loi ne peuvent être présentées sur le fondement de l'art. 5 de la *LCDP*. L'acte de légiférer n'est pas un service. Par conséquent, c'est à bon droit que le Tribunal a rejeté les plaintes au motif qu'il n'y avait aucun acte discriminatoire sous-jacent.

[105] Le juge Gascon affirme que le contrôle fondé sur la norme de la décision correcte que nous entreprenons ne diffère pas vraiment de l'analyse effectuée par le Tribunal en première instance et, pour cette raison, il se demande si notre Cour est mieux placée pour interpréter la loi constitutive du décideur (par. 65). N'en déplaise à notre collègue, cette affirmation ne tient pas compte du rôle des cours de justice lors d'un contrôle judiciaire. Ce n'est pas parce que notre analyse calque en grande partie celle du Tribunal que la conclusion à laquelle nous sommes arrivés relativement à la norme de contrôle applicable est moins valable. Dans tout contrôle fondé sur la norme de la décision correcte, la cour de justice peut conclure que le tribunal est parvenu à la décision correcte. On ne peut conclure pour autant que le Tribunal est nécessairement « mieux placé » que les tribunaux judiciaires pour rendre des décisions, ou que la suprématie législative doit toujours avoir préséance sur les préoccupations quant à la primauté du droit.

[106] Les cours supérieures ont l'*obligation* constitutionnelle de surveiller l'exercice du pouvoir décisionnel en matière administrative (art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*; *Crevier*, p. 234; *Dr. Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 CSC 19, [2003] 1 R.C.S. 226, par. 21; *Dunsmuir*, par. 29). L'analyse relative à la norme de contrôle aide les tribunaux judiciaires à déterminer le degré de déférence dont ils doivent faire preuve à l'égard de la décision du décideur administratif dans le but d'atteindre un juste équilibre entre

supremacy — not to identify who is best situated to decide what. Moreover, the outcome of the judicial review analysis should play no role in determining the appropriate standard. The correctness standard is integral to the law of judicial review, insofar as it “promotes just decisions and avoids inconsistent and unauthorized application of law” (*Dunsmuir*, at para. 50).

[107] Like our colleagues in the majority, we would therefore dismiss the appeal. We also agree that this disposition says nothing about the complainants’ ability to bring a claim under s. 15 of the *Charter* with respect to the impugned *Indian Act* provisions.

The following are the reasons delivered by

[108] BROWN J. — I agree with my colleague Gascon J. that the Canadian Human Rights Tribunal’s answers to the questions before it — that the act of legislating is not a “service” within the meaning of s. 5 of the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6, and that there was therefore no underlying discriminatory practice — were reasonable. I also agree with my colleagues Côté and Rowe JJ. that the Tribunal’s answers were correct. Indeed, paras. 56 to 66 of Gascon J.’s reasons also support the conclusion that the Tribunal reached the correct result.

[109] In view of the unassailability of the Tribunal’s decisions on either standard of review, nothing more needs to be said on that subject, at least as it applies to this appeal. I write briefly, to highlight my more general concern regarding my colleague Gascon J.’s *obiter dicta* regarding true questions of jurisdiction, and to highlight some difficulties that may well arise from his statements regarding contextual analysis.

la primauté du droit et le maintien de la suprématie législative — et non pour identifier qui est mieux placé pour trancher les questions qui se posent. De plus, le résultat de l’analyse effectuée dans le cadre d’un contrôle judiciaire ne devrait jouer aucun rôle dans le choix de la norme applicable. La norme de la décision correcte fait partie intégrante du droit relatif au contrôle judiciaire, en ce sens où elle « favorise ainsi le prononcé de décisions justes tout en évitant l’application incohérente et irrégulière du droit » (*Dunsmuir*, par. 50).

[107] À l’instar de nos collègues majoritaires, nous rejeterions le pourvoi. Nous sommes aussi d’avis que cette conclusion ne vise aucunement la possibilité ou non pour les plaignants de présenter une demande fondée sur l’art. 15 de la *Charte* relativement aux dispositions contestées de la *Loi sur les Indiens*.

