

**COUR SUPRÊME DU CANADA**

|  |  |
| --- | --- |
| **Référence :** Alberta (Information and Privacy Commissioner) *c.* Alberta Teachers’ Association, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654 | **Date :** 20111214**Dossier :** 33620 |

**Entre :**

**Information and Privacy Commissioner**

Appelant

et

**Alberta Teachers’ Association**

Intimée

- et -

**Procureur général de la Colombie-Britannique,**

**Information and Privacy Commissioner of British Columbia et**

**B.C. Freedom of Information and Privacy Association**

Intervenants

**Traduction française officielle**

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

|  |  |
| --- | --- |
| **Motifs de jugement :**(par. 1 à 77)**Motifs concordants :**(par. 78 à 89)**Motifs concordants :**(par. 90 à 104) | Le juge Rothstein (avec l’accord de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel, Fish, Abella et Charron)Le juge Binnie (avec l’accord de la juge Deschamps)Le juge Cromwell |

Alberta (Information and Privacy Commissioner) *c.* Alberta Teachers’ Association, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654

Information and Privacy Commissioner *Appelant*

c.

Alberta Teachers’ Association *Intimée*

et

Procureur général de la Colombie‑Britannique, Information

and Privacy Commissioner of British Columbia et B.C.

Freedom of Information and Privacy Association *Intervenants*

**Répertorié : Alberta (Information and Privacy Commissioner) *c.* Alberta Teachers’ Association**

2011 CSC 61

No du greffe : 33620.

2011 : 16 février; 2011 : 14 décembre.

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

en appel de la cour d’appel de l’alberta

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

 *Droit administratif — Norme de contrôle — La décision d’un tribunal administratif qui interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat est‑elle assujettie à la norme de la décision correcte ou à celle de la décision raisonnable? — La catégorie des véritables questions de compétence doit‑elle subsister relativement à l’interprétation par un tribunal administratif de sa propre loi constitutive ou d’une loi étroitement liée à son mandat?*

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

 *Arrêt* : Le pourvoi est accueilli.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

**Jurisprudence**

Citée par le juge Rothstein

 **Arrêt analysé :** *Dunsmuir c. Nouveau‑Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; **distinction d’avec l’arrêt :** *Kellogg Brown and Root Canada c. Information and Privacy Commissioner (Alta.)*, 2007 ABQB 499, 434 A.R. 311; **arrêts mentionnés :** *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3; *Toussaint c. Conseil canadien des relations du travail* (1993), 160 N.R. 396; *Poirier c. Canada (Ministre des affaires des anciens combattants)*, [1989] 3 C.F. 233; *Bande indienne de Shubenacadie c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1998] 2 C.F. 198; *Legal Oil & Gas Ltd. c. Surface Rights Board*, 2001 ABCA 160, 303 A.R. 8; *United Nurses of Alberta, Local 160 c. Chinook Regional Health Authority*,2002 ABCA 246, 317 A.R. 385; *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650; *Waters c. British Columbia (Director of Employment Standards)*, 2004 BCSC 1570, 40 C.L.R. (3d) 84; *Alberta c. Nilsson*, 2002 ABCA 283, 320 A.R. 88; *A.C. Concrete Forming Ltd. c. Residential Low Rise Forming Contractors Assn. of Metropolitan Toronto and Vicinity*, 2009 ONCA 292, 306 D.L.R. (4th) 251; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160, inf. 2009 CAF 110, 389 N.R. 363, inf. 2008 CF 12, 34 C.E.L.R. (3d) 138; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau‑Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Syndicat des professeurs du collège de Lévis‑Lauzon c. CEGEP de Lévis‑Lauzon*, [1985] 1 R.C.S. 596; *Union des employés de commerce, local 503 c. Roy*, [1980] C.A. 394; *Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3, conf. 2009 CAF 378, 315 D.L.R. (4th) 270, inf. 2009 CF 271, 344 F.T.R. 45; *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678, conf. *sub nom. Kerry (Canada) Inc. c. DCA Employees Pension Committee*, 2007 ONCA 416, 86 O.R. (3d) 1, inf. *sub nom. Nolan c. Superintendent of Financial Services* (2006), 209 O.A.C. 21; *Northrop Grumman Overseas Services Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CSC 50, [2009] 3 R.C.S. 309; *Nor‑Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616; *Petro‑Canada c. Workers’ Compensation Board (B.C.)*, 2009 BCCA 396, 276 B.C.A.C. 135; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Canada (Procureur général) c. Mavi*, 2011 CSC 30, [2011] 2 R.C.S. 504; *Order P2008‑005; College of Alberta Psychologists*, December 17, 2008, O.I.P.C.; *Order F2006‑031; Edmonton Police Service*, September 22, 2008, O.I.P.C.; *Order F2008‑013; Edmonton (Police Service) (Re)*, [2008] A.I.P.C.D. No. 71 (QL); *Order F2007‑014; Edmonton (Police Service) (Re)*, [2008] A.I.P.C.D. No. 72 (QL); *Order F2008‑003; Edmonton Police Service*, December 12, 2008, O.I.P.C.; *Order F2008‑016; Edmonton (Police Service) (Re)*, [2008] A.I.P.C.D. No. 82 (QL); *Order F2008‑017; Edmonton (Police Service) (Re)*, [2008] A.I.P.C.D. No. 79 (QL); *Order F2008‑005; Edmonton (Police Service) (Re)*, [2008] A.I.P.C.D. No. 81 (QL); *Order F2008‑018; Edmonton (Police Service) (Re)*, [2009] A.I.P.C.D. No. 3 (QL); *Order F2008‑027; Edmonton (Police Service) (Re)*, [2009] A.I.P.C.D. No. 20 (QL); *Order F2007‑031; Grande Yellowhead Regional Division No. 35*, November 27, 2008, O.I.P.C.; *Colombie‑Britannique (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 R.C.S. 41.

Citée par le juge Binnie

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

Citée par le juge Cromwell

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

**Lois et règlements cités**

*Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.A. 2000, ch. F‑25, art. 2b), 69(6).

*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 96.

*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F‑7, art. 18.1(4)*a*).

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

**Doctrine citée**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. Le juge Rothstein — En créant un tribunal administratif, une législature confère à un décideur le pouvoir de rendre des décisions dans un domaine où il est censé posséder une expertise. Une cour de justice doit déférer aux décisions administratives qui ressortissent à ce pouvoir décisionnel. Le présent pourvoi offre à notre Cour l’occasion d’aborder la question de savoir de quelle manière il convient de déférer à la décision d’un tribunal administratif lorsque, dans le cadre d’un contrôle judiciaire, une cour de justice est saisie d’une question qui n’a pas été soulevée devant ce tribunal et sur laquelle ce dernier n’a donc pas rendu de décision expresse motivée.
2. En l’espèce, le contrôle judiciaire visait la décision d’une personne déléguée par l’appelant, le commissaire à l’information et à la protection de la vie privée (« commissaire »), concluant que l’intimée, l’Alberta Teachers’ Association (« ATA »), avait communiqué des renseignements privés et enfreint de ce fait la *Personal Information Protection Act*, S.A. 2003, ch. P‑6.5 (« *PIPA* »). Le commissaire avait examiné des plaintes relatives à la publication de renseignements privés par l’ATA. Suivant la loi habilitante alors en vigueur, l’enquête du commissaire [traduction] « prend fin » au plus tard 90 jours après la réception de la plainte, sauf avis du commissaire aux parties de la prorogation du délai et de la date prévue d’achèvement de l’enquête (par. 50(5) de la *PIPA*). Dans le cas des plaintes visant l’ATA, le commissaire n’a prorogé l’enquête et fixé la date de son achèvement que 22 mois après le dépôt de la première plainte. La personne déléguée par le commissaire a subséquemment rendu une ordonnance défavorable à l’ATA avant la date prévue d’achèvement, mais 29 mois après le dépôt de la première plainte.
3. L’inobservation du délai légal n’a été invoquée ni devant le commissaire ni devant sa déléguée. L’ATA a demandé le contrôle judiciaire de l’ordonnance de la déléguée au motif, notamment, qu’en ne prorogeant pas l’enquête au plus tard 90 jours après son début, le commissaire avait perdu compétence. Le juge en cabinet a fait droit à la demande et annulé la décision de la déléguée ((2008), 21 Alta. L.R. (5th) 24). La Cour d’appel a confirmé à la majorité la décision du juge (2010 ABCA 26, 21 Alta. L.R. (5th) 30).
4. Le commissaire se pourvoit aujourd’hui devant notre Cour, et trois questions sont en litige. Premièrement, convenait‑il de se pencher sur la question du délai lors du contrôle judiciaire alors qu’elle n’avait pas été soulevée devant le commissaire ou sa déléguée? Deuxièmement, dans l’affirmative, quelle était la norme de contrôle applicable? Troisièmement, au regard de cette norme, la poursuite de l’enquête par la déléguée jusqu’à sa conclusion, après que le commissaire eut prorogé le délai de 90 jours après son expiration, peut‑elle survivre au contrôle judiciaire?
5. Pour les raisons qui suivent, je suis d’avis que le contrôle judiciaire pouvait porter sur l’observation du délai. En effet, le commissaire et sa déléguée se sont tacitement prononcés sur ce point même s’il n’a pas été soulevé devant eux, et il n’y a eu ni irrégularité sur le plan de la preuve, ni préjudice causé aux parties. La norme de contrôle de la raisonnabilité s’applique à la décision du commissaire tacitement entérinée par sa déléguée de proroger le délai après l’expiration des 90 jours impartis, et j’estime que la décision du commissaire était raisonnable. Par conséquent, le pourvoi du commissaire est accueilli, et l’ordonnance de sa déléguée visant l’ATA est rétablie.

I. Les faits

1. Entre le 13 octobre et le 2 décembre 2005, dix personnes ont saisi le Commissariat de plaintes alléguant que l’ATA avait communiqué des renseignements personnels les concernant, en contravention de la *PIPA*. Elles prétendaient en effet que l’ATA les avait identifiées dans sa publication intitulée *ATA News* en précisant qu’elles n’étaient plus assujetties au code de déontologie de l’association. Le 27 octobre 2005, le Commissariat a informé l’ATA qu’il examinait l’affaire. L’examen a pris fin le 25 juillet 2006, et un rapport a été remis aux plaignants. Bien que le dossier ne soit pas clair sur ce point, il appert de la conduite subséquente des plaignants qu’ils n’ont pas été satisfaits des conclusions.
2. En septembre 2006, les plaignants ont demandé la tenue d’une enquête sous le régime de la *PIPA*. Le 7 février 2007, ils ont été informés que leur demande suivait son cours. Le 17 mai, au moyen d’un avis d’enquête, le commissaire a fixé au 11 juin la date limite pour le dépôt d’observations écrites (la reportant ensuite au 25 juillet), et au 8 août 2007 la date limite pour le dépôt des réfutations. Le commissaire a délégué son pouvoir de mener l’enquête et de rendre une décision, bien que le dossier ne précise pas à quelle date.
3. Le *1er août 2007*, le commissaire a informé les parties par écrit qu’il *prorogeait le délai de 90 jours* prévu au par. 50(5) de la *PIPA* et fixait au 1er février 2009 la date prévue d’achèvement. Le 13 mars 2008, la déléguée du commissaire a statué que l’ATA avait communiqué des renseignements personnels concernant les plaignants et ainsi enfreint les art. 7 et 19 de la *PIPA*. La question de l’observation du délai prévu au par. 50(5) de la *PIPA* n’a pas été soulevée devant elle, et elle ne l’aborde pas expressément dans ses motifs.
4. Le 25 avril 2008, par voie d’avis introductif d’instance, l’ATA a demandé le contrôle judiciaire de la décision de la déléguée. À l’issue du contrôle, la Cour du Banc de la Reine a annulé la décision au motif que l’inobservation du délai prescrit au par. 50(5) de la *PIPA* avait fait perdre compétence au commissaire. Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont confirmé sa décision.

II. Dispositions législatives pertinentes

1. Voici les dispositions législatives qui s’appliquaient au moment considéré en l’espèce :

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

 [traduction]

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

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

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

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

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

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

b)  soit dans le délai prorogé par le commissaire.

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

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

**50**. . .

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

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

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

III. Historique judiciaire

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

1. Dans ses motifs prononcés à l’audience, le juge Marshall fait état de la question préliminaire soulevée par l’ATA — à savoir si le commissaire a perdu compétence parce qu’il n’a pas mené l’enquête à terme dans le délai prescrit au par. 50(5) de la *PIPA*. Sur le fondement du principe voulant que [traduction] « la norme de la décision correcte continue de s’appliquer aux questions de compétence et à quelques autres questions de droit » (par. 10), établi dans l’arrêt *Dunsmuir c. Nouveau‑Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, il conclut que la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte.
2. Estimant que les motifs du juge Belzil dans *Kellogg Brown and Root Canada c. Information and Privacy Commissioner (Alta.)*, 2007 ABQB 499, 434 A.R. 311, emportent l’adhésion et sont entièrement applicables à l’espèce, le juge Marshall statue qu’en raison de l’emploi du temps présent ([traduction] « *prend fin* »), la durée de l’enquête prévue au par. 50(5) est de nature impérative et non directive (par. 7). Il lui paraît également inutile [traduction] « de déterminer si la prorogation doit intervenir à l’intérieur du délai de 90 jours, car de toute manière, il y a eu inobservation grave du délai » (par. 12).
3. Le juge Marshall se penche ensuite sur l’iniquité invoquée par le commissaire. Il relève que suivant divers arrêts de jurisprudence, une cour de justice ne doit pas examiner une question qui n’a pas été soumise au tribunal administratif. Il tient pour hypothétique et rejette la prétention du commissaire voulant que l’absence des plaignants devant elle empêche la cour de prendre connaissance de faits supplémentaires qu’ils auraient pu faire valoir. À son avis, [traduction] « [l]e législateur dit clairement que la célérité du règlement des plaintes est essentielle au déroulement d’une procédure prévue par la Loi » (par. 11) et, en l’espèce, « l’instance ne s’est pas déroulée conformément aux exigences légales, de sorte qu’on peut conclure à son irrégularité » (par. 11).
4. Le juge Marshall fait droit à la demande de l’ATA et annule la décision du commissaire. Il refuse cependant de condamner le Commissariat aux dépens parce que, d’une part, il est rare qu’un tribunal administratif doive payer les dépens et, d’autre part, l’inobservation du délai aurait pu être invoquée devant le commissaire (par. 18).

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

(1) La majorité — le juge Watson

1. Le juge Watson estime que dans la mesure où la déléguée du commissaire n’a jamais eu la possibilité de se prononcer sur la question soulevée dans le cadre du contrôle judiciaire, il n’est pas nécessaire d’arrêter la bonne norme de contrôle. Il semble plutôt statuer *de novo* sur le respect du délai.
2. Il confirme que l’inobservation du délai aurait dû être soulevée devant le commissaire, opinant que la contestation du pouvoir d’un tribunal administratif de rendre une décision valide doit d’abord être formulée devant le tribunal en cause. L’omission de saisir ainsi la déléguée constitue selon lui un vice de procédure qu’il ne faut pas encourager et qui ne doit généralement pas se produire. Cependant, il n’infirme pas la décision du juge en cabinet pour ce motif et estime que la Cour d’appel dispose des éléments nécessaires pour se prononcer sur le sujet.
3. Selon le juge Watson, il appert de la manière dont les mots [traduction] « proroge ce délai » sont employés dans la disposition que la prorogation doit avoir lieu avant l’expiration des 90 jours. Comme la prorogation n’est pas intervenue dans les 90 jours, la déléguée n’a pas rendu sa décision dans le délai prévu par la Loi. Le juge Watson statue que le respect du délai imparti au par. 50(5) de la *PIPA* est impératif et qu’en cas d’inobservation, l’enquête est présumée avoir pris fin. Contrairement au juge en cabinet pour qui l’inobservation du par. 50(5) met automatiquement et irrémédiablement fin à l’enquête, il estime que les motifs du commissaire peuvent justifier l’inobservation et réfuter la présomption. Or, le juge en cabinet a conclu que, [traduction] « [d]e toute manière, il y a eu inobservation grave du délai » (par. 12), de sorte que la présomption d’achèvement n’était pas réfutée. Il confirme donc l’annulation de la décision de la déléguée du commissaire.

(2) La dissidence du juge Berger

1. Le juge Berger estime pour sa part que la *PIPA* autorise le commissaire à proroger le délai avant ou après l’expiration des 90 jours impartis et que lorsque le texte de loi ne précise pas la période pendant laquelle un délai peut être prorogé, nulle présomption ne veut que la prorogation doive intervenir avant l’expiration du délai. L’interprétation du par. 50(5) voulant que le commissaire puisse proroger le délai de 90 jours après son expiration est compatible avec l’intention du législateur en ce qu’elle est de nature à protéger le droit à la vie privée comme le veut la *PIPA*. En l’espèce, l’enquête a débuté avant l’expiration du délai et elle a progressé avec le concours des parties. Du fait de leur participation, les parties savaient que l’enquête se poursuivrait au‑delà des 90 jours. La réalisation des objectifs que sont la célérité du règlement et l’information des parties n’aurait pas été favorisée par le fait d’exiger du commissaire qu’il communique officiellement avec les parties avant l’expiration du délai.
2. Selon le juge Berger, annuler l’ordonnance sans connaître les motifs de la déléguée a compromis le contrôle judiciaire. En règle générale, une cour de justice ne se prononce pas sur une question qui n’a pas été soumise au tribunal administratif. À défaut de l’expertise et de l’analyse du commissaire sur les questions mixtes de fait et de droit en cause, la déférence que commandent normalement ses décisions est neutralisée, ce qui empêche un contrôle judiciaire véritable et approfondi.
3. Le juge Berger aurait accueilli l’appel et rétabli l’ordonnance de la déléguée.

IV. Analyse

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

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

1. L’ATA a demandé le contrôle judiciaire de la décision de la déléguée. Elle n’avait invoqué l’inobservation du délai ni devant le commissaire ni devant sa déléguée. Elle ne l’a même pas fait dans l’avis introductif d’instance en contrôle judiciaire, invoquant la question pour la première fois en plaidoirie. L’ATA pouvait certainement demander le contrôle judiciaire, mais elle ne pouvait contraindre la cour à examiner la question. Tout comme elle jouit du pouvoir discrétionnaire de refuser d’entreprendre un contrôle judiciaire lorsque, par exemple, il existe un autre recours approprié, une cour de justice peut également, à son gré, ne pas se saisir d’une question soulevée pour la première fois dans le cadre du contrôle judiciaire lorsqu’il lui paraît inopportun de le faire. Voir, p. ex., *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3, le juge en chef Lamer, par. 30 : « [L]a réparation qu’une cour de justice peut accorder dans le cadre du contrôle judiciaire est essentiellement discrétionnaire. Ce principe [général de longue date] découle du fait que les brefs de prérogative sont des recours extraordinaires [et discrétionnaires]. »
2. En règle générale, dans une instance en contrôle judiciaire, ce pouvoir discrétionnaire n’est pas exercé au bénéfice du demandeur lorsque la question en litige aurait pu être soulevée devant le tribunal administratif mais qu’elle ne l’a pas été (*Toussaint c. Conseil canadien des relations du travail* (1993), 160 N.R. 396 (C.A.F.), par. 5, citant *Poirier c. Canada (Ministre des Affaires des anciens combattants)*, [1989] 3 C.F. 233 (C.A.), p. 247; *Bande indienne de Shubenacadie c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1998] 2 C.F. 198 (1re inst.), par. 40‑43; *Legal Oil & Gas Ltd. c. Surface Rights Board*, 2001 ABCA 160, 303 A.R. 8, par. 12; *United Nurses of Alberta, Local 160 c. Chinook Regional Health Authority*,2002 ABCA 246, 317 A.R. 385, par. 4).
3. Un certain nombre de considérations justifient cette règle générale, l’une des principales étant que le législateur a confié au tribunal administratif la tâche de trancher la question (*Legal Oil & Gas Ltd.*, par. 12‑13). Comme l’explique notre Cour dans *Dunsmuir*, « les cours de justice doivent tenir compte de la nécessité [. . .] d’éviter toute immixtion injustifiée dans l’exercice de fonctions administratives en certaines matières déterminées par le législateur » (par. 27). La cour de justice doit donc respecter le choix du législateur de désigner le tribunal administratif comme décideur de première instance et laisser à ce tribunal administratif la possibilité de se pencher le premier sur la question et de faire connaître son avis.
4. Le principe vaut particulièrement lorsque la question soulevée pour la première fois lors du contrôle judiciaire a trait au domaine d’expertise du tribunal administratif et à ses attributions spécialisées. La Cour doit alors être bien consciente que si elle accepte de se pencher sur la question, elle le fera sans pouvoir connaître l’opinion du tribunal administratif. (Voir *Conseil des Canadiens avec déficiences c. VIA Rail Canada Inc.*, 2007 CSC 15, [2007] 1 R.C.S. 650, par. 89, la juge Abella.)
5. Qui plus est, soumettre une question pour la première fois lors du contrôle judiciaire peut porter indûment préjudice à la partie adverse et priver la cour de justice des éléments de preuve nécessaires pour trancher (*Waters c. British Columbia (Director of Employment Standards)*, 2004 BCSC 1570, 40 C.L.R. (3d) 84, par. 31 et 37, citant *Alberta c. Nilsson*, 2002 ABCA 283, 320 A.R. 88, par. 172, et J. Sopinka et M. A. Gelowitz, *The Conduct of an Appeal* (2e éd. 2000), p. 63‑68; *A.C. Concrete Forming Ltd. c. Residential Low Rise Forming Contractors Assn. of Metropolitan Toronto and Vicinity*, 2009 ONCA 292, 306 D.L.R. (4th) 251, par. 10 (la juge Gillese)).
6. Au nom des juges majoritaires de la Cour d’appel, le juge Watson reconnaît que [traduction] « [l]e contrôle judiciaire a souffert de ce que la déléguée n’a ni entendu ni examiné la contestation », fondée sur le par. 50(5) de la *PIPA*, du pouvoir du commissaire d’aller de l’avant. Il s’agit selon lui d’un « vice de procédure qu’il ne faut pas encourager et qui ne doit généralement pas se produire » (par. 18). Toutefois, il n’infirme pas pour autant la décision du juge en cabinet. Il relève qu’exception faite des énoncés de droit et de principe contenus dans les décisions antérieures du commissaire, il n’y avait ni preuve ni argumentation supplémentaires. Le commissaire avait d’ailleurs reconnu que sa déléguée aurait tenu les mêmes propos que lui si elle avait été saisie de la question (par. 18). Dans son mémoire, l’ATA soutient pour sa part que d’autres décisions du commissaire sur la question du délai sont constantes et que le commissaire n’aurait eu aucun autre point à trancher (par. 6, 42, 49 et 51).
7. Dans ces circonstances, je ne crois pas que la Cour d’appel a eu tort de refuser de s’immiscer dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire du juge saisi de la demande de contrôle judiciaire de se pencher sur la question du délai. Les considérations qui justifient la règle générale ont une application limitée en l’espèce. Les deux parties reconnaissent que le commissaire a exprimé son opinion dans d’autres décisions. Le commissaire avait donc eu l’occasion de se prononcer sur la question en première instance, ce qui donne accès à son expertise malgré l’absence de motifs en l’espèce. Nul élément de preuve n’était requis pour trancher la question du délai, et nul préjudice n’était allégué. La question appelait simplement une décision sur un point de droit à partir d’éléments pouvant être examinés lors d’un contrôle judiciaire, quelle que soit la norme de contrôle applicable.
8. En l’espèce, la question du délai a nécessairement été tranchée de façon implicite. Dans sa lettre du 1er août 2007, le commissaire a informé les parties qu’il prorogeait le délai de 90 jours et que la date prévue d’achèvement de l’enquête était le 1er février 2009. Le délai de 90 jours impartis avait déjà expiré. La déléguée du commissaire a mené l’enquête à terme, puis rendu une ordonnance défavorable à l’ATA. La question non soulevée devant le commissaire ou sa déléguée, mais que l’ATA a soumise lors du contrôle judiciaire, était celle de savoir si l’omission du commissaire de proroger le délai avant l’expiration des 90 jours impartis avait automatiquement mis fin à l’enquête. Seulement deux conclusions étaient possibles : soit la prorogation après les 90 jours ne mettait pas automatiquement fin à l’enquête, soit elle y mettait fin. Le commissaire et sa déléguée ont implicitement décidé que la prorogation du délai après les 90 jours impartis n’avait pas mis fin automatiquement à l’enquête. Le commissaire, en informant les parties de la prorogation et en leur précisant la date prévue d’achèvement, et la déléguée, en effectuant l’enquête et en rendant une ordonnance, se sont implicitement prononcés sur la question. Puisque la décision implicite de la déléguée est celle visée par le contrôle judiciaire, c’est cette décision que notre Cour examine dans le présent pourvoi.

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

1. Seule la question suivante se pose en l’espèce : la prorogation du délai par le commissaire après les 90 jours impartis a‑t‑elle automatiquement mis fin à l’enquête? Dès lors, il faut interpréter le par. 50(5) de la *PIPA*, une disposition de la loi constitutive du Commissariat. Suivant la jurisprudence, « [l]orsqu’un tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie, la déférence est habituellement de mise » (*Dunsmuir*, par. 54; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160, par. 28, le jugeFish). Le principe ne vaut cependant pas lorsque l’interprétation de la loi constitutive relève d’une catégorie de questions à laquelle la norme de la décision correcte demeure applicable, à savoir les « questions constitutionnelles, [les] questions de droit qui revêtent une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et qui sont étrangères au domaine d’expertise du décideur, [les] questions portant sur la “délimitation des compétences respectives de tribunaux spécialisés concurrents” [et] les questions touchant véritablement à la compétence » (*Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada* *(Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471, par. 18, les jugesLeBel et Cromwell, citant *Dunsmuir*, par. 58, 60‑61).
2. La question de l’observation du délai n’est pas de nature constitutionnelle et elle n’a pas trait à la délimitation des compétences respectives de tribunaux spécialisés concurrents.
3. Elle ne revêt pas non plus une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble, mais vise précisément le régime administratif de protection des renseignements personnels. Elle met en jeu des considérations et des conséquences qui relèvent bel et bien de l’expertise du commissaire dans son domaine spécialisé. Elle touche à la procédure d’enquête propre à la *PIPA* et dont le commissaire a une connaissance approfondie. En outre, les considérations qui président à l’interprétation du par. 50(5) conformément aux objets de la *PIPA* comprennent l’intérêt de toutes les parties en cause à ce que l’enquête soit menée à terme avec célérité, l’importance de tenir les parties informées du déroulement du processus et les conséquences de la cessation automatique de l’enquête sur le droit de chacun au respect de sa vie privée. Ces considérations relèvent elles aussi de l’expertise du commissaire, laquelle est axée sur la mise en balance du droit de chacun à la protection de ses renseignements personnels, d’une part, et du besoin de l’organisme de recueillir, d’utiliser ou de communiquer des renseignements à des fins valables, d’autre part (art. 3 de la *PIPA*).
4. Enfin, la question de l’observation du délai n’appartient pas à la catégorie des « questions touchant véritablement à la compétence ». Rappelons la mise en garde maintes fois citée du juge Dickson dans *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau‑Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, à savoir que les cours de justice doivent « éviter de qualifier trop rapidement un point de question de compétence, et ainsi de l’assujettir à un examen judiciaire plus étendu, lorsqu’il existe un doute à cet égard » (p. 233, cité dans l’arrêt *Dunsmuir*, par. 35). Voir également *Syndicat des professeurs du collège de Lévis-Lauzon c. CEGEP de Lévis-Lauzon*, [1985] 1 R.C.S. 596, p. 606, le juge Beetz, reprenant les motifs du juge Owen dans *Union des employés de commerce, local 503 c. Roy*, [1980] C.A. 394. Comme l’explique notre Cour dans *Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*,dans *Dunsmuir*, « la Cour se distancie expressément des définitions larges de la compétence » (par. 18, citant *Dunsmuir*, par. 59). L’expérience enseigne que peu de questions appartiennent à la catégorie des véritables questions de compétence. Depuis *Dunsmuir*, la Cour n’en a relevé aucune (voir *Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3, par. 33‑34; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, par. 27‑32; *Nolan c.* *Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678, par. 31‑36). Quant à l’arrêt *Northrop Grumman Overseas Services Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CSC 50, [2009] 3 R.C.S. 309, la Cour y statue que la question soulevée a trait à la compétence et appelle donc l’application de la norme de la décision correcte, et ce, en suivant une jurisprudence bien établie, antérieure à *Dunsmuir*, qui applique cette norme au type de décision en cause, et non en relevant une question qui touche véritablement à la compétence (par. 10).
5. La consigne voulant que la catégorie des véritables questions de compétence appelle une interprétation restrictive revêt une importance particulière lorsque le tribunal administratif interprète sa loi constitutive. En un sens, tout acte du tribunal qui requiert l’interprétation de sa loi constitutive soulève la question du pouvoir ou de la compétence du tribunal d’accomplir cet acte. Or, depuis *Dunsmuir*, la Cour s’est écartée de cette définition de la compétence. En effet, au vu de la jurisprudence récente, le temps est peut-être venu de se demander si, aux fins du contrôle judiciaire, la catégorie des véritables questions de compétence existe et si elle est nécessaire pour arrêter la norme de contrôle applicable. Cependant, faute de plaidoirie sur ce point en l’espèce, je me contente d’affirmer que, sauf situation exceptionnelle — et aucune ne s’est présentée depuis *Dunsmuir* —, il convient de présumer que l’interprétation par un tribunal administratif de « sa propre loi constitutive ou [d’]une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie » est une question d’interprétation législative commandant la déférence en cas de contrôle judiciaire.
6. Le juge Cromwell exprime son désaccord avec mon interrogation concernant l’existence et la nécessité de la catégorie des véritables questions de compétence. À son avis, mes propos « minent l’assise du contrôle judiciaire des actes de l’Administration » (par. 92).
7. Juges et avocats spécialisés en droit administratif sont bien au fait de l’incertitude et de la confusion qui, pendant de nombreuses années, ont pesé sur l’analyse relative à la norme de contrôle et qui sont à l’origine de l’arrêt *Dunsmuir*. Les juges Bastarache et LeBel écrivent ce qui suit au par. 32 de cet arrêt :

 Malgré les efforts pour l’améliorer et le clarifier, le mécanisme actuel s’est révélé difficile à appliquer. Le temps est venu de revoir le contrôle judiciaire des décisions administratives au Canada et d’établir un cadre d’analyse rationnel qui soit plus cohérent et fonctionnel.

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

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

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

 La démarche actuelle commande l’examen préalable de quatre facteurs (non exhaustifs) qui, selon les détracteurs du mécanisme, prolongent indûment l’instance, accroissent l’incertitude et majorent les coûts, des arguments étant alors présentés à la cour quant à l’adéquation de l’expertise du décideur administratif avec la nature « véritable » de la question à trancher ou quant à la préséance de la clause privative sur l’objet général de la loi, etc. Et tout cela n’est que le prélude à la plaidoirie sur la véritable question de fond. Le doute va jusqu’à un certain point de soi en la matière, comme dans tout litige (sinon il n’y en aurait pas), mais nous devrions à tout le moins (i) établir quelques présomptions et (ii) faire en sorte que les parties cessent de débattre des critères applicables et fassent plutôt valoir leurs prétentions sur le fond. [Italiques supprimés.]

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

1. Les pourvois entendus par notre Cour depuis *Dunsmuir* montrent bien l’incertitude que suscite toujours la norme de contrôle lorsque le litige a pour objet l’interprétation de sa loi constitutive par un tribunal administratif. Dans *Nolan c. Superintendent of Financial Services* (2006), 209 O.A.C. 21, la Cour divisionnaire de l’Ontario a estimé que la bonne norme de contrôle était celle de la décision correcte. La Cour d’appel a plutôt appliqué la norme de la décision raisonnable (*sub nom.* *Kerry (Canada) Inc. c. DCA Employees Pension Committee*, 2007 ONCA 416, 86 O.R. (3d) 1), et notre Cour s’est rangée à son avis (*sub nom.* *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678). Dans *Alliance Pipeline Ltd. c. Smith*, 2008 CF 12, 34 C.E.L.R. (3d) 138, le juge saisi de la demande de contrôle judiciaire a retenu la norme de la raisonnabilité, tandis que la Cour d’appel (2009 CAF 110, 389 N.R. 363) a jugé inutile de décider laquelle des deux normes devait s’appliquer. Notre Cour a opté pour la norme de la décision raisonnable (2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160). Dans *Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CF 271, 344 F.T.R. 45, le juge de première instance a effectué le contrôle au regard de la norme de la décision correcte. La Cour d’appel fédérale (2009 CAF 378, 315 D.L.R. (4th) 270) et notre Cour (2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3) ont dit douter qu’il s’agisse de la bonne norme. Sans entreprendre d’analyse relative à la norme de contrôle et pour des raisons d’ordre pratique, dans *Northrop Grumman*, notre Cour a appliqué la norme de la décision correcte en s’appuyant sur la jurisprudence. Dans la présente affaire, la juridiction de révision et la Cour d’appel ont toutes deux conclu à l’application de la norme de la décision correcte.
2. Il appert de ces exemples que la catégorie des « questions touchant véritablement à la compétence » sème la confusion tant chez les juges que chez les avocats et qu’elle accroît inutilement les frais de justice supportés par les parties avant que l’affaire ne soit entendue au fond. Éviter de recourir à la notion de « question de compétence » pour s’en tenir à la recherche de l’intention du législateur comme le propose mon collègue aux par. 96-97 de ses motifs a seulement pour effet de relancer le débat quant à ce qui constitue une question de compétence. Comme le dit sans détour le juge Binnie dans *Dunsmuir*, nous devrions chercher à faire en sorte que les parties cessent de débattre de la norme de contrôle et fassent plutôt valoir leurs prétentions sur le fond.
3. À mon sens, ce que je préconise en l’espèce découle naturellement de la volonté de simplification qui anime notre Cour dans *Dunsmuir*, et donne directement suite à *Alliance* (par. 26). Les véritables questions de compétence ont une portée étroite et se présentent rarement. Il convient de présumer que la norme de contrôle à laquelle est assujettie la décision d’un tribunal administratif qui interprète sa loi constitutive ou qui l’applique est celle de la décision raisonnable. Tant que subsiste la catégorie des véritables questions de compétence, la partie qui prétend soulever une question qui y appartient doit établir les raisons pour lesquelles le contrôle visant l’interprétation de sa loi constitutive par le tribunal administratif ne devrait pas s’effectuer au regard de la norme déférente de la décision raisonnable.
4. Dans l’optique du juge Cromwell, l’affirmation voulant que les questions de compétence soient exceptionnelles ne peut être opposée à la thèse plausible qu’une disposition donnée échappe à l’application de la présomption d’assujettissement à la norme de la décision raisonnable et appartient à la catégorie des questions exceptionnelles appelant la norme de la décision correcte. Il ajoute qu’elle ne contribue pas non plus à la détermination des moyens par lesquels la présomption peut être réfutée.
5. Les juges Binnie et Cromwell s’opposent tous deux à l’*établissement d’une présomption* assujettissant à la norme de la décision raisonnable l’interprétation de sa loi constitutive par le tribunal administratif. Soit dit en tout respect, leur désaccord me paraît déroutant au vu de l’opinion judiciaire et doctrinale selon laquelle *Dunsmuir* établit déjà tacitement cette présomption. Le professeur D. J. Mullan écrit ce qui suit dans « The McLachlin Court and the Public Law Standard of Review : A Major Irritant Soothed or a Significant Ongoing Problem? », in D. A. Wright et A. M. Dodek, dir., *Public Law at the McLachlin Court : The First Decade* (2011), 79, p. 108 :

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

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

1. Comme je l’explique précédemment, je ne peux offrir de définition quant à ce qui peut constituer une question touchant véritablement à la compétence. Or, si on conserve cette catégorie sans la définir clairement ni préciser sa teneur, les cours de justice demeureront inutilement dans l’incertitude à ce sujet. Cependant, à ce stade, je n’exclus pas que, dans notre système fondé sur le principe du contradictoire, un avocat puisse convaincre une cour de l’existence et de l’application d’une question touchant véritablement à la compétence dans une affaire donnée. Concrètement, il convient d’indiquer aux tribunaux et aux plaideurs que, pour l’heure, les questions touchant véritablement à la compétence sont exceptionnelles et que, si l’occasion se présente, il conviendra ultérieurement de se demander si la catégorie est effectivement utile ou nécessaire.
2. Soit dit en tout respect, dans ses motifs, le juge Cromwell ne tient pas compte du fait que l’invitation à se demander si l’existence d’une question touchant véritablement à la compétence sera reconnue dans une affaire ultérieure ne risque pas de rendre théorique la garantie constitutionnelle dont bénéficie le contrôle judiciaire (par. 103). Toute décision d’un tribunal administratif est susceptible de contrôle judiciaire, y compris celle portant sur l’étendue de son mandat légal, et elle le demeurerait même si notre Cour supprimait la catégorie des questions touchant véritablement à la compétence en tant que catégorie distincte appelant l’application de la norme de la décision correcte. Un tel changement mettrait simplement fin à la nécessité de débattre de la question de savoir si, dans un cas donné, on peut à juste titre qualifier le point soulevé de question touchant à la compétence. Il n’empêcherait pas le contrôle judiciaire selon la norme de la décision raisonnable lorsque le litige porte sur l’interprétation de sa loi constitutive par un tribunal administratif. Il ne soustrairait pas non plus à un contrôle au regard de la décision correcte l’interprétation de sa loi constitutive par le tribunal administratif lorsque le litige porte sur une question constitutionnelle, une question de droit d’une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et étrangère au domaine d’expertise du décideur, ou une question relative à la délimitation des compétences respectives de tribunaux spécialisés concurrents. Voir *Alliance*, par. 26, citant *Dunsmuir*, par. 58-61, et *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616, par. 35, le juge Fish.
3. L’arrêt *Dunsmuir* permet de déterminer sommairement la norme de contrôle applicable sans effectuer l’analyse exhaustive s’y rapportant. L’une des avenues possibles consiste à qualifier la question en litige, ce qui définit normalement (ou, de mon point de vue, on peut le présumer) la norme de contrôle correspondante. Contrairement à l’opinion de mon collègue au par. 97 de ses motifs, je n’entends pas revenir à l’analyse exhaustive lorsqu’une démarche sommaire permet de déterminer la norme de contrôle.
4. Au paragraphe 89 de ses motifs, le juge Binnie laisse entendre que « [s]i la décision visée par le contrôle judiciaire a trait à l’interprétation et à l’application de la loi constitutive du tribunal administratif ou d’une loi connexe qui relève elle aussi essentiellement du mandat et de l’expertise du décideur, et qu’elle ne soulève pas de questions de droit générales, au-delà des aspects administratifs du régime législatif en cause, la juridiction de révision devrait se montrer déférente en appliquant la norme de la décision raisonnable. » En toute déférence, j’estime que le juge Binnie isole les questions de droit générales pour en faire une catégorie autonome commandant la décision correcte, ce qui est incompatible avec la conclusion que tire en fait notre Cour dans *Dunsmuir*, *Alliance*, *Canada (Commission canadienne des droits de la personne)* et *Nor-Man*.
5. Voici ce qu’affirment les juges LeBel et Cromwell au par. 22 des motifs dans *Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*:

 D’autre part, la Cour réaffirme que les questions de droit générales qui revêtent une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et qui sont étrangères au domaine d’expertise de l’organisme juridictionnel demeurent assujetties à la norme de la décision correcte, et ce, dans un souci de cohérence de l’ordre juridique fondamental du pays. [Je souligne.]

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

1. Aux paragraphes 85-87 de ses motifs, le juge Binnie reprend la notion de degrés variables de déférence tirée de ses motifs concordants dans *Dunsmuir*. Dans cet arrêt, les juges majoritaires ne reconnaissent pas de degrés variables de déférence lors d’un contrôle judiciaire selon la norme de la décision raisonnable et, soit dit en tout respect, la Cour ne le fait pas non plus dans *Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*. Une fois décidé que le contrôle doit s’effectuer selon la norme de la décision raisonnable, nulle autre démarche n’a lieu pour arrêter de degré d’intensité de l’examen. Le contrôle judiciaire ne s’intéresse qu’à la question en litige. Le contrôle d’une interprétation législative diffère de celui d’un exercice du pouvoir discrétionnaire. Il est toujours régi par le contexte de l’affaire. Mais il n’y a pas de détermination du degré d’intensité de l’examen où, dans certains cas, le contrôle se rapproche de la révision selon la norme de la décision correcte, et dans d’autres, pas.
2. Pour le commissaire, interpréter le par. 50(5) de la *PIPA* revient à interpréter sa loi constitutive, relève de son expertise et ne soulève pas de questions de droit générales, ni de questions touchant véritablement à la compétence. Le contrôle de sa décision portant que la prorogation du délai après les 90 jours impartis ne met pas automatiquement fin à l’enquête doit donc s’effectuer selon la norme de la raisonnabilité.
3. Dans ses motifs prononcés à l’audience, le juge en cabinet ne s’étend pas sur la norme de contrôle applicable. En effet, pour le juge Marshall, l’arrêt *Dunsmuir* établit le principe selon lequel [traduction] « la norme de la décision correcte continue de s’appliquer aux questions de compétence et à quelques autres questions de droit » (par. 10). Il statue que la décision relative à l’observation du délai est susceptible de contrôle suivant la norme de la décision correcte. Comme je l’explique précédemment, il ne s’agit ni d’une véritable question de compétence ni d’une autre question de droit commandant l’application de la norme de la décision correcte.
4. Les juges majoritaires de la Cour d’appel paraissent conclure que, la déléguée n’ayant pas motivé sa décision, il n’y a pas lieu de déterminer quelle norme de contrôle s’applique en droit administratif. Ils laissent entendre qu’en pareille situation, la Cour d’appel peut simplement avoir recours à la norme qui s’applique en appel à une question de droit, c.‑à‑d. la norme de la décision correcte. En toute déférence, je ne peux souscrire à cette approche. Si la question avait été soumise à la déléguée, il y aurait eu contrôle suivant la norme de la raisonnabilité. Lorsque la juridiction de révision conclut que le tribunal administratif a implicitement statué sur une question cruciale, ce dernier ne cesse pas d’avoir droit à la déférence parce que la question n’a pas été soulevée devant lui.
5. En menant l’enquête à terme, la déléguée a implicitement statué que la prorogation du délai après les 90 jours impartis n’avait pas automatiquement mis fin à l’enquête. Toutefois, la question n’ayant jamais été soulevée et la décision étant seulement tacite, il n’y a pas de motifs à l’appui. Il faut donc se demander comment il convient d’appliquer la norme de la raisonnabilité dans ce cas.
6. Dans l’arrêt *Dunsmuir*, les juges majoritaires donnent l’explication suivante (par. 47-48) :

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

 . . . Nous convenons avec David Dyzenhaus que la notion de [traduction] « retenue au sens de respect » n’exige pas de la cour de révision [traduction] « la soumission, mais une attention respectueuse aux motifs donnés ou qui pourraient être donnés à l’appui d’une décision » : « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy », dans M. Taggart, dir., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, p. 286 . . .

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

1. Il convient toutefois qu’elle porte une attention respectueuse aux motifs « qui pourraient être donnés à l’appui d’une décision » lorsque celle‑ci porte sur une question qui n’a pas été soulevée devant le décideur. Il est fort possible alors que le décideur administratif n’ait pas donné de motifs *parce que* la question n’avait pas été soulevée et qu’il ne la tenait pas pour litigieuse. Lorsque la décision pourrait avoir une assise raisonnable, la cour de justice doit y déférer.
2. Je ne laisse cependant pas entendre qu’une cour de justice n’a pas à tenir dûment compte des motifs du tribunal administratif lorsque ceux‑ci existent. L’invitation à porter une attention respectueuse aux motifs « qui pourraient être donnés à l’appui d’une décision » ne confère pas à la cour de justice le [traduction] « pouvoir absolu de reformuler la décision en substituant à l’analyse qu’elle juge déraisonnable sa propre justification du résultat » (*Petro‑Canada c. Workers’ Compensation Board (B.C.)*, 2009 BCCA 396, 276 B.C.A.C. 135, par. 53 et 56). Elle ne doit pas non plus « être interprétée comme atténuant l’importance de motiver adéquatement une décision administrative » (*Canada (Citoyenneté et Immigration) c.* *Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, par. 63, le juge Binnie). Au contraire, la déférence inhérente à la norme de la raisonnabilité se manifeste optimalement lorsqu’une décision administrative est justifiée de façon intelligible et transparente et que la juridiction de révision contrôle la décision à partir des motifs qui l’étayent. Il doit cependant exister au départ une obligation de motiver. Lorsque cette obligation n’existe pas (voir, p. ex., *Canada (Procureur général) c. Mavi*, 2011 CSC 30, [2011] 2 R.C.S. 504) ou que sa portée est limitée, il est tout à fait indiqué, dans l’appréciation de la raisonnabilité, d’examiner les motifs qui pourraient être donnés. Le point essentiel est que les parties ne sauraient, en omettant de soulever une question et en induisant ainsi le tribunal administratif en erreur quant à la nécessité de motiver sa décision, écarter la déférence due au tribunal administratif.
3. Il peut arriver parfois qu’une juridiction de révision ne puisse manifester la déférence voulue sans offrir d’abord au décideur administratif la possibilité d’exposer les motifs de sa décision. Alors, même s’il y a décision implicite, il est possible qu’elle juge opportun de renvoyer la décision au tribunal administratif pour qu’il la motive. Le renvoi peut toutefois faire échec à la volonté de mettre sur pied un processus décisionnel à la fois rapide et économique qui préside souvent au départ à la création d’un tribunal administratif spécialisé. Ce n’est donc pas nécessairement la solution à retenir à l’issue du contrôle judiciaire de la décision implicite d’un décideur administratif sur un point qui n’a pas été soulevé devant lui. En effet, lorsque la décision a un fondement raisonnable manifeste, il n’est généralement pas nécessaire de renvoyer l’affaire au tribunal administratif. La juridiction de révision devrait simplement la déclarer raisonnable et la confirmer. Par contre, elle devrait user de retenue avant de conclure au caractère déraisonnable d’une décision implicite rendue sur un point non soulevé devant le tribunal administratif. Il ne convient généralement pas qu’elle conclue à l’absence d’assise raisonnable sans offrir d’abord au tribunal administratif la possibilité d’en fournir une. Il faut évidemment supposer que, dans la situation particulière considérée, elle a jugé opportun de permettre que la question soit soulevée pour la première fois lors du contrôle judiciaire. Il faut se garder de donner aux parties la possibilité d’être entendues une autre fois par le tribunal administratif parce qu’elles ont omis de faire état à la première audience de toutes les questions à débattre.

C. *Application en l’espèce de la norme de la raisonnabilité*

1. Dans la présente affaire, point n’est besoin de chercher loin pour trouver un fondement raisonnable à la décision de la déléguée. La question touchant à l’application du par. 50(5) de la *PIPA* ou du par. 69(6) de la *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*,R.S.A. 2000, ch. F‑25(« *FOIPA* »), dont les libellés sont semblables, a été examinée à maintes reprises par le commissaire et ses délégués, et leur analyse se révèle constante. La juridiction de révision peut s’en remettre aux autres décisions que le tribunal administratif a rendues sur le même point pour se prononcer sur l’existence d’un fondement raisonnable. En l’occurrence, l’examen des motifs du commissaire ou de ses délégués dans d’autres affaires permet de déterminer sans peine que la décision implicite de la déléguée a une assise raisonnable. On peut certes présumer que ces motifs abondants et constants auraient été repris par la déléguée dans la présente affaire.
2. Dans l’ordonnance *P2008‑005; College of Alberta Psychologists*,17 décembre 2008, O.I.P.C., la déléguée du commissaire examine la question de la prorogation du délai après les 90 jours impartis sous le régime du par. 50(5) de la *PIPA*. Estimant que l’analyse du commissaire se rapportant à l’application du par. 69(6) de la *FOIPA* dans l’ordonnance *F2006‑031; Edmonton Police Service*, 22 septembre 2008, O.I.P.C., vaut pour le par. 50(5) de la *PIPA*, elle conclut que [traduction] « la prorogation du délai suivant le par. 50(5) peut intervenir après l’expiration des 90 jours » (par. 27). Après examen de la disposition, elle opine que « [v]u leur emplacement dans le libellé, les mots “dans les 90 jours” ne définissent que le délai dans lequel l’enquête doit être menée à terme, et non celui dans lequel la prorogation doit intervenir » (par. 27). Elle ajoute que dans la mesure où « il y a ambiguïté, l’interprétation téléologique de l’art. 50 au regard de l’ensemble de la Loi mène à la conclusion que l’interprétation autorisant la prorogation du délai après les 90 jours impartis est davantage compatible avec l’objet de la Loi » que celle qui l’interdit (par. 27).
3. Enfin, elle interprète le par. 50(5) en fonction du déroulement réel de la procédure prévue par la *PIPA*, lequel pourrait faire en sorte que l’avis requis, y compris la communication de la date prévue d’achèvement, ne puisse être dûment donné avant l’expiration du délai de 90 jours. Elle dit ce qui suit au sujet de l’affaire dont elle est saisie :

 [traduction] . . . à l’expiration du délai de 90 jours, les entretiens avec les parties n’avaient pas encore pris fin. En fait, le processus de médiation venait à peine de commencer, car le médiateur n’avait été nommé qu’après l’obtention d’un complément d’information du demandeur. On ne pouvait alors savoir si une enquête serait nécessaire. On ne saurait prévoir la date à laquelle prendra fin une enquête alors qu’on ne sait même pas s’il y en aura une. [. . .] Ce n’est que lorsqu’il est apparu clairement que la médiation avait échoué et que la tenue d’une enquête s’imposait qu’il a fallu passer à l’étape suivante. [par. 36]

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

 [traduction] **50** . . .

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

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

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

1. Le paragraphe 69(6) de la *FOIPA* prévoit ce qui suit :

 [traduction] **69** . . .

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

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

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

1. Comme les motifs de l’ordonnance *P2008‑005* reprennent le raisonnement du commissaire dans l’ordonnance *F2006‑031*, l’analyse qui figure dans cette dernière ordonnance peut aussi servir à déterminer si la décision implicite de la déléguée en l’espèce a un fondement raisonnable. D’ailleurs, le commissaire et ses délégués ont souvent fait fond sur ces motifs détaillés lorsqu’ils ont eu à statuer sur la prorogation du délai de 90 jours prévu au par. 69(6) de la *FOIPA* (voir l’ordonnance *F2008‑013; Edmonton (Police Service) (Re)*, [2008] A.I.P.C.D. No. 71 (QL); l’ordonnance *F2007‑014;* *Edmonton (Police Service) (Re)*, [2008] A.I.P.C.D. No. 72 (QL); l’ordonnance *F2008‑003; Edmonton Police Service*, 12 décembre 2008, O.I.P.C.; l’ordonnance *F2008‑016; Edmonton (Police Service) (Re)*, [2008] A.I.P.C.D. No. 82 (QL); l’ordonnance *F2008‑017; Edmonton (Police Service) (Re)*, [2008] A.I.P.C.D. No. 79 (QL); l’ordonnance *F2008‑005; Edmonton (Police Service) (Re)*, [2008] A.I.P.C.D. No. 81 (QL); l’ordonnance *F2008‑018; Edmonton (Police Service) (Re)*, [2009] A.I.P.C.D. No. 3 (QL); l’ordonnance *F2008‑027; Edmonton (Police Service) (Re)*, [2009] A.I.P.C.D. No. 20 (QL); et l’ordonnance *F2007‑031; Grande Yellowhead Regional Division No. 35*, 27 novembre 2008, O.I.P.C.).
2. Dans l’ordonnance *F2006‑031*, le commissaire conclut ce qui suit après examen du texte de la disposition :

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

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

1. Cette interprétation du par. 69(6) de la *FOIPA* et du par. 50(5) de la *PIPA* me paraît raisonnable. La position des mots [traduction] « dans les 90 jours » donne à penser qu’ils peuvent se rapporter à l’achèvement de l’enquête, mais non à la prorogation du délai.
2. L’ATA soutient qu’interpréter le par. 50(5) de la *PIPA* de sorte qu’il permette de proroger le délai après les 90 jours impartis neutralise l’obligation d’informer les parties (mémoire, par. 75). Je ne peux faire droit à cette prétention. Le seul fait que le délai soit prorogé et la date prévue d’achèvement précisée après l’expiration du délai de 90 jours ne rend pas l’avis inutile aux fins de tenir les parties informées de l’évolution de l’instance. Comme le signale le commissaire, dans la plupart des cas qui donnent lieu à une enquête, les parties prennent part au processus et savent que celui‑ci ne prendra pas fin dans les 90 jours (ordonnance *F2006‑031*, par. 58). Même s’il est donné passé le délai de 90 jours, l’avis de prorogation, qui précise aussi la date prévue d’achèvement, informe toujours les parties du cheminement du dossier et du moment auquel l’enquête devrait prendre fin.
3. Selon l’ATA, la règle d’interprétation législative *expressio unius est exclusio alterius* mène à la conclusion que la prorogation doit intervenir avant l’expiration des 90 jours, car lorsque le législateur veut permettre la prorogation avant ou après l’expiration d’un délai, il le dit clairement. En effet, avant son abrogation, le par. 54(5) de la *PIPA* disposait qu’une cour de justice [traduction] « qui le juge indiqué peut, sur demande présentée avant ou après l’expiration du délai prévu au paragraphe (3) [c.-à-d. 45 jours], proroger ce délai ». Il faudrait donc nécessairement conclure de l’absence de ces mots au par. 50(5) de la *PIPA* que le législateur n’a pas voulu que le commissaire puisse proroger le délai imparti pour mener à terme l’enquête [traduction] « avant ou après » l’expiration des 90 jours prévus (mémoire, par. 76).
4. Bien que le raisonnement se tienne, il est loin d’être concluant. Comme le souligne le juge Berger, de nombreuses dispositions albertaines ne permettent expressément la prorogation d’un délai qu’avant son expiration (par. 57, citant les lois suivantes : *Credit Union Act*, R.S.A. 2000, ch. C‑32, art. 13; *Expropriation Act*, R.S.A. 2000, ch. E‑13, art. 23; *Garage Keepers’ Lien Act*, R.S.A. 2000, ch. G‑2, par. 6(3); *Insurance Act*, R.S.A. 2000, ch. I‑3, art. 796; *Land Titles Act*, R.S.A. 2000, ch. L‑4, art. 140; *Legal Profession Act*, R.S.A. 2000, ch. L‑8, par. 80(3); et *Loan and Trust Corporations Act*, R.S.A. 2000, ch. L‑20, art. 257). Je conviens avec le juge Berger que [traduction] « lorsque [. . .] le texte de loi ne précise pas la période pendant laquelle un délai peut être prorogé, nulle présomption ne veut que la prorogation doive intervenir avant l’expiration du délai » (par. 58). Je ne puis donc conclure que l’interprétation de la déléguée est déraisonnable au regard de la maxime *expressio unius*.
5. L’analyse du commissaire s’appuie sur des principes d’interprétation législative reconnus et vise à dissiper toute ambiguïté éventuelle au moyen d’une démarche téléologique. Il explique :

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

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

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

1. Renvoyant à son al. 2b), le commissaire affirme que la *FOIPA* a pour objet de [traduction] « contrôler la collecte, l’utilisation et la communication de renseignements personnels par un organisme public », et ce, « par l’octroi [au commissaire] du pouvoir d’enquêter sur la collecte, l’utilisation et la communication de renseignements personnels » (par. 57). Selon lui, le par. 69(6) de la *FOIPA* vise précisément « à faire en sorte que le processus soit mené à terme avec célérité et que les parties soient tenues informées de son déroulement afin qu’elles puissent y participer et prendre des arrangements en conséquence » (par. 57). L’objet de la *FOIPA* étant expressément énoncé à l’al. 2b), il ne prête pas à controverse. J’estime que l’opinion du commissaire quant à l’objet du par. 69(6) de la *FOIPA* est raisonnable. Il me paraît également raisonnable de conclure que le par. 50(5) de la *PIPA* vise à faire en sorte que l’enquête soit menée à terme avec célérité et que les parties soient tenues au courant de l’évolution du processus.
2. Selon le commissaire, [traduction] « [d]ans la plupart des cas qui atteignent l’étape de l’enquête [. . .], lorsque le délai de 90 jours expire, le processus est engagé et suit son cours avec la participation des parties. Parce qu’elles y participent, les parties savent parfaitement qu’il durera plus de 90 jours » (par. 58). C’est pourquoi le commissaire « ne croi[t] pas qu’exiger de [lui] qu’[il] communique officiellement avec les parties avant l’expiration du délai de 90 jours pour les informer de ce qu’elles savent déjà, à savoir que l’enquête ne sera pas menée à terme dans les 90 jours, favorise la réalisation de l’objectif qui consiste à faire preuve de célérité dans le règlement d’une affaire et à tenir les parties informées » (par. 58).
3. Le commissaire fait ensuite état de la difficulté de respecter dans les faits l’exigence, prévue à l’al. 69(6)b) de la *FOIPA*, d’informer les parties à la fois de la date prévue d’achèvement et de la prorogation du délai si la prorogation doit nécessairement avoir lieu avant l’expiration des 90 jours. Il signale que l’art. 68 de la *FOIPA* l’habilite à autoriser la médiation lorsqu’il reçoit une demande d’enquête. Or, pendant cette médiation, une bonne partie, voire la totalité, du délai de 90 jours peut s’écouler. Lorsque la médiation n’est pas autorisée ou qu’elle échoue, on passe alors à l’étape de l’enquête, laquelle est assujettie aux règles d’équité procédurale. Dès lors, il faut faire droit aux demandes d’ajournement pour présentation d’un complément de preuve ou examen d’un nouvel élément de preuve et formulation d’observations à son sujet. Bref, le commissaire explique que [traduction] « le déroulement de l’affaire dépend tout autant des parties que de [lui] » et que « [l]a durée du processus tient en grande partie à leurs actes, à leur emploi du temps et aux questions qu’elles soulèvent » (par. 62). Voilà pourquoi il peut ne pas être en mesure de communiquer la date prévue d’achèvement avant l’expiration du délai de 90 jours, sans compter que les parties sont de toute manière parfaitement au courant de l’évolution du dossier (par. 59‑62).
4. La commissaire conclut donc :

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

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

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

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

 [traduction] La disposition de nature obligatoire commande l’observation. Son non‑respect a des conséquences différentes selon que la prescription est impérative ou directive. L’inobservation d’une prescription impérative emporte la nullité de toute mesure subséquente, tandis que celle d’une prescription directive ne donne pas lieu à une telle invalidation (mais la personne visée par la prescription demeure tenue de s’y conformer . . .

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

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

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

1. Quoi qu’il en soit, cette distinction ne joue pas en l’espèce, car elle s’intéresse aux conséquences du *non‑respect* d’une prescription du législateur, alors que nous ne sommes pas aux prises en l’espèce avec les conséquences de l’omission du commissaire de se conformer au par. 50(5) de la *PIPA*. Il nous faut plutôt interpréter la loi pour déterminer à quel moment le délai peut être prorogé en application de ce paragraphe. La question n’est pas celle de savoir quelle est la conséquence du non‑respect de la disposition, mais bien si la déléguée s’est conformée à la disposition.
2. Je ne saurais donc convenir avec le juge Marshall que la conclusion, tirée dans *Kellogg Brown and Root Canada*, selon laquelle les exigences du par. 50(5) de la *PIPA* sont impératives est [traduction] « entièrement applicable en l’espèce » (par. 12). Je me range plutôt à l’avis de la déléguée dans l’ordonnance *P2008‑005*, à savoir que *Kellogg Brown and Root Canada* ne s’applique pas lorsque, comme en l’espèce, le commissaire proroge le délai passé les 90 jours impartis. En effet, dans cette affaire, la décision tenait à ce qu’il n’y avait *jamais eu de prorogation* (par. 27, citant *Kellogg Brown and Root Canada*, par. 14). C’est pourquoi les conséquences découlant de l’inobservation du par. 50(5) de la *PIPA* jouent dans *Kellogg Brown and Root Canada*, mais pas en l’espèce. La question n’étant pas soulevée devant elle, notre Cour n’a pas à se prononcer sur la conclusion tirée dans *Kellogg Brown and Root Canada*, à savoir que le par. 50(5) constitue une prescription impérative.

V. Conclusion

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

 Version française des motifs des juges Binnie et Deschamps rendus par

1. Le juge Binnie — Mes collègues les juges Rothstein et Cromwell font valoir des points de vue opposés, mais tous deux convaincants, sur le rôle, la fonction et l’existence même de la catégorie des « questions touchant véritablement à la compétence ». Je souscris en grande partie à ce qu’ils avancent, mais ma position est intermédiaire et, compte tenu de l’importance du sujet, il me paraît opportun d’exprimer mon opinion. Voici donc de brefs motifs concordants quant au résultat.
2. Je conviens avec le juge Cromwell que la notion de compétence est fondamentale dans le contrôle judiciaire des décisions des tribunaux administratifs et, plus généralement, pour la primauté du droit. Les tribunaux administratifs exercent leurs fonctions dans le cadre juridique que dicte l’art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et que délimitent leurs mandats légaux respectifs. Ce sont les cours de justice, et non les tribunaux administratifs, qui déterminent la portée de ces mandats. Le juge Cromwell le dit succinctement lorsqu’il écrit au par. 98 de ses motifs que dans les limites établies par la Constitution,

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

1. Par contre, ce n’est pas parce que la notion de « question touchant véritablement à la compétence » se manie bien conceptuellement qu’elle se révèle utile au quotidien pour déterminer concrètement si une cour de justice est admise ou non à s’immiscer dans une décision administrative donnée. Au paragraphe 95 de ses motifs, le juge Cromwell reprend sur ce point l’affirmation foncièrement problématique des juges majoritaires dans *Dunsmuir* selon laquelle la compétence s’entend au « sens strict de la faculté du tribunal administratif de [. . .] trancher une question » (*Dunsmuir c. Nouveau‑Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 59). Comme le signale le professeur D. Mullan dans « *Dunsmuir v. New Brunswick*, Standard of Review and Procedural Fairness for Public Servants : Let’s Try Again! » (2008), 21 *C.J.A.L.P.* 117, p. 126‑130, cette formulation n’est pas stricte, mais si générale qu’elle risque de redonner vie à la doctrine de la condition préalable — dont le juge Cromwell s’efforce de se dissocier — qui a connu son regrettable apogée dans *Metropolitan Life Insurance Co. c. International Union of Operating Engineers*, *Local 796*, [1970] R.C.S. 425,et *Bell c. Ontario Human Rights Commission*, [1971] R.C.S. 756.
2. Au vu de cette controverse suscitée par la notion de compétence, le juge Rothstein affirme catégoriquement qu’« [il suffit en l’espèce] d’affirmer que, sauf situation exceptionnelle — et aucune ne s’est présentée depuis *Dunsmuir* —, il convient de présumer que l’interprétation par un tribunal administratif de “sa propre loi constitutive ou [d’]une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie” est une question d’interprétation législative commandant la déférence en cas de contrôle judiciaire » (par. 34). Exprimant son désaccord, le juge Cromwell fait valoir qu’à défaut d’autres repères, cette présomption « n’aide en rien les cours siégeant en révision » (par. 92). Il propose cependant de revenir à « un examen approfondi de l’intention du législateur lorsqu’une partie avance la thèse plausible que le tribunal administratif doit interpréter correctement une disposition en particulier » (par. 99). Cet « examen approfondi » doit être fondé sur une variante de l’analyse pragmatique et fonctionnelle associée à l’arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, et reformulée dans *Dunsmuir*. Soit dit en tout respect, je ne crois pas que l’expression de généralités au sujet de l’« intention du législateur » « n’aide [davantage, de manière rapide et simple] les cours siégeant en révision » que la présomption préconisée par le juge Rothstein.
3. Il convient de rappeler que la volonté des cours de justice de déférer aux décisions des tribunaux administratifs portant sur l’interprétation de leurs lois constitutives a vu le jour dans le contexte de régimes législatifs élaborés, telle la législation du travail. Non seulement les membres de ces tribunaux étaient alors plus familiarisés que les cours de justice avec l’application possible et concrète du régime, mais dans bien des cas, le législateur avait tenté de freiner l’ardeur interventionniste de ces dernières en prévoyant des clauses d’inattaquabilité (appelées traditionnellement « *clauses privatives* ») explicites. Au fil des ans, la reconnaissance de la déférence judiciaire s’est accrue, même sur des points de droit (voir, p. ex., *Pezim c. Colombie‑Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557), mais jamais au point de présumer, comme le fait le juge Rothstein, que du moment que le tribunal administratif interprète sa ou ses lois constitutives, il a droit à la déférence, c’est‑à‑dire qu’il lui suffit de retenir l’une des interprétations raisonnables possibles de la disposition en cause, peu importe l’incidence fondamentale de son choix sur les parties. En ce qui concerne l’équité procédurale et la justice naturelle, par exemple, une juridiction de révision ne devrait pas déférer à l’avis d’un tribunal administratif quant à la mesure dans laquelle sa loi constitutive lui permet d’agir d’une manière que les cours de justice tiennent pour inéquitable.
4. La démarche nuancée de notre Cour dans le récent arrêt *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471 (« *CCDP* »), où elle dit que « lorsqu’il s’agit d’interpréter et d’appliquer sa propre loi, dans son domaine d’expertise et sans que soit soulevée une question de droit générale, la norme de la décision raisonnable s’applique habituellement, et le Tribunal a droit à la déférence » (par. 24 (je souligne)), me paraît constituer un compromis entre les points de vue exprimés par les juges Cromwell et Rothstein. Le juge Rothstein fait abstraction des conditions qui figurent dans cet extrait lorsqu’il formule sa présomption, dont l’application dépend entièrement de l’emplacement de la disposition litigieuse dans la loi constitutive.
5. L’arrêt *CCDP* se révèle également utile en ce qu’il met l’accent sur la notion de « question de droit générale » et minimise (même s’il la mentionne) celle, plus extravagante, de question de droit d’« une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble » retenue par les juges majoritaires dans *Dunsmuir* (par. 60). Il convient certes d’éviter de se citer soi‑même, mais *CCDP* m’incite à rappeler ce que je dis sur le sujet dans mes motifs concordants dans *Dunsmuir* :

 Sauf le respect que je leur dois, tout débat quant à savoir si une question de droit donnée est « d’une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble » distrait la cour dans l’accomplissement de sa tâche. Il devrait suffire de soustraire à l’application de la norme de la décision correcte l’interprétation de la loi constitutive du décideur administratif ou de quelque loi très connexe faisant appel à l’expertise de ce dernier (en matière de relations de travail, par exemple). Cette exception mise à part, nous devrions préférer la clarté à la complexité superflue et statuer que la cour de révision a le dernier mot sur une question de droit générale. [par. 128]

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

1. En quoi consiste alors le contrôle selon la norme de la « raisonnabilité » de l’interprétation de sa loi constitutive par le tribunal administratif? Dans *Dunsmuir*, les juges majoritaires disent qu’« [i]l est loisible au tribunal administratif d’opter pour l’une ou l’autre des différentes solutions rationnelles acceptables » (par. 47). Les « différentes solutions rationnelles acceptables » dépendent évidemment du contexte et varient en fonction des circonstances, dont la nature de la question visée par le contrôle. Dans *CCDP*, la juridiction de révision était appelée à contrôler la décision d’un tribunal administratif selon laquelle sa loi constitutive l’autorisait à adjuger des dépens. En appel, la Cour a appliqué la norme de la décision « raisonnable » (mentionnant à quelques reprises que la question relevait « essentiellement du mandat et de l’expertise du Tribunal », notamment au par. 25). Dans son analyse du caractère raisonnable, la Cour reprend néanmoins la démarche usitée fondée sur la règle d’or de Driedger et l’arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27 (E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2e éd. 1983)). En d’autres mots, dans *CCDP*, le degré d’intensité de l’examen est, à mon humble avis, assez proche de celui propre à la norme de la décision correcte. C’est aussi le cas dans *Dunsmuir* d’ailleurs.
2. Par contre, en matière de politique générale ou de pouvoir discrétionnaire étendu, les juridictions de révision appliquent aussi la norme de la décision « raisonnable », mais de manière beaucoup moins stricte. Dans *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, par exemple, la question relevait strictement de la politique, à savoir si M. Khosa avait fait la preuve de « motifs d’ordre humanitaire justifiant », de l’avis de la Commission d’appel de l’immigration, la mesure discrétionnaire consistant à lever la mesure de renvoi dont il ne contestait pas la validité.
3. Dans la présente affaire, les motifs du juge Rothstein comme ceux du juge Cromwell appellent un examen de la décision du commissaire à l’information et à la protection de la vie privée beaucoup plus strict que dans *Khosa*. Il y a une bonne raison à cela. La « raisonnabilité » est une notion générale d’apparence trompeusement simple qui confère à la juridiction de révision le pouvoir discrétionnaire de choisir entre divers degrés d’examen, allant de celui relativement intense à celui qui l’est moins (ou, pour reprendre les mots employés par les juges majoritaires dans *Dunsmuir*, déterminer le « degré de déférence » (par. 62)). La prévisibilité est importante pour les justiciables et ceux qui tentent de les conseiller quant à savoir s’il vaut la peine ou non de saisir les tribunaux. Reste à voir comment, dans les affaires ultérieures, les juridictions d’appel se prononceront sur l’exercice de ce pouvoir discrétionnaire par les juridictions de révision pour assurer une telle prévisibilité. Dans *Dunsmuir*, les juges majoritaires font observer que le « caractère raisonnable tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l’intelligibilité du processus décisionnel [administratif] » (par. 47). Ces considérations n’importent pas moins dans le contexte du contrôle judiciaire.
4. Les juges saisis de demandes de contrôle judiciaire ont déjà suffisamment à faire sans qu’on leur demande en plus d’entreprendre la recherche du juge Cromwell visant l’insaisissable question touchant « véritablement » à la compétence. Par conséquent, je me range à l’avis du juge Rothstein quant à la nécessité d’en finir avec cette catégorie de questions (sauf lorsque des dispositions législatives assurent sa survie, comme l’al. 18.1(4)*a*) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F‑7). Mais, en toute déférence, je suis en désaccord avec la volonté du juge Rothstein de diminuer l’importance de l’expertise et de la question de droit générale comme conditions préalables à la manifestation de déférence envers la décision d’un tribunal administratif sur une question de droit, y compris l’interprétation de sa loi constitutive.
5. La création d’une « présomption » fondée sur des critères insuffisants ne fait qu’ajouter une étape à une analyse qui devrait être simple. Si la décision visée par le contrôle judiciaire a trait à l’interprétation et à l’application de la loi constitutive du tribunal administratif ou d’une loi connexe qui relève elle aussi essentiellement du mandat et de l’expertise du décideur, et qu’elle ne soulève pas de questions de droit générales, au‑delà des aspects administratifs du régime législatif en cause, la juridiction de révision devrait se montrer déférente en appliquant la norme de la décision raisonnable. Sinon, à mon humble avis, il appartient à la juridiction de révision de statuer en dernier ressort sur les questions de droit.

 Version française des motifs rendus par

 Le juge Cromwell —

I. Introduction

1. Je suis d’accord sur la manière dont mon collègue le juge Rothstein statue dans le présent pourvoi et je souscris pour l’essentiel à ses motifs limpides et convaincants. Mais en toute déférence, je demeure en désaccord sur certains volets de son opinion exprimés expressément ou tacitement aux par. 33-46.
2. Mon collègue laisse entendre qu’il arrive si rarement qu’un tribunal administratif appelé à interpréter sa loi constitutive soit saisi d’une question touchant véritablement à la compétence qu’il est permis de se demander si « la catégorie des véritables questions de compétence existe », et il ajoute qu’« il convient de présumer que l’interprétation par un tribunal administratif de “sa propre loi constitutive ou [d’]une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie” est une question d’interprétation législative commandant la déférence en cas de contrôle judiciaire » (par. 34). Nulle précision n’est donnée quant à la manière dont cette *présomption* peut être réfutée, si toutefois elle peut l’être. Je vois là deux difficultés.
3. La première tient à ce qu’on élève au rang de présomption pour ainsi dire irréfutable l’énoncé général voulant que l’interprétation par un tribunal administratif de sa loi constitutive soulève rarement une question de compétence. C’est aller beaucoup plus loin que ne le fait notre Cour lorsqu’elle affirme (dans *Dunsmuir c. Nouveau‑Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 54) que « la déférence est habituellement de mise » à cet égard ou (dans *Nolan c.* *Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678, par. 34) que « la déférence est habituellement de mise lorsque le tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive et [qu’]il convient d’appliquer la norme de la décision correcte uniquement dans des cas exceptionnels, c’est‑à‑dire lorsque l’interprétation de cette loi soulève la question générale de la compétence du tribunal ». À mon sens, le point de vue de mon collègue ne « découle [pas] naturellement » de l’analyse des juges majoritaires dans *Dunsmuir* et, d’ailleurs, le juge Rothstein ne cite aucun extrait des motifs majoritaires dans cet arrêt à l’appui de son opinion. Soit dit en tout respect, la création d’une présomption sans précision de la manière dont on peut déterminer si elle est réfutée ou non n'aide en rien les cours siégeant en révision. En deuxième lieu, je ne peux convenir que les questions de compétence pourraient en fait ne pas exister du tout. Avec tout le respect que je dois à mon collègue, ces propos minent l’assise du contrôle judiciaire des actes de l’Administration.
4. Il ressort de l’arrêt *Dunsmuir* que l’équilibre entre la légalité et la suprématie législative est au cœur du contrôle judiciaire des actes de l’Administration. D’une part, le principe de légalité exige de la cour de justice qu’elle s’assure que le tribunal ou l’organisme administratif a exercé son pouvoir délégué conformément à la loi, notamment que l’« organisme administratif [a] statu[é] correctement sur une question touchant véritablement à la compétence » (*Dunsmuir*, par. 59). Autrement dit, la cour de justice est tenue, à l’égard de certaines questions, de substituer son opinion à celle du tribunal administratif quant à savoir ce qui constitue la réponse correcte. D’autre part, le principe de suprématie législative veut qu’en s’acquittant de ses fonctions, la cour de justice respecte la volonté du législateur en s’abstenant le plus souvent de s’immiscer alors dans le fonctionnement d’un tel organisme (par. 27). Une cour de justice a l’obligation constitutionnelle « de contrôler les actes de l’Administration et de s’assurer que celle‑ci n’outrepasse pas les limites de sa compétence », mais elle doit aussi tenir compte de la suprématie législative en déterminant la norme de contrôle applicable « en fonction de l’intention du législateur » (par. 29-31).
5. Je conviens que l’emploi du mot « compétence » s’est souvent révélé inutile dans l’analyse relative à la norme de contrôle. Il ne faut cependant pas perdre de vue les principes fondamentaux : suivant le droit constitutionnel ou l’intention du législateur, la décision du tribunal administratif sur certaines questions doit être correcte, et ce sont les cours de justice qui décident en dernier ressort quelle est la décision « correcte ». Ces principes fondamentaux régissant le contrôle judiciaire des actes de l’Administration ont été énoncés dans l’arrêt *Dunsmuir* rendu par notre Cour tout juste en 2008. Je ne peux donc ni convenir avec mon collègue que la présence d’une disposition dans une loi constitutive est devenue l’expression presque incontestable de l’intention du législateur, ni m’interroger comme lui sur l’existence même du contrôle sur une question de compétence. L’analyse relative à la norme de contrôle non seulement délimite la légalité des actes du tribunal administratif, mais circonscrit la fonction de la cour de justice siégeant en révision. Cette dernière ne peut examiner les « prétentions sur le fond » qui forment l’assise d’une demande de contrôle judiciaire ou d’un appel prévu par la loi que si elle détermine et applique la bonne norme de contrôle. C’est ce qui définit ces « prétentions sur le fond ».

II. L’intention du législateur

1. Considérons d’abord l’utilité du mot « compétence ». Je demeure d’avis que les questions touchant véritablement à la compétence existent. Comme je l’explique ci‑après, la jurisprudence confirme leur existence. Cependant, pour les besoins de l’analyse relative à la norme de contrôle, j’accorde peu d’importance à ce terme. Il n’ajoute rien à l’analyse et peut être source de problèmes. L’accent mis à tort sur la notion qui le sous-tend a embrouillé le droit administratif par le recours à des conditions préalables liées à la compétence qui autorisaient une immixtion indue dans les décisions administratives. La jurisprudence de notre Cour écarte depuis longtemps l’interprétation large de la « compétence » qui caractérise d’anciennes décisions, telles *Metropolitan Life Insurance Co. c. International Union of Operating Engineers,* *Local 796*, [1970] R.C.S. 425,et *Bell c. Ontario Human Rights Commission*, [1971] R.C.S. 756. Comme le dit judicieusement notre Cour dans l’arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau‑Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, il va de soi que les tribunaux « devraient éviter de qualifier trop rapidement un point de question de compétence [. . .] lorsqu’il existe un doute à cet égard » (p. 233). Dans *Dunsmuir*, notre Cour le rappelle, faisant observer que l’examen d’une telle question a une « portée étroite » et que la compétence doit s’entendre « au sens strict de la faculté du tribunal administratif de connaître de la question [de savoir] si les pouvoirs dont le législateur l’a investi l’autorisent à trancher une question » (par. 59).
2. La pierre d’assise du contrôle judiciaire réside dans l’intention du législateur : *Dunsmuir*, par. 30. (Je fais abstraction du cas où le législateur a manifestement voulu empêcher le contrôle judiciaire d’une décision portant sur la compétence alors que le droit constitutionnel le lui interdit : voir, p. ex., *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220.) Vu l’importance de cet élément, la question de savoir si une question appartient ou non à la catégorie des « questions de compétence » n’a que peu de pertinence. Ce qui compte c’est de savoir si le législateur a voulu laisser au tribunal administratif ou aux cours de justice le soin de trancher une question précise.
3. Lorsque la jurisprudence existante ne détermine pas déjà de façon satisfaisante le degré de déférence qui s’impose à l’endroit d’une mesure prise par un décideur administratif dans le cadre d’un régime législatif donné, la cour de justice applique un certain nombre de considérations à l’affaire dont elle est saisie, y compris l’existence ou l’inexistence d’une disposition d’inattaquabilité (traditionnellement appelée « clause privative »), la raison d’être du tribunal administratif suivant l’interprétation de sa loi constitutive, la nature de la question en cause et l’expertise du tribunal. Ce sont là les éléments concrets, clairement issus de la jurisprudence de notre Cour, qui permettent de déterminer qu’une décision est susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte du fait que le législateur a voulu que les cours de justice décident en dernier ressort quelle est la décision « correcte ». On peut dire d’une telle décision qu’elle porte sur une « question de compétence » : voir *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, par. 28. Or, cette qualification ne facilite en rien l’analyse. Je conviens donc avec le juge Rothstein que, sur le plan analytique, l’appellation « question de compétence » n’a aucun rôle à jouer au quotidien dans le contrôle judiciaire de l’action administrative.
4. La Cour signale dans *Dunsmuir* que « [l]orsqu’un tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie, la déférence est habituellement de mise » (par. 54 (références omises)). La présence d’une disposition dans la loi constitutive du tribunal administratif ou une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie peut fort bien constituer un indice important de l’intention du législateur de laisser au tribunal administratif le soin de l’interpréter. Or, une loi constitutive renferme des dispositions qui soulèvent des questions de droit sur lesquelles le législateur n’a pas voulu que le tribunal administratif ait le dernier mot. Il est en effet difficile d’imaginer à quel autre endroit les limites du pouvoir délégué au tribunal administratif pourraient être prévues. Dans *Dunsmuir* (au par. 59), les juges majoritaires de notre Cour renvoient à *United Taxi Drivers’ Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)*, 2004 CSC 19, [2004] 1 R.C.S. 485, pour donner un exemple d’affaire soulevant une telle question. Dans l’arrêt *Northrop Grumman Overseas Services Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CSC 50, [2009] 3 R.C.S. 309, le juge Rothstein relève un autre cas au nom de la Cour : « [e]n l’espèce, la Cour est saisie d’une question de compétence étant donné qu’il s’agit de décider si le [Tribunal canadien du commerce extérieur] peut entendre une plainte présentée [. . .] par un fournisseur non canadien » (par. 10). Pour arriver à sa conclusion, la Cour signale que la jurisprudence a déterminé *de façon satisfaisante* la norme de contrôle applicable (par. 10). Reformulés sans renvoi à la notion de « compétence », il appert de ces deux arrêts qu’une loi constitutive renferme des dispositions que le tribunal administratif doit interpréter correctement.
5. Voici ce qui importe. L’idée que les dispositions d’une loi constitutive sont habituellement susceptibles de contrôle selon la norme de la décision raisonnable n’écarte pas un examen approfondi de l’intention du législateur lorsqu’une partie avance la thèse plausible que le tribunal administratif doit interpréter correctement une disposition en particulier. Autrement dit, l’affirmation voulant qu’une telle disposition d’une loi constitutive soit « exceptionnelle » ne peut être opposée à la thèse plausible qu’une disposition donnée échappe à la « présomption » d’assujettissement à la norme de la décision raisonnable et appartient à la catégorie des questions « exceptionnelles » qui commandent la décision correcte. Elle ne permet pas non plus de déterminer par quel moyen la « présomption » peut être réfutée.
6. L’intimée soutient en l’espèce que le par. 50(5) de la *Personal Information Protection Act*, S.A. 2003, ch. P‑6.5, est une disposition que le commissaire était tenu d’interpréter correctement. Même si sa présence dans la loi constitutive du commissaire appelle la prudence avant de conclure que l’interprétation de la disposition touche à la compétence, elle n’est pas suffisante pour soustraire la cour de justice siégeant en révision à son obligation d’examiner la disposition et toute autre considération permettant de cerner l’intention du législateur y afférente.
7. À l’issue d’un tel examen, il appert selon moi que le législateur n’a pas voulu permettre le contrôle de l’interprétation du par. 50(5) par le commissaire selon la norme de la décision correcte. Le pouvoir de prorogation est conféré en termes généraux dans le contexte d’un régime législatif détaillé et très spécialisé qu’il incombe au commissaire d’administrer et en application duquel ce dernier est appelé à exercer de nombreux pouvoirs discrétionnaires accordés de manière générale. La prétention de l’intimée selon laquelle le par. 50(5) constitue une disposition dont l’interprétation est susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte doit être rejetée car, étant donné la nature du régime législatif, la nature des obligations du commissaire, formulées de manière générale, d’administrer ce régime très spécialisé et la nature de la disposition considérée, le législateur a voulu laisser au commissaire le soin de décider si le par. 50(5) l’autorise à proroger le délai après les 90 jours impartis. Je conviens donc avec mon collègue que la norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable.

III. Contrôle de la compétence

1. Contrairement à mon collègue, je ne m’interroge pas sur l’existence de la catégorie des questions touchant véritablement à la compétence. Je fais observer précédemment que dire d’une question qu’elle touche à la « compétence » peut se révéler inutile dans l’analyse relative à la norme de contrôle. Toutefois, je reste d’avis qu’il existe des questions soumises à la norme de la décision correcte sur le fondement tant du droit constitutionnel que de l’interprétation législative. Cela se confirmera à l’occasion lorsqu’un tribunal administratif interprétera sa loi constitutive. Comme l’affirme notre Cour dans *Dunsmuir*, « le contrôle judiciaire bénéficie de la protection constitutionnelle au Canada, surtout lorsqu’il s’agit de définir les limites de la compétence et de les faire respecter » (par. 31).
2. Au vu d’une telle prise de position claire et récente de notre Cour, je ne suis pas disposé à laisser entendre, comme le fait mon collègue au par. 34 de ses motifs, que cette protection constitutionnelle pourrait en fait être théorique. En clair, cette protection constitutionnelle n’assure pas simplement le contrôle judiciaire au regard de la norme de la décision raisonnable, elle garantit le contrôle judiciaire d’une décision sur la compétence au regard de la norme de la décision correcte. C’est ce qui ressort de manière non équivoque de l’extrait précité de *Dunsmuir*. Je trouve malheureux que la Cour paraisse laisser entendre à la légère que les propos si clairs qu’elle a tenus si récemment pourraient ne plus être valables. Les législateurs fédéral et provinciaux ne peuvent, sur le plan constitutionnel, soustraire au contrôle judiciaire selon la norme de la décision correcte l’interprétation par un tribunal administratif d’une disposition qui limite sa compétence. Mais je ne laisse évidemment pas entendre que ce principe soit en jeu en l’espèce.

IV. Conclusion

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

 *Pourvoi accueilli avec dépens.*

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

 Procureurs de l’intimée : Field, Edmonton.

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

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

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