

CANADA

RÉGIE DE L'ÉNERGIE

PROVINCE DE QUÉBEC
DISTRICT DE MONTRÉAL

No : R-3848-2013

HYDRO-QUÉBEC
Demanderesse/requérante

et

AQCIE/CIFQ
Intervenante

et

EBM
Intervenante

et

Le procureur général du Québec
Mise en cause

Régie de l'énergie
DOSSIER: R-3848-2013
DEPOSEE EN AUDIENCE
Date: 20 JANVIER 2014
Pièces n°: NON
COTÉE

REQUÊTE EN REJET ET RADIATION D'EXTRAITS DE LA PREUVE DES
INTERVENANTS AQCIE/CIFQ ET EBM ET REQUÊTE EN EXCEPTION DÉCLINATOIRE

CAHIER D'AUTORITÉS

	Onglet
Décision D-99-34 (R-3405-98)	1
Décision D-2010-085 (R-3731-2010)	2
Pierre Issalys et Denis Lemieux, L'action gouvernementale, Précis de droit des institutions administratives, 3 ^e édition, Éditions Yvon Blais, 2009	3
<i>Emms c. La Reine</i> , [1979] 2 S.C.R., 1148	4
Nicole Duplé, Droit constitutionnel : principes fondamentaux, 5 ^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010	5
<i>Okwuobi c. Commission scolaire Lester-B. Pearson</i> , [2005] 1 R.C.S., 257	6

Montréal, le 17 janvier 2014

(s) Affaires juridiques d'Hydro-Québec

Affaires juridiques d'Hydro-Québec

Procureurs de la

demanderesse/requérante, Hydro-Québec

(Me Éric Fraser)

COPIE CONFORME

PRÉSENTS :

M. Pierre Dupont, M.A. (Écon.)

M. Anthony Frayne, B. Sc. (Écon.), MBA

M. François Tanguay

Régisseurs

Hydro-Québec
Demanderesse

et

La liste des intervenants et des observateurs apparaissant à la page suivante

Décision concernant deux requêtes incidentes relativement aux principes généraux en matière réglementaire pour la détermination et l'application de tarifs à être fixés à l'égard du transport d'électricité lors d'audiences ultérieures.

Liste alphabétique des noms des intervenants et des observateurs :

Association coopérative d'économie familiale de Québec (ACEF)
Association des industries forestières du Québec ltée (AIFQ)
Association des redistributeurs d'électricité du Québec (AREQ)
Association québécoise de la production de l'énergie renouvelable (AQPER)
Association québécoise des consommateurs industriels d'électricité (AQCIE)
Centre d'études réglementaires du Québec (CERQ) et le Syndicat professionnel des scientifiques de l'IREQ (SPSI)
Action réseau consommateur (ARC) et Option Consommateurs (OC)
Gazifère Inc.
Gazoduc TQM
Groupe de recherche appliquée en macroécologie (GRAME) et Union pour le développement durable (UDD)
Industrie James Maclaren Inc.
Le Grand Conseil des Cris (GCC)
Regroupement des organismes environnementaux en énergie (ROEE)
Regroupement national des Conseils régionaux de l'environnement du Québec (RNCREQ)
Société en commandite Gaz Métropolitain (SCGM)

La Régie de l'énergie (la Régie) est saisie de deux demandes incidentes dans le cadre du dossier R-3405-98, à savoir une demande de suspension du principe cinq présentée par le RNCREQ et une requête en directives du SPSI-CERQ.

LA DEMANDE DE SUSPENSION DU PRINCIPE CINQ PRÉSENTÉE PAR LE RNCREQ

Le RNCREQ demande à la Régie de suspendre l'étude de la cinquième question dans la présente cause¹. La Régie entend disposer de cette demande dès à présent.

Cette demande n'est accompagnée d'aucune conclusion formelle autre que celle reliée à la suspension. Il ne s'agit pas non plus d'une demande de révision formelle, au sens de l'article 37 de la *Loi sur la Régie de l'énergie*², de la décision D-98-88. Cette demande de suspension du cinquième principe est appuyée par l'ARC-OC, le GCC³ et le ROEE. Le RNCREQ invoque le caractère peu complexe du principe à établir, mais croit que continuer à débattre du principe cinq *aurait l'inévitable conséquence d'y transporter toute la problématique de la fourniture, ce qui ne sert les intérêts ni de la Régie ni des autres intervenants.*

Hydro-Québec a réagi à cette demande de suspension⁴ en notant que les arguments soumis par le RNCREQ sont de la nature de ceux que l'intervenant pourra présenter lors de l'argumentation finale.

L'OPINION DE LA RÉGIE

La Régie rejette cette demande de suspension du principe cinq puisque les arguments au soutien de celle-ci sont davantage de la nature de l'argumentation de fin de dossier en vue d'une décision sur le fond du dossier R-3405-98. De plus, la demande ne rencontre pas, à sa face même, les critères d'ouverture prévus à l'article 37 de la loi. Au surplus, cet article n'a d'ailleurs pas été invoqué par le RNCREQ, l'ARC-OC ou le GCC au soutien de leur demande, laquelle demeure mal fondée en fait et en droit.

La Régie rappelle que, à l'occasion de la rencontre préparatoire du 14 septembre 1998, plusieurs intervenants ont proposé la tenue d'une ou plusieurs causes génériques pour l'établissement des principes généraux relatifs à la tarification et aux autres matières reliées à Hydro-Québec. La Régie n'a pas retenu cette approche pour les motifs que l'activité de transport représente la clé de

¹ Lettres du RNCREQ du 9 février et 2 mars 1999.

² L.R.Q., chapitre R-6.01.

³ Lettres du GCC du 2 mars et de l'ARC du 5 mars 1999.

⁴ Lettres d'Hydro-Québec du 24 février et du 5 mars 1999.

voûte de l'ouverture des marchés de l'électricité en Amérique du Nord, que la Régie considère que certains principes réglementaires spécifiques au transport de l'électricité pourront également être appliqués à la réglementation des activités de distribution d'Hydro-Québec et enfin, que la Régie ne peut entreprendre l'examen des questions tarifaires visant la production de l'électricité dans la mesure où elle se doit d'attendre les orientations que le gouvernement du Québec retiendra à cet égard et ce, à la suite de l'avis donné par la Régie sur les modalités d'établissement et d'implantation des tarifs de fourniture d'électricité.

Ainsi donc, la Régie réitère que la détermination des principaux critères à utiliser pour identifier et pour séparer les activités réglementées des activités non réglementées est réalisée uniquement pour la détermination et l'application de tarifs à être fixés à l'égard du transport d'électricité lors d'audiences ultérieures.

LA REQUÊTE EN DIRECTIVES DU SPSI-CERQ

La requête incidente présentée par le SPSI-CERQ vise à *obtenir des directives sur la procédure à suivre dans le cadre du présent dossier (Article 26 de la Loi sur la Régie de l'énergie) et l'article 8 du Règlement sur la procédure de la Régie de l'énergie.*

Les conclusions recherchées dans cette procédure sont les suivantes :

« ACCUEILLIR la présente demande pour directives;

REJETER tous amendements à la demande présentée par Hydro-Québec le 29 janvier 1999 qui iraient à l'encontre des décisions déjà rendues par la Régie dans le présent dossier et plus particulièrement ceux qui iraient à l'encontre de la décision D-98-88;

ORDONNER la suspension du calendrier de l'audience prévu dans le présent dossier tant et aussi longtemps que la Régie n'aura pas émis les directives quant à la procédure à suivre suite à la demande amendée présentée par Hydro-Québec le 29 janvier 1999;

ORDONNER à Hydro-Québec de rembourser aux demandeurs les frais raisonnables encourus en rapport avec la présente demande incluant les frais de préparation, de rédaction et de présentation de la présente demande;

RENDRE toute autre ordonnance qu'elle jugera nécessaire; »

CHRONOLOGIE DES PRINCIPAUX ÉVÉNEMENTS

Pour bien situer cette requête, il convient de résumer les principales étapes du présent dossier.