Version française des motifs rendus par

[108] LE JUGE BROWN — Je suis d’accord avec mon collègue le juge Gascon pour dire que les réponses du Tribunal canadien des droits de la personne aux questions qui lui ont été soumises — soit que l’acte de légiférer n’est pas un « service » au sens de l’art. 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, c. H-6, et qu’il n’y avait donc aucun acte discriminatoire sous-jacent — étaient raisonnables. Je conviens en outre avec mes collègues les juges Côté et Rowe que les réponses du Tribunal étaient correctes. En effet, les par. 56 à 66 des motifs du juge Gascon étayaient eux aussi la conclusion que la décision à laquelle est arrivé le Tribunal était correcte.

[109] Vu l’impossibilité d’attaquer les décisions du Tribunal en fonction d’une norme de contrôle ou de l’autre, il n’y a rien à ajouter à ce sujet, du moins en ce qui concerne le présent pourvoi. J’écris de brefs motifs pour exprimer ma réserve plus générale concernant les remarques incidentes de mon collègue le juge Gascon à propos des questions touchant véritablement à la compétence, et pour souligner quelques difficultés que peuvent fort bien poser ses déclarations sur l’analyse contextuelle.

[110] Justice Gascon’s discussion regarding true questions of jurisdiction omits a central point that, while not determinative, is in my respectful view an important consideration which militates against his suggestion that this category of correctness review might be “euthanized”. I refer to the Court’s expression, in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, of the continued recognition of this category as being fundamental to judicial review. My colleague observes that “dissatisfaction with the current state of the law is no reason to ignore our precedents following *Dunsmuir*” (para. 47). But this observation applies with equal force to *Dunsmuir* itself. And, in *Dunsmuir*, this Court, citing the Honourable Thomas Cromwell, wrote that “the rule of law is affirmed by assuring that the courts have the final say on the jurisdictional limits of a tribunal’s authority” (para. 30, citing T. Cromwell, “Appellate Review: Policy and Pragmatism”, in *2006 Isaac Pitblado Lectures, Appellate Courts: Policy, Law and Practice*, V-1, at p. V-12). This presupposes not only that the treatment of such questions is a matter of first importance, but that such questions continue to exist. While, therefore, one might “euthanize” the category of true jurisdictional questions, it would not follow that *such questions themselves* will disappear.

[111] Deciding whether and how any “euthanizing” of true questions of jurisdiction is to proceed will, therefore, require a measure of circumspection. The exercise of public power, including delegated public power, must always be authorized by law. Judicial review guarantees fidelity to that principle. As I indicated in *West Fraser Mills Ltd. v. British Columbia (Workers’ Compensation Appeal Tribunal)*, 2018 SCC 22, [2018] 1 S.C.R. 635, at para. 124, I accept that it is often difficult to distinguish between exercises of delegated power that raise truly jurisdictional questions from those entailing an unremarkable application of an enabling statute. But there will remain questions that tend more to the former, including matters which are still widely regarded as jurisdictional by lower courts (for example, a

[110] Dans son analyse des questions touchant véritablement à la compétence, le juge Gascon passe sous silence un point central qui, sans être déterminant, me semble être une considération importante militant contre sa proposition d’« en finir avec » cette catégorie de questions assujetties à un contrôle selon la norme de la décision correcte. Je me reporte à l’arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, où la Cour affirme qu’elle continue de reconnaître que cette catégorie est fondamentale pour le contrôle judiciaire. Mon collègue fait remarquer qu’« une insatisfaction face à l’état actuel du droit ne permet pas de faire abstraction de notre jurisprudence postérieure à l’arrêt *Dunsmuir* » (par. 47). Cette observation vaut toutefois tout autant pour l’arrêt *Dunsmuir* lui-même. Or, la Cour y a écrit, citant l’honorable Thomas Cromwell, que [TRADUCTION] « la primauté du droit est consacrée par le pouvoir d’une cour de justice de statuer en dernier ressort sur l’étendue de la compétence d’un tribunal administratif » (par. 30, citant T. Cromwell, « Appellate Review : Policy and Pragmatism », dans *2006 Isaac Pitblado Lectures, Appellate Courts : Policy, Law and Practice*, V-1, p. V-12). Cela suppose non seulement que l’examen de ces questions est de la plus haute importance, mais également que ces questions existent toujours. Par conséquent, bien que l’on puisse « en finir avec » la catégorie des questions touchant véritablement à la compétence, cela ne veut pas dire que *ces questions elles-mêmes* disparaîtront.

[111] Il faut donc faire preuve de circonspection pour décider de l’opportunité et, le cas échéant, de la manière d’« en finir avec » les questions touchant véritablement à la compétence. L’exercice d’un pouvoir public, notamment un pouvoir public délégué, doit toujours être autorisé par la loi. Le contrôle judiciaire est un gage de fidélité à ce principe. Comme je l’ai indiqué dans *West Fraser Mills Ltd. c. Colombie-Britannique (Workers’ Compensation Appeal Tribunal)*, 2018 CSC 22, [2018] 1 R.C.S. 635, par. 124, je reconnais qu’il est souvent difficile de distinguer l’exercice d’un pouvoir délégué qui soulève des questions touchant véritablement à la compétence de l’exercice du pouvoir qui fait intervenir l’application ordinaire d’une loi habilitante. Il reste cependant des questions qui s’apparentent davantage à la

decision to enact subordinate legislation: *Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) v. Canada*, 2018 FCA 58, at para. 80 (CanLII)), and which raise squarely the same concerns for the rule of law identified by this Court in *Dunsmuir* as demanding a more exacting standard of review. To consign such questions to the same, one-size-fits-all “reasonableness” standard of review that all other questions receive would render that standard far less useful, since it would furnish a reviewing court with no basis for distinguishing matters warranting deference from those which do not.

[112] It follows that abolition of the category of true questions of jurisdiction will necessitate a concomitant shift towards a more flexible, rather than a strictly binary (or strictly reasonableness) standard of review framework.

[113] This brings me to my second concern, which is the extremely narrow scope for contextual analysis that my colleague Gascon J. states, and which would significantly impede that necessary flexibility. Contextual analysis is, he says, “exceptional”, should be undertaken “sparingly”, and plays a “subordinate role” in deciding the standard of review (paras. 45-46).

[114] Descriptors like “exceptional” and “sparingly” are, of course, the same sort of cautions which this Court has from time to time stated in respect of true questions of jurisdiction, which suggests that contextual analysis may be next in line for “euthanizing”. That aside, and with respect, and accepting that my colleague can draw from past statements of this Court for support, such statements give little if any meaningful guidance to lower courts. Indeed, statements suggesting that contextual review should be applied “sparingly” or that it plays a “subordinate role” are not easily reconciled with my colleague’s acknowledgment (at para. 46) that reviewing courts ought to examine “factors that sho[w] a clear legislative intent justifying the rebuttal of the presumption”.

première catégorie, notamment celles encore largement reconnues comme des questions de compétence par les juridictions inférieures (comme la décision d’adopter un texte législatif subordonné : *Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) c. Canada*, 2018 CAF 58, par. 80 (CanLII)), et qui suscitent nettement les mêmes préoccupations relatives à la primauté du droit que celles qui, aux dires de la Cour dans *Dunsmuir*, appellent une norme de contrôle plus rigoureuse. Attribuer uniformément à pareilles questions la même norme de contrôle de la « raisonabilité » qu’à toutes les autres questions rendrait cette norme beaucoup moins utile, car cela ne donnerait à la cour de révision aucun fondement pour distinguer les éléments méritant la déférence des autres.

[112] Par conséquent, l’abolition de la catégorie des questions touchant véritablement à la compétence devra s’accompagner d’une transition concomitante à un cadre plus souple relatif à la norme de contrôle, plutôt qu’à un cadre strictement binaire (ou fondé uniquement sur la raisonabilité).

[113] Cela m’amène à ma seconde réserve, soit la portée extrêmement restreinte attribuée par mon collègue le juge Gascon à l’analyse contextuelle, portée qui nuira considérablement à la souplesse nécessaire. Selon lui, l’analyse contextuelle est « exceptionnelle » et doit être utilisée « avec parcimonie ». En outre, elle joue un « rôle subordonné » lors du choix de la norme de contrôle applicable (par. 45-46).

[114] Les termes descriptifs comme « exceptionnel » et « avec parcimonie » constituent naturellement le même type de mises en garde que celles énoncées de temps à autre par la Cour à l’égard des questions touchant véritablement à la compétence, ce qui laisse croire que la Cour pourrait à court terme vouloir « en finir avec » l’analyse contextuelle. Cela mis à part, et soit dit en tout respect, et reconnaissant que mon collègue peut s’appuyer sur des déclarations antérieures de la Cour, ces déclarations ne donnent que peu d’indications utiles, sinon aucunes, aux juridictions inférieures. En effet, il n’est pas facile de concilier les affirmations donnant à penser qu’il faut procéder à un examen contextuel « avec parcimonie » ou que cet examen joue un « rôle subordonné »

If one is considering factors which show legislative intent, one *is* undertaking a contextual analysis.

[115] My concerns with these aspects of my colleague's reasons do not, however, affect the result. I agree that the appeal should be dismissed.

*Appeal dismissed.*

*Solicitor for the appellant: Canadian Human Rights Commission, Ottawa.*

*Solicitor for the respondent: Attorney General of Canada, Toronto.*

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

*Solicitors for the intervener Tania Zulkoskey: Cavalluzzo, Toronto.*

*Solicitor for the interveners the Income Security Advocacy Centre, the Sudbury Community Legal Clinic, the Chinese and Southeast Asian Legal Clinic, the Community Legal Assistance Society and the HIV & AIDS Legal Clinic Ontario: Income Security Advocacy Centre, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Muslim Lawyers Association: Karimjee Greene, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Council of Canadians with Disabilities: ARCH Disability Law Centre, Toronto.*

*Solicitors for the interveners the Women's Legal Education and Action Fund and the Native Women's Association of Canada: Law Office of Mary Eberts, Toronto; Women's Legal Education and Action*

et la reconnaissance par mon collègue (au par. 46) du fait que les cours de révision devraient examiner « les facteurs [. . .] qui rév[èlent] une intention claire du législateur justifiant la réfutation de la présomption ». Si l'on tient compte des facteurs qui révèlent l'intention du législateur, on procède *dans les faits* à une analyse contextuelle.

[115] Les réserves que j'ai à propos de ces aspects des motifs de mon collègue n'influent toutefois pas sur le résultat. Je suis également d'avis qu'il y a lieu de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureur de l'appelante : Commission canadienne des droits de la personne, Ottawa.*

*Procureur de l'intimé : Procureur général du Canada, Toronto.*

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

*Procureurs de l'intervenante Tania Zulkoskey : Cavalluzzo, Toronto.*

*Procureur des intervenants le Centre d'action pour la sécurité du revenu, la Clinique juridique communautaire de Sudbury, Chinese and Southeast Asian Legal Clinic, Community Legal Assistance Society et HIV & AIDS Legal Clinic Ontario : Centre d'action pour la sécurité du revenu, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des avocats musulmans : Karimjee Greene, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le Conseil des Canadiens avec déficiences : ARCH Disability Law Centre, Toronto.*

*Procureurs des intervenants le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes et l'Association des femmes autochtones du Canada : Law Office of Mary Eberts, Toronto; Fonds d'action*

*Fund Inc., Toronto; Native Women's Association of Canada, Ottawa.*

*Solicitors for the intervener Amnesty International: Stockwoods, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the First Nations Child and Family Caring Society of Canada: Conway Baxter Wilson, Ottawa; Equality Law, Ottawa.*

*Solicitor for the intervener the African Canadian Legal Clinic: African Canadian Legal Clinic, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Aboriginal Legal Services: Aboriginal Legal Services, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Public Service Alliance of Canada: Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck, Ottawa.*

*et d'éducation juridiques pour les femmes Inc., Toronto; Association des femmes autochtones du Canada, Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante Amnistie internationale : Stockwoods, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante la Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières Nations du Canada : Conway Baxter Wilson, Ottawa; Equality Law, Ottawa.*

*Procureur de l'intervenant le Bureau d'Aide Juridique Afro-Canadien : Bureau d'Aide Juridique Afro-Canadien, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant Aboriginal Legal Services : Aboriginal Legal Services, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Alliance de la fonction publique du Canada : Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck, Ottawa.*