Suite au dépôt de sa demande relative aux tarifs en matière de transport d'électricité⁵, Hydro-Québec déposait, le 8 mai 1998, à la Régie un document intitulé : *Énoncé de principes réglementaires*⁶ contenant sept principes réglementaires que la société d'État souhaitait voir étudiés par la Régie.

Dans le cadre de sa décision procédurale D-98-39, rendue le 12 juin 1998, la Régie décidait de tenir une audience publique préalable sur l'établissement de principes généraux pour la détermination et l'application des tarifs de transport d'électricité lors d'audience ultérieures.

Par la même occasion, la Régie ordonnait à Hydro-Québec de déposer, au plus tard le 17 juin 1998, une demande formelle, par requête. En conséquence, Hydro-Québec déposa le 17 juin sa requête en réduisant toutefois l'ampleur de sa demande à trois principes au lieu des sept prévues initialement.

La décision D-98-39 définissait les objectifs suivants à l'égard de la détermination des principes réglementaires en matière de transport d'électricité : assurer l'établissement d'assises réglementaires et permettre la préparation des documents du dossier tarifaire sur la base de principes réglementaires généraux agréés d'avance.

La majorité des intervenants ont par la suite revendiqué, à des degrés divers, que soit élargi le débat tant au niveau des principes réglementaires que des activités et fonctions à considérer.

Hydro-Québec, en réduisant sa demande à trois principes, expliquait non seulement que ceux-ci étaient fondamentaux, mais aussi qu'ils excluaient l'étude d'autres principes, les considérant soit prématurés, soit non reliés aux activités du transport d'électricité.

La Régie a donc tenu une rencontre préparatoire le 14 septembre 1998 afin de déterminer les questions à débattre lors de l'audience publique.

La demanderesse proposait alors à la Régie les trois principes généraux suivants pour la détermination et l'application des tarifs de transport de l'électricité :

⁵ Demande relative à la détermination du prix unitaire moyen du transport et à la modification des tarifs de transport d'électricité. Demande présentée en vertu de l'article 48 de la loi. Le 1^{er} mai 1998. Dossier de la Régie R-3401-98.

⁶ Document produit par la Direction des Affaires réglementaires d'Hydro-Québec. Dossier de la Régie R-3405-98.

1. *L'utilisation de l'année témoin projetée;*
2. *L'établissement de la base de tarification et de la structure de capital sur une moyenne de treize soldes mensuels;*
3. *La reconnaissance des actifs en exploitation et en cours de construction ainsi que des contrats en cours.*

L'ensemble des intervenants proposaient d'autres principes additionnels dont notamment ceux énumérés ci-après :

- *« L'interfinancement dans les tarifs d'Hydro-Québec.*
- *L'opportunité d'établir des comptes de nivellement ou des comptes régulateurs.*
- *Le traitement comptable et réglementaire de tout manque à gagner ou trop-perçu.*
- *L'allocation des coûts entre les activités réglementées et les activités non réglementées d'Hydro-Québec.*
- *L'implantation d'un mécanisme de rendement incitatif.*
- *La structure de capital optimale pour Hydro-Québec.*
- *La division des coûts et l'allocation des actifs aux trois segments de l'entreprise.*
- *L'imputation à la production des coûts du transport reliant les centrales aux centres de consommation.*
- *La détermination de catégories tarifaires équitables pour le transport.*
- *Le choix de l'exercice financier d'Hydro-Québec.*
- *Les périodes d'amortissement applicables aux actifs.*
- *La détermination que les actifs en exploitation et en cours de construction ainsi que les contrats en cours sont utiles et utilisés aux fins du transport et qu'ils ont été acquis, construits ou conclus de façon prudente. »⁷*

La Régie décidait ainsi dans la décision D-98-88 :

« [...] la Régie entend limiter son examen aux principes généraux qu'elle estime nécessaires en vue, entre autres, de l'établissement du coût de service inhérent au transport de l'électricité. En outre, la Régie préconise que l'audience porte sur des principes généraux qui peuvent être discutés sans recourir à l'appui de données quantitatives mais plutôt en termes d'implications réglementaires, étant entendu que les principes nécessitant l'examen de chiffres seront analysés dans le cadre des causes tarifaires dont notamment l'allocation spécifique des actifs entre les fonctions du réseau. Dans ce contexte, la Régie retient pour les fins de l'audience les principes généraux décrits ci-après :

1. *Utilisation de l'année témoin projetée comme base d'examen de la fixation des tarifs de transport d'électricité;*

⁷ Décision D-98-88, pages 5 et 6.

2. *Établissement de la base de tarification et de la structure de capital sur une moyenne de treize soldes mensuels;*
3. *Reconnaissance des actifs de transport en exploitation et en cours de construction ainsi que des contrats en cours affectant le service de transport;*
4. *Choix de l'exercice financier à être utilisé par Hydro-Québec aux fins tarifaires et réglementaires en regard de l'année financière de l'entreprise;*
5. *Détermination des principaux critères à utiliser pour identifier et séparer les activités réglementées des activités non réglementées.*

Enfin, la Régie tient à souligner que l'établissement des principes réglementaires en matière de tarification ne doit pas remettre en cause d'une part, la satisfaction des besoins énergétiques dans une perspective de développement durable et, d'autre part, l'uniformité territoriale des tarifs d'électricité au Québec à l'égard du consommateur final. »⁸

Le 8 octobre 1999, la Régie établissait le calendrier final pour la présente audience en fixant notamment au 11 janvier 1999 la date limite pour le dépôt de la preuve d'Hydro-Québec portant sur les cinq principes retenus par la décision D-98-88.

Le 8 janvier 1999, Hydro-Québec demandait à la Régie de reporter au 29 janvier 1999 le dépôt de sa preuve alléguant que celle-ci n'était pas prête. La Régie, après avoir demandé et reçu des explications additionnelles à l'égard de ce retard, reporta alors la date limite au 29 janvier 1999.

Le 27 janvier 1999, le gouvernement du Québec approuvait, en vertu du Décret no 53-99, la Directive no 1 donnée par le ministre des Ressources naturelles qui se lit comme suit :

« ATTENDU QUE, en vertu de l'article 110 de la Loi sur la Régie de l'énergie (L.R.Q., c. R-6.01), le ministre des Ressources naturelles peut donner à la Régie de l'énergie des directives sur l'orientation et les objectifs généraux à poursuivre;

ATTENDU QUE, en vertu de l'article 111 de cette loi, ces directives doivent être approuvées par le gouvernement, qu'elles entrent en vigueur le jour de leur approbation et que, une fois approuvées, elles lient la Régie qui est tenue de s'y conformer;

⁸ D-98-88, page 8.

ATTENDU QUE, le gouvernement a reconnu dans sa Politique énergétique, « l'énergie au service du Québec », le maintien de l'uniformité territoriale des tarifs d'électricité;

ATTENDU QUE toute décision du gouvernement concernant les actifs de transport d'Hydro-Québec se justifie selon les besoins et le contexte de l'époque où chaque décision a été prise;

ATTENDU QUE la Régie doit poursuivre comme orientation la continuité et la pérennité de l'uniformité territoriale des tarifs de transport d'électricité et de la reconnaissance des activités de transport d'Hydro-Québec antérieures au nouveau régime applicable;

ATTENDU QUE, à cette fin, le ministre des Ressources naturelles a présenté à l'approbation du gouvernement la directive numéro 1 qu'il entend donner à la Régie, annexée au présent décret, et qu'il y a lieu de l'approuver;

Il est ORDONNÉ, en conséquence, sur la recommandation du ministre des Ressources naturelles :

QUE soit approuvée la directive numéro 1, annexée au présent décret, que le ministre des Ressources naturelles entend donner à la Régie de l'énergie afin qu'elle poursuive comme orientation la continuité et la pérennité de l'uniformité territoriale des tarifs de transport d'électricité et de la reconnaissance des activités de transport d'Hydro-Québec antérieures au nouveau régime applicable.

DIRECTIVE NUMÉRO 1 À LA RÉGIE DE L'ÉNERGIE

Conformément aux articles 110 et 111 de la Loi sur la Régie de l'énergie (L.R.Q., c. R-6.01), le ministre des Ressources naturelles donne à la Régie de l'énergie la directive suivante :

La Régie de l'énergie doit poursuivre comme orientation et objectifs généraux la continuité et la pérennité :

- 1° de l'uniformité territoriale de la tarification du transport d'électricité sur l'ensemble du réseau de transport d'Hydro-Québec;*
- 2° de la reconnaissance des activités d'Hydro-Québec antérieures au nouveau régime applicable. À cette fin :*
 - a) elle doit lorsqu'elle fixe ou modifie un tarif de transport d'électricité, reconnaître comme prudemment acquis et utiles pour l'établissement de la base de tarification :*

- i) *tous les actifs de transport d'électricité en exploitation inscrits aux registres comptables d'Hydro-Québec à la date de l'entrée en vigueur du règlement requis en vertu du paragraphe 1o du premier alinéa de l'article 73 et pris en vertu du paragraphe 6o de l'article 114 de la Loi sur la Régie de l'énergie ;*
 - ii) *tous les actifs de transport dont la construction a été autorisée par le gouvernement en vertu du septième alinéa de l'article 29 de la Loi sur Hydro-Québec (L.R.Q., c. H-5) avant la date de l'entrée en vigueur du règlement requis en vertu du paragraphe 1o du premier alinéa de l'article 73 et pris en vertu du paragraphe 6o de l'article 114 de la Loi sur la Régie de l'énergie ou a été exemptée de cette autorisation avant cette date en vertu du septième alinéa de l'article 29 précité, lesquels sont inscrits aux registres comptables d'Hydro-Québec comme étant devenus en exploitation après cette date ;*
- b) *elle doit, lorsqu'elle fixe ou modifie un tarif de transport d'électricité, reconnaître comme nécessaires pour assumer le coût de la prestation de service les dépenses découlant des contrats relatifs aux activités de transport conclus avant le 27 janvier 1999. »*

2. La présente directive entre en vigueur le 27 janvier 1999. »

Le 29 janvier 1999, la demanderesse déposait sa preuve et amendait de sa propre initiative, sans permission ni préavis, sa demande initiale expliquant l'impact sur sa preuve de la Directive no 1 adoptée deux jours plus tôt, soit le 27 janvier 1999.

Cet amendement retire une partie de la preuve qu'Hydro-Québec devait produire au dossier en conformité avec la décision D-98-88. C'est dans ce contexte que fut introduite la requête du SPSI-CERQ.

Par la voie de son Secrétaire, la Régie a donné aux intervenants jusqu'au 24 février 1999 pour faire valoir leurs argumentations quant à la requête du SPSI-CERQ et jusqu'au 1^{er} mars à ce dernier afin qu'il puisse répliquer. L'ACEF de Québec, le RNCREQ et le ROEE sont intervenus au présent débat.

ARGUMENTATION DES PARTIES

La requête du SPSI-CERQ conteste l'amendement apporté à la demande d'Hydro-Québec le 29 janvier et recherche principalement de la Régie l'émission de directives au sens de l'article 26 de sa loi constitutive.

Hydro-Québec n'a pas formellement répondu à la requête du SPSI-CERQ, mais a réitéré sa position dans le cadre des réponses aux questions des intervenants qu'elle a fait parvenir à la Régie le 26 février 1999.

Le SPSI-CERQ met en doute la légalité de la Directive no 1 et du Décret 53-99, comme d'autres intervenants au dossier. Ainsi, pour le SPSI-CERQ et l'ACEF de Québec, la Régie n'a pas à se conformer à la Directive no 1 ainsi qu'au Décret 53-99 qui l'entérine puisque ceux-ci sont illégaux. Selon la requérante, la Directive no 1 ne respecte pas le libellé de l'article 110 de la loi qui permet l'adoption de directives *sur l'orientation et les objectifs généraux à poursuivre*. La Régie devrait donc elle-même déterminer la légalité des gestes posés par le gouvernement, déclarer ceux-ci illégaux, rejeter l'amendement apporté par Hydro-Québec le 29 janvier 1999 et ordonner que soit produite par Hydro-Québec la preuve sur le principe trois.

Par ailleurs, le RNCREQ, le ROEE et l'ARC-OC⁹ attaquent eux aussi la légalité de la Directive no 1 et du Décret du gouvernement, mais indiquent que la Régie est tenue de la respecter, indépendamment de sa légalité, en attendant que la Cour supérieure se prononce sur sa légalité.

Le ROEE, dans son argumentation écrite du 24 février 1999 en réponse à la requête du SPSI-CERQ, soutient en effet que la Régie, en ne réagissant pas à l'amendement du 29 janvier 1999 d'Hydro-Québec et en ne posant pas de questions sur le principe trois à Hydro-Québec, *semble avoir présumé de la validité de la Directive no 1 et du Décret 53-99*. Par contre, la Régie doit appliquer la Directive et le Décret conformément aux principes de droit généralement applicables en la matière.

Ceci étant dit, le ROEE et le RNCREQ croient par ailleurs que la Régie devrait refuser l'amendement d'Hydro-Québec et exiger quand même le dépôt de la preuve en attendant une décision finale sur le dossier à être rendue par la Cour supérieure. Pour le ROEE et le RNCREQ, le retrait de la preuve va à l'encontre de la décision D-98-88 et confère un caractère rétroactif à la Directive et au Décret qui l'entérine. De plus, pour le ROEE et le RNCREQ, la Régie doit permettre aux intervenants d'être entendus sur le principe trois.

⁹ Voir la mise en demeure du ROEE et de l'ARC-OC au Procureur général du Québec datée du 18 février 1999 et la lettre d'appui du RNCREQ à la même date.

L'OPINION DE LA RÉGIE

Cette demande présuppose, comme d'ailleurs le laisse entendre le SPSI-CERQ¹⁰, que la Régie détermine laquelle de la décision D-98-88 ou de la Directive no 1 du ministre des Ressources naturelles devrait prévaloir pour les fins d'une décision éventuelle dans le présent dossier, en établissant notamment si la Directive et le Décret sont légaux.

La Régie est d'avis que ce n'est pas à elle que revient l'attribution de déterminer la légalité de la Directive no 1 et du Décret 53-99. Comme l'ont d'ailleurs souligné avec acuité le ROEE et le RNCREQ, les actes de l'Administration gouvernementale, lire ici l'exécutif, sont présumés valide tant et aussi longtemps qu'ils ne sont pas jugés illégaux. En somme, la Régie applique le principe de la présomption de validité relative aux actes de l'Administration¹¹.

Par ailleurs, la Régie constate qu'au moins deux intervenants, le ROEE et l'ARC-OC, ont officiellement indiqué à la Régie qu'ils entendaient attaquer devant la Cour supérieure la légalité de la Directive et du Décret.

Enfin, devant cette dernière éventualité, la Régie doit s'assurer que le dossier R-3405-98 continue à cheminer afin d'arriver à l'audience débutant le 18 mai 1999 pour ce qui concerne les quatre autres principes adoptés dans la décision D-98-88. En ce qui a trait à la preuve d'Hydro-Québec, comme la Directive no 1 dispose entièrement et totalement du principe trois, tant et aussi longtemps que cette question n'aura pas été tranchée par la Cour supérieure, les travaux de la Régie doivent se poursuivre; il s'agit ici d'une question d'intérêt public.

La cause qui suivra ce dossier a trait à la requête tarifaire relative au transport d'électricité déjà présentée par Hydro-Québec (R-3401-98), cette dernière cause ayant été suspendue par la Régie pour traiter le présent dossier. La Régie désire que la contestation entourant la Directive et le Décret ne compromette pas l'ensemble de l'agenda réglementaire en matière de transport d'électricité.

Toutefois, la Régie réserve les droits des intervenants en ce qui a trait à la possibilité de rendre une décision sur ce principe trois dans le cas où un jugement d'un tribunal supérieur invaliderait la Directive no 1 et le Décret 53-99, autant dans le cadre du présent dossier que dans celui du dossier R-3401-98, tous deux complémentaires.

¹⁰ Réplique du SPSI du 1^{er} mars 1999, page 5.

¹¹ Denis Lemieux, *Le contrôle judiciaire de l'action gouvernementale*, 1998, Publications CCH Ltée, 35-220, page 2431-8. Ce dernier cite une jurisprudence constante. C'est le cas de *City of Montreal v. Beauvais*, [1909] 42 R.C.S. 211; *Birks v. Cité de Montréal*, [1955] R.C.S. 799; *Cité de Charlesbourg v. Ror*, [1975] C.A. 74; *Ass. Bakery Stores Inc. V. Comité paritaire de livraison du pain de la Région de Montréal*, [1976] C.A. 481.

CONSIDÉRANT la *Loi sur la Régie de l'énergie*;

CONSIDÉRANT les décisions D-98-39 et D-98-88;

CONSIDÉRANT la Directive no 1 du ministre des Ressources naturelles et le Décret 53-99.

La Régie de l'énergie :

REJETTE la demande de suspension de l'étude du principe cinq présentée par le RNCREQ;

REJETTE la requête pour obtenir des directives additionnelles du SPSI-CERQ;

AUTORISE l'amendement à la demande d'Hydro-Québec sous réserve des droits des intervenants en ce qui a trait à la possibilité de rendre une décision sur le principe trois dans le cas où un jugement d'un tribunal supérieur invaliderait la Directive no 1 et le Décret 53-99, autant dans le cadre du présent dossier que dans celui du dossier R-3401-98, tous deux complémentaires;

REJETTE la demande de remboursement des frais du SPSI-CERQ du 12 février 1999 et réserve leur recours.

Pierre Dupont
Régisseur

Anthony Frayne
Régisseur

François Tanguay
Régisseur

Liste des représentants

L'AQCIE, l'AIHQ, l'AQPER et Industrie James Maclaren Inc. sont représentées par M^c Guy Sarault.

ARC et Option Consommateurs sont représentés par Me Éric Fraser.

Le GRAME et l'UDD sont représentés par M. Jean-François Lefebvre.

Le ROEE est représenté par M^c Eve-Lyne H. Fecteau.

Gazoduc TQM est représenté par M. Phi P. Dang.

L'ACEF de Québec est représenté par M. Richard Dagenais.

Le Grand Conseil des Cris est représenté par M^c Johanne Mainville.

SCGM est représenté par M^c Jocelyn Allard.

Le Centre d'études réglementaires du Québec et le Syndicat professionnel des scientifiques de l'IREQ sont représentés par M^c Claude Tardif.

Le RNCREQ est représenté par M^c Charles O'Brien.

L'AREQ est représenté par M^c Pierre Huard.

Gazifère Inc. est représenté par M^c Pierre Paquet.

La Régie de l'énergie est représentée par M^c André Turmel et M^c Anne-Marie Poisson.

DÉCISION

QUÉBEC

RÉGIE DE L'ÉNERGIE

D-2010-085

R-3731-2010

7 juillet 2010

PRÉSENT :

Richard Lassonde

Régisseur

Hydro-Québec

Demanderesse

et

ACEF de l'Outaouais

Intéressée

Décision

Demande d'approbation des contrats d'approvisionnement en électricité de l'appel d'offres A/O 2009-01 pour de l'énergie produite par cogénération à la biomasse

1. DEMANDE

[1] Le 7 mai 2010, Hydro-Québec dans ses activités de distribution d'électricité (le Distributeur) dépose auprès de la Régie de l'énergie (la Régie) une demande en vertu de l'article 74.2 de la *Loi sur la Régie de l'énergie*¹ (la Loi) pour faire approuver les contrats d'approvisionnement en électricité découlant de l'appel d'offres A/O 2009-01 (l'Appel d'offres) pour l'énergie produite par cogénération à la biomasse.

[2] Le 13 mai 2010, la Régie informe les intéressés par avis sur internet qu'elle compte procéder à l'étude de cette demande sur dossier. Elle fixe au 15 juin 2010 la date du dépôt des observations des intéressés et permet au Distributeur d'y répondre pour le 9 juillet 2010.

[3] Le 1^{er} juin 2010, la Régie transmet au Distributeur deux demandes de renseignements, dont une portant sur des données confidentielles.

[4] Le 15 juin 2010, la Régie reçoit les observations de l'Association coopérative d'économie familiale de l'Outaouais (ACEF de l'Outaouais) auxquelles le Distributeur n'a pas répliqué.

2. CONTEXTE ET CADRE RÉGLEMENTAIRE

[5] La Loi prévoit que le gouvernement peut déterminer par règlement un bloc d'énergie pour une source particulière d'approvisionnement en électricité et les délais suivant lesquels le Distributeur doit procéder à un appel d'offres pour l'acquisition de ce bloc d'énergie².

[6] Le 24 septembre 2008, le gouvernement adoptait le *Règlement sur l'énergie produite par cogénération à la biomasse*³. Aux termes de ce règlement, le Distributeur devait procéder à l'appel d'offres pour l'acquisition d'un bloc d'énergie produit au Québec à partir d'installations de cogénération à la biomasse pour une quantité totale de

¹ L.R.Q., c. R-6.01.

² Article 112 (2.1) et (2.2).

³ Décret 916-2008.

125 mégawatts. Le Distributeur devait procéder à cet appel d'offres au plus tard 90 jours suivant la date de publication du règlement à la Gazette officielle du Québec. Cette date a été modifiée et fixée au 15 avril 2009 par amendement au règlement⁴.

[7] Le 24 septembre 2008, le gouvernement adoptait également le décret *concernant les préoccupations économiques, sociales et environnementales indiquées à la Régie de l'énergie à l'égard de l'énergie produite par cogénération à la biomasse*⁵. Ce décret prévoit que le gouvernement entend contribuer à la lutte aux changements climatiques et à la réduction des émissions de gaz à effet de serre au Québec, notamment par la mise en œuvre du Plan d'action 2006-2012 sur les changements climatiques. Le décret précise que la production d'électricité à partir d'installations de cogénération à la biomasse s'inscrit dans le cadre de ses objectifs de réduction des émissions de gaz à effet de serre. Le gouvernement indique comme suit ses préoccupations économiques, sociales et environnementales :

« [...] Pour le bloc d'énergie produit par cogénération à la biomasse, déterminé par règlement du gouvernement, il convient :

— de favoriser la compétitivité des entreprises situées dans les régions du Québec par la réduction de leurs coûts d'opération en ce qui concerne la fourniture de vapeur;

— de favoriser les projets de cogénération à la biomasse qui minimiseront les émissions de gaz à effet de serre;

— de s'assurer que la réalisation des projets de cogénération à la biomasse contribue à l'atteinte des objectifs du Plan d'action 2006-2012 sur les changements climatiques. »

[8] Aux termes de l'article 74.2 de la Loi, le Distributeur doit obtenir l'autorisation de la Régie, aux conditions et dans les cas qu'elle fixe par règlement, pour conclure un contrat d'approvisionnement en électricité.

⁴ Décret 9-2009.

⁵ Décret 917-2008.

[9] Le *Règlement sur les conditions et les cas où la conclusion d'un contrat d'approvisionnement par le distributeur d'électricité requiert l'approbation de la Régie de l'énergie*⁶ (le *Règlement*) stipule que, pour des contrats dont la durée est de plus d'un an, la demande d'autorisation doit être accompagnée des contrats et contenir les informations suivantes :

« 1° une description de la contribution de chaque contrat au plan d'approvisionnement, et lorsque l'appel d'offres est satisfait par plusieurs contrats, une description de la contribution de chaque contrat à l'appel d'offres;

2° dans le cas d'un appel d'offres prévoyant que la totalité ou une partie des besoins des marchés québécois devront être satisfaits pour une source particulière d'approvisionnement en électricité par un bloc d'énergie déterminé par règlement du gouvernement, une description de la contribution de chaque contrat au bloc d'énergie fixé par règlement du gouvernement, au plan d'approvisionnement et à l'appel d'offres lorsque celui-ci est satisfait par plusieurs contrats;

3° une description des garanties prévues aux contrats pour couvrir les risques financiers et ceux reliés à la suffisance des approvisionnements ainsi qu'une analyse des risques résiduels;

4° la démonstration que le contrat ou la combinaison des contrats comporte le prix le plus bas, pour la quantité d'électricité et les conditions demandées, en tenant compte du coût de transport applicable et, dans le cas d'un appel d'offres prévoyant que la totalité ou une partie des besoins des marchés québécois devront être satisfaits pour une source particulière d'approvisionnement en électricité par un bloc d'énergie déterminé par règlement du gouvernement, la démonstration que le prix le plus bas ne dépasse pas le prix maximal tel qu'établi par règlement du gouvernement, sous réserve que le gouvernement décide d'établir un tel prix maximal;

5° un rapport comparant les prix du contrat, de la combinaison des contrats ou de chaque contrat inclus dans la combinaison des contrats d'approvisionnement en électricité avec les prix des principaux produits disponibles dans les marchés du nord-est de l'Amérique et les coûts de transport applicables;

6° la démonstration que les caractéristiques des contrats approuvées dans le plan d'approvisionnement sont respectées;

7° le cas échéant, les suites données par le distributeur d'électricité au rapport de la Régie préparé dans le cadre de l'exercice de son pouvoir de surveillance de la procédure d'appel d'offres et d'octroi ainsi que du code d'éthique. »

⁶ (2002) 134 G.O. II, 8151.

3. ANALYSE

3.1 INFORMATIONS RÉGLEMENTAIRES REQUISES

[10] Le Distributeur a procédé à l'Appel d'offres et a retenu six offres pour les projets suivants : Centrale de cogénération au Biogaz de Saint-Thomas, Centrale de Saint-Patrice-de-Beaurivage, Québec-Énergie 2012, Centrale de cogénération de la Haute-Yamaska-Roland Thibault, Cogénération biogaz Saint-Nicéphore et Centrale de cogénération de Thurso. La présente demande vise l'approbation des contrats conclus avec les soumissionnaires de ces projets.

[11] L'Appel d'offres n'a cependant pas permis d'obtenir les quantités recherchées, puisque la puissance totale pour ces six projets s'élève à 52,9 MW.

[12] Le Distributeur n'entend pas procéder au comblement des quantités non acquises à la suite du résultat de l'appel d'offres, puisqu'il fait présentement face à des surplus⁷.

[13] Le coût moyen de la combinaison des soumissions retenues est de 109,07 \$/MWh en dollars canadiens, incluant les coûts de transport et les pertes. Ce coût moyen est comparable à celui des contrats semblables en Ontario selon le consultant Merrimack⁸.

[14] La Régie est satisfaite des informations fournies par le Distributeur relativement à la contribution des Contrats à son plan d'approvisionnement, à la comparaison des prix du marché du nord-est, aux caractéristiques des Contrats en regard du plan d'approvisionnement et au suivi du rapport de constatations de la Régie.

[15] Ainsi, le Distributeur a satisfait aux obligations statutaires et réglementaires pour obtenir l'approbation des Contrats.

⁷ Pièce B-1, HQD-2, document 1, page 9.

⁸ Pièce B-1, HQD-2, document 1, annexe 5.

3.2 SUIVI DES CONTRATS

[16] D'ici le début des livraisons, le Distributeur s'engage à aviser la Régie, dans les 30 jours, du respect des étapes critiques inscrites aux Contrats. Après le début des livraisons, le Distributeur présentera, avec son rapport annuel, un suivi des contrats. Celui-ci indiquera, sur une base mensuelle, les informations suivantes :

- les quantités de puissance et d'énergie contractuelles;
- les quantités d'énergie rendues disponibles et livrées;
- le détail des montants facturés pour l'énergie;
- les dommages et pénalités, avec les explications et justifications pertinentes, le cas échéant⁹.

[17] La Régie prend acte de ces engagements du Distributeur.

3.3 OBSERVATIONS ÉCRITES DE L'ACEF DE L'OUTAOUAIS

[18] Avec respect, les observations écrites soumises par l'ACEF de l'Outaouais n'ont pas été utiles aux délibérations de la Régie. Ces observations dénotent, entre autres, une mauvaise compréhension du contexte entourant l'Appel d'offres du Distributeur et tiennent lieu d'une remise en question de l'opportunité du décret gouvernemental ayant mené à l'Appel d'offres. Une telle remise en question ne peut être débattue devant la Régie.

[19] **Pour ces motifs,**

La Régie de l'énergie :

APPROUVE le contrat de cogénération à la biomasse intervenu le 10 février 2010 entre Hydro-Québec et EBI Énergie Inc. pour une puissance contractuelle de 9,4 MW;

⁹ Pièce B-1, requête du Distributeur du 7 mai 2010.

APPROUVE le contrat de cogénération à la biomasse intervenu le 11 février 2010 entre Hydro-Québec et Innoventé Inc. pour une puissance contractuelle de 4,6 MW;

APPROUVE le contrat de cogénération à la biomasse intervenu le 12 février 2010 entre Hydro-Québec et SFK Pâtes S.E.N.C. pour une puissance contractuelle de 9,5 MW;

APPROUVE le contrat de cogénération à la biomasse intervenu le 15 février 2010 entre Hydro-Québec et Terreau Biogaz S.E.C. pour une puissance contractuelle de 3,0 MW;

APPROUVE le contrat de cogénération à la biomasse intervenu le 10 février 2010 entre Hydro-Québec et WM Québec inc. pour une puissance contractuelle de 7,6 MW;

APPROUVE le contrat de cogénération à la biomasse intervenu le 5 mai 2010 entre Hydro-Québec et Fortress specialty cellulose inc. pour une puissance contractuelle de 18,8 MW.

Richard Lassonde
Régisseur

Hydro-Québec représentée par M^c Éric Fraser;
L'ACEF de l'Outaouais représentée par M^c Stéphanie Lussier.

SR

Pierre Issalys

Denis Lemieux

**L'ACTION
GOUVERNEMENTALE**

**Précis de droit
des institutions
administratives**

3^e édition

ÉDITIONS YVON BLAIS

2009

Loi sur les textes réglementaires, L.R.C. (1985), ch. S-22 et modif., art. 19 (renvoi des textes réglementaires à un comité parlementaire après leur édicition) et 19.1 (résolution portant abrogation d'un règlement).

Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21 et modif., art. 39 (procédures de ratification ou de rejet d'un règlement par la Chambre des communes ou le Parlement).

Règlement de la Chambre des communes, art. 104 (composition du Comité mixte permanent d'examen de la réglementation), 108 (mandat du comité), 123 et s. (rapport aux deux chambres et motion tendant à l'abrogation d'un règlement).

Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23 et modif., art. 5(5) (exigence de ratification de certains règlements par le Parlement).

Loi sur l'assurance maladie, L.R.Q., c. A-29, art. 15.1 (examen préalable d'un projet de règlement par une commission de l'Assemblée nationale).

Loi sur la mise en quarantaine, L.C. 2005, ch. 20, art. 62.1 (examen préalable d'un projet de règlement par un comité de chacune des deux chambres) et 62.2 (soustraction motivée d'un projet à cet examen).

Loi sur les valeurs mobilières, L.R.Q., c. V-1.1, art. 352 (rapport quinquennal du ministre responsable de l'application de la loi, transmis au gouvernement et déposé à l'Assemblée nationale, dont une commission doit dans l'année qui suit être saisie du rapport et entendre tout intéressé).

Loi sur les banques, L.C. 1991, ch. 46 et modif., art. 21 (L'autorisation d'exercice accordée aux banques régies par la loi est limitée à cinq ans à compter de l'entrée en vigueur de celle-ci.).

Loi sur le statut de l'artiste, L.C. 1992, ch. 33 et modif., art. 66 (rapport du ministre responsable de l'application de la loi présenté au Parlement dans les sept ans de l'entrée en vigueur de celle-ci, un comité de la Chambre des communes en étant automatiquement saisi).

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 5 (obligation de déposer un règlement, avant qu'il soit pris par le gouverneur en conseil, devant les deux chambres du Parlement).

7.24 Le contrôle de légalité exercé par les tribunaux judiciaires

HOLLAND et MCGOWAN, *Delegated Legislation in Canada*, 1989, c. 14.
KEYES, *Executive Legislation*, 1992, p. 167-170 et c. 15.
SALEMBIER, *Regulatory Law and Practice in Canada*, 2004, p. 175-180.

Contrairement au contrôle de tutelle et au contrôle parlementaire des règlements qui ont l'un et l'autre un caractère au moins partiellement politique, et portent donc sur l'opportunité de la réglementation, le contrôle exercé par les tribunaux judiciaires porte exclusivement sur la légalité de l'exercice du pouvoir réglementaire. Il constitue en effet l'une des applications du principe de légalité (voir 1.24). La primauté du droit implique qu'un organe juridictionnel puisse être appelé à statuer sur la légalité de l'action gouvernementale.

Dans les systèmes dits d'unité de juridiction (voir 1.20), c'est aux tribunaux judiciaires supérieurs qu'il revient d'exercer en dernière analyse ce contrôle juridictionnel de légalité. Dans le cas notamment des actes réglementaires de l'administration publique, cette compétence de contrôle est même exercée en exclusivité par les tribunaux qualifiés de « cours supérieures », car elle est considérée comme inhérente à leur fonction de tribunal de droit commun. Cette exclusivité, qui connaît quelques atténuations en matière de réglementation locale, est notamment opposable aux organismes administratifs décentralisés exerçant des fonctions juridictionnelles (voir 6.8, 6.9 et 6.14) : tribunaux administratifs, organismes de régulation, certains organismes de gestion administrative et, dans certains contextes, organismes consultatifs (voir 6.6), et parfois aux commissions d'enquête (voir 5.27). Les autorités administratives exerçant de telles fonctions ne peuvent refuser d'appliquer un règlement en invoquant son illégalité, tant que cette illégalité n'a pas été constatée par une décision définitive des tribunaux de droit commun. Ils doivent présumer valides les textes réglementaires qu'ils sont chargés d'appliquer. Ils ne peuvent se prononcer sur leur légalité, exceptionnellement, que si le texte attaqué a pour objet de déterminer leur compétence pour entendre l'affaire.

Le contrôle de la légalité des règlements peut être mis en œuvre par divers recours prévus au Code de procédure civile ou à la *Loi sur les Cours fédérales*. Ces différents recours permettent d'appliquer aux actes réglementaires de l'administration soit certaines règles de légalité propres à cette catégorie d'actes (voir 7.26 à 7.33), soit les règles générales valables pour l'ensemble du pouvoir discrétionnaire de l'administration (voir le chapitre 4).

En raison de la présomption de validité dont jouissent les règlements, il incombe à la partie qui allègue la violation de l'une ou l'autre de ces règles d'en faire la preuve. Par ailleurs, s'il est possible de donner au texte réglementaire dont on allègue l'invalidité une interpré-

tation conforme à cet ensemble de règles, les termes du règlement seront compris à la lumière de cette interprétation, de manière à donner effet à la présomption de validité des règlements. Cette présomption incitera même un tribunal à distinguer si possible, parmi les dispositions d'un règlement, celles dont il constate l'invalidité et celles qu'il considère comme conformes au droit et qu'il maintiendra en vigueur pour peu qu'elles soient susceptibles d'application par elles-mêmes.

Code de procédure civile, L.R.Q., c. C-25, art. 33 (pouvoir général de surveillance et de réforme de la Cour supérieure, fondement de sa compétence pour entendre un recours direct en annulation d'un règlement) et 846 (recours en évocation).

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7 et modif., art. 18 (compétence de principe de la Cour fédérale en matière de *certiorari* et de jugement déclaratoire) et 28 (compétence d'exception de la Cour d'appel fédérale pour entendre une demande de contrôle judiciaire).

Séminaire de Chicoutimi c. P.G. Québec, [1973] R.C.S. 681 (compétence exclusive de la Cour supérieure pour déclarer l'illégalité d'un règlement).

Doiron c. Commission des affaires sociales, [1978] C.S. 1069 (incompétence d'un tribunal administratif pour statuer sur la légalité d'un règlement qu'il est appelé à appliquer).

Tremblay-Corriveau c. P.G. Québec, sub nom. Aide sociale - 39, [1980] C.A.S. 157 (C.S.) (Un tribunal administratif ne peut ni invalider, ni ignorer une disposition réglementaire qu'il doit appliquer.).

Thorne's Hardware c. R., [1983] 1 R.C.S. 106 (Le tribunal judiciaire saisi d'une contestation de la légalité d'un règlement du gouvernement ne peut s'enquérir du bien-fondé des motifs d'opportunité économique et politique ayant conduit à l'adoption du règlement.).

P.G. Québec c. Plantation de fruits Lévy, [1989] R.J.Q. 2910 (C.Q.) (Un règlement jugé inopérant en raison du dépassement de l'habilitation et de l'effet discriminatoire de ses dispositions ne peut être maintenu partiellement en vigueur lorsque cela le mettrait en contradiction avec des dispositions de la loi-mère.).

Jafari c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration, [1995] 2 C.F. 595 (C.A.F.) (Le contrôle judiciaire de la légalité d'un règlement ne porte pas sur la sagesse de ses dispositions, leur nécessité ou leur efficacité, mais essentiellement sur la question de savoir si le texte peut s'autoriser des pouvoirs conférés par la loi, et s'il est relié de quelque façon à l'objet de celle-ci.).

Fournier Pharma c. P.G. Canada, [1999] 1 C.F. 327 (S.P.I.) (validité d'un règlement dont on n'a démontré ni le caractère déraisonnable, injuste, inutile ou abusif, ni l'incompatibilité avec l'objet de la loi).

7.25 Le contrôle de constitutionnalité

GARANT, *Droit administratif*, 5^e éd., 2004, p. 305-307.

À la différence du contrôle de la légalité d'un règlement, le pouvoir de contrôler sa constitutionnalité a traditionnellement été plus largement diffusé. Dès avant l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982*, il était admis qu'un tribunal judiciaire inférieur ou un tribunal administratif puisse se prononcer sur la constitutionnalité d'un règlement qu'il était appelé à appliquer, à l'occasion et pour les seules fins d'une affaire dont il était saisi. Le pouvoir de déclarer formellement un règlement invalide, à l'égard de tous, était cependant réservé aux tribunaux judiciaires supérieurs. Cet état de choses a été reconduit, précisé et amplifié, par les dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1982*, notamment par l'article 52, qui fait de la Constitution la « loi suprême » du Canada ; toute règle de droit incompatible avec elle est dès lors inopérante. En ce qui concerne plus précisément la *Charte canadienne des droits et libertés*, son article 24 reconnaît à tout « tribunal compétent » le pouvoir d'entendre tout recours tendant à obtenir réparation d'une atteinte aux droits et libertés garantis par cette Charte. À la lumière de ces textes, la jurisprudence a affirmé que certains tribunaux administratifs, notamment, avaient non seulement le pouvoir, mais le devoir, d'examiner si on le leur demande à l'occasion d'une affaire dont ils sont saisis la constitutionnalité d'un texte réglementaire (ou même législatif). Il est cependant nécessaire, pour fonder la compétence du tribunal administratif (l'expression étant ici entendue dans un sens large : voir 6.8), que celui-ci soit expressément ou implicitement autorisé par la loi à statuer sur des questions de droit, par exemple sur l'interprétation de la loi qui l'habilite à agir.

La décision du tribunal administratif ainsi reconnu compétent pour statuer sur des arguments d'inconstitutionnalité d'un règlement demeure toutefois elle-même en principe susceptible d'un contrôle de légalité par un tribunal judiciaire supérieur – la Cour supérieure ou, le cas échéant, la Cour fédérale (voir 6.14). Par ailleurs, la décision du tribunal administratif, à la différence de celle du tribunal judiciaire supérieur, ne comporte pas une déclaration générale et définitive de l'inconstitutionnalité du texte réglementaire ; elle constate simplement que ce texte est inopérant en l'espèce.

John A. Emms (*Plaintiff*) *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen, represented by the
**Deputy Minister of Indian Affairs and
Northern Development and the Public Service
Commission** (*Defendants*) *Respondents*.

1979: February 26; 1979: October 2.

Present: Martland, Pigeon, Beetz, Estey and Pratte JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF
APPEAL

Crown — Public Service — Employee rejected during purported extension of probationary period — Regulation respecting extension of probationary period ultra vires — Rejection not legally justified — Declaratory remedy denied — Quantum of damages — Public Service Employment Act, R.S.C. 1970, c. P-32, s. 28 — Public Service Employment Regulations, SOR/67-129, ss. 30, 31.

The appellant was appointed a Field Officer in the Department of Indian Affairs and Northern Development and began his employment on April 1, 1970. Under the provisions of the *Public Service Employment Act*, R.S.C. 1970, c. P-32, and the *Public Service Employment Regulations*, the probationary period applicable to the appellant was twelve months and the notice period was one month. Although the appellant's superiors were not satisfied with his performance, no notice of an intention to reject the appellant was given during the 12-month period. Instead, on the basis of s. 30(2) of the Regulations, the deputy head purported to extend the probationary period for a further six months and the rejection of the appellant occurred during the extended period.

The trial judge found that the circumstances were such that the appellant knew or ought to have known that his probation had been extended for an additional period of six months. Notwithstanding this finding, the trial judge was of the opinion that because the respondent had not given the appellant written notice of the extension in accordance with s. 30(3) of the Regulations, the appellant was no longer a probationary employee after March 31, 1971. As a result, the Court declared that the purported rejection on probation by the respondent was a nullity and that the appellant's employment had not been terminated.

John A. Emms (*Demandeur*) *Appelant*;

et

Sa Majesté La Reine, représentée par le
**sous-ministre des Affaires indiennes et du
Nord canadien et la Commission de la
Fonction publique** (*Défenderesses*) *Intimées*.

1979: 26 février; 1979: 2 octobre.

Présents: Les juges Martland, Pigeon, Beetz, Estey et Pratte.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Couronne — Fonction publique — Employé renvoyé pendant la prétendue prolongation d'une période de stage — Le règlement concernant la prolongation de la période de stage est ultra vires — Le renvoi n'est pas légalement justifié — Le jugement déclaratoire est refusé — Montant des dommages-intérêts — Loi sur l'emploi dans la Fonction publique, S.R.C. 1970, chap. P-32, art. 28 — Règlement sur l'emploi dans la Fonction publique, DORS/67-129, art. 30 et 31.

L'appelant a été nommé inspecteur au ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien et est entré en fonction le 1^{er} avril 1970. En vertu des dispositions de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, chap. P-32, et du *Règlement sur l'emploi dans la Fonction publique*, la période de stage applicable à l'appelant était de douze mois et le délai de préavis était d'un mois. Bien que les supérieurs du demandeur étaient insatisfaits de la façon dont le demandeur s'acquittait de ses fonctions, l'appelant n'a reçu pendant la période de douze mois aucun avis le prévenant de l'intention de le renvoyer. Au contraire, en se basant sur le par. 30(2) du Règlement, le sous-chef a voulu prolonger la période de stage de six mois et c'est au cours de cette période de stage prolongée que l'appelant a été renvoyé.

Le juge de première instance a conclu que les circonstances étaient telles que l'appelant savait ou aurait dû savoir que son stage avait été prolongé pour une période additionnelle de six mois. Malgré cette conclusion, le juge de première instance était d'avis que puisque l'intimée n'avait pas donné à l'appelant l'avis de prolongation conformément au par. 30(3) du Règlement, l'appelant n'était plus un employé en stage après le 31 mars 1971. En conséquence, la Cour a déclaré que le prétendu renvoi pendant le stage par l'intimée était nul et qu'on n'avait pas mis fin à l'emploi de l'appelant.

After his employment with the Department of Indian Affairs and Northern Development was *de facto* terminated, the appellant promptly obtained employment with the Government of Saskatchewan, at first on a temporary basis, later on a permanent basis. The trial judge allowed damages only for the few days during which the appellant was unemployed.

The appellant appealed to the Federal Court of Appeal against the quantum of damages awarded by the trial judge. The Crown cross-appealed on the grounds that the trial judge had erred in law in holding that at the time of his rejection the appellant was not a probationary employee. The Court of Appeal did not disagree with the trial judge's findings, but it held that the failure to formally notify the appellant in writing of the extension of the probationary period did not invalidate the extension. It was accordingly held that he had been properly rejected within the extended probationary period. From this decision the appellant appealed to this Court.

Held: The appeal should be allowed.

Per Pigeon and Pratte JJ.: Subsequent to the judgment of the Federal Court of Appeal in this case, judgment was rendered by the Trial Division, October 25, 1977 ([1978] 1 F.C. 672), affirmed in the Federal Court of Appeal, June 14, 1978 (21 N.R. 247), in *Ouimet v. The Queen*. This judgment declared that s. 30(2) of the *Public Service Employment Regulations* is *ultra vires*.

At the hearing in the instant case, counsel for the respondent informed the Court that no appeal had been taken from the *Ouimet* judgment but invited the Court to overrule it. The Crown was thus faced with a formal declaration made by the Court below of the invalidity of the very provision of the *Public Service Employment Regulations* on which its appeal in this case depends. This declaration was made in another case and it is allowed to stand in favour of another claimant but the Court is asked to decide otherwise as against the appellant herein. This raised the question as to whether it should be possible for an administrative agency to allow a declaration of invalidity to stand in a given case while ignoring it towards other parties, on the chance that in another case it might succeed in having it overruled by a higher court, if not by a different judge.

However, it was unnecessary to express an opinion on this question because, assuming the respondent was entitled to ask that the judgment in *Ouimet* be overruled, there was no reason to do so. No argument was submitted to support the validity of s. 30(2) of the

Après la cessation *de facto* de son emploi au ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, l'appelant a promptement obtenu un emploi au gouvernement de la Saskatchewan, d'abord sur une base temporaire et ensuite sur une base permanente. Le juge de première instance n'a accordé des dommages-intérêts que pour les quelques jours durant lesquels l'appelant avait été sans emploi.

L'appelant a interjeté appel devant la Cour d'appel fédérale du montant des dommages-intérêts accordé par le juge de première instance. Sa Majesté a logé un appel incident sur le moyen que le juge de première instance avait commis une erreur de droit en jugeant qu'au moment de son renvoi l'appelant n'était pas un employé en stage. La Cour d'appel n'a pas rejeté les conclusions du juge de première instance sur les faits mais elle a statué que l'omission d'aviser formellement l'appelant par écrit de la prolongation de stage n'invalide pas la prolongation. Elle a donc conclu qu'il avait été valablement renvoyé pendant son stage. L'appelant a interjeté un pourvoi à l'encontre de cet arrêt devant cette Cour.

Arrêt: Le pourvoi doit être accueilli.

Les juges Pigeon et Pratte: Le 25 octobre 1977, soit après l'arrêt de la Cour d'appel dans la présente affaire, la Division de première instance a rendu dans *Ouimet c. La Reine* ([1978] 1 C.F. 672), un jugement qui a été confirmé par la Cour d'appel le 14 juin 1978 (21 N.R. 247; 1979 1 C.F. 55). Ce jugement déclare que le par. 30(2) du *Règlement sur l'emploi dans la Fonction publique* est *ultra vires*.

A l'audition de la présente affaire, l'avocat de l'intimée a informé la Cour que l'arrêt *Ouimet* n'avait pas été porté en appel mais il lui a demandé de juger le contraire. Sa Majesté est donc en face d'une déclaration formelle de la Cour d'instance inférieure qui prononce l'invalidité de la disposition même sur laquelle elle se fonde en l'espèce. Cette déclaration a été faite dans une autre affaire et elle la laisse subsister en faveur d'un autre demandeur; elle demande cependant à la Cour de rendre une décision différente envers l'appelant en l'espèce. Cela pose la question de savoir si on peut permettre à un organisme administratif de laisser subsister une déclaration d'invalidité dans une affaire donnée et de n'en pas tenir compte envers les tiers pour le cas où, dans une autre affaire, elle pourrait réussir à faire décider le contraire par un tribunal d'instance inférieur, sinon par un autre juge.

Cependant, il n'est pas nécessaire de se prononcer sur cette question difficile parce que, en tenant pour acquis que l'intimée a le droit de demander une décision contraire à l'arrêt *Ouimet*, il n'y a aucune raison de le faire. On n'a présenté à l'appui de la validité du par. 30(2) du

Regulations which had not been considered and dealt with by the trial judge and the Federal Court of Appeal and no error was shown in the decisions rendered thereupon.

As the provision in the Regulations for an extension of the probationary period, s. 30(2), was ineffective, it followed that the appellant was never properly dismissed because the notice given to him purported to be a rejection during probation. The submission made on the appeal to the Court of Appeal that even if it was so, the rejection should be considered as a dismissal effectively terminating the plaintiff's employment could not be accepted. As held in *Ouimet*, at least for the purpose of the statutes that govern the Public Service an ineffective attempt to reject under s. 28 of the *Public Service Employment Act* is not the equivalent of a dismissal.

Another point not considered by the Federal Court of Appeal in the present case but also dealt with in *Ouimet* is the propriety of a declaration, not only that the termination of employment was ineffective, but also that the plaintiff continues to be an employee of Her Majesty. The circumstances in the present case did not justify the making of a declaration of continued employment and the proper remedy was in damages.

Accordingly, the appeal should be allowed, the judgment of the Federal Court of Appeal should be set aside and the judgment at trial restored but varied by deleting from the declaration therein the words "and that the plaintiff still continues to be an employee of Her Majesty", and by increasing the damages to \$6,899.40 (*i.e.*, the difference in salary and benefits which the appellant would have received had he been allowed to continue his employment with the Department).

Per Martland, Beetz and Estey JJ.: The extension of the probationary period by the deputy head was based upon s. 30(2) of the Regulations. If the deputy head did not have power to extend the probationary period, then the rejection of the appellant occurred after his probationary period had expired and could not legally be justified. As held by the Federal Court of Appeal in the case of *Ouimet v. The Queen*, *supra*, s. 30(2) of the Regulations was *ultra vires* of the Commission to enact. It followed, therefore, that the appeal should be allowed.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal¹, reversing the judgment of the Trial

¹ (1977), 17 N.R. 14, [1978] 2 F.C. 174.

Règlement sur l'emploi dans la Fonction publique aucun argument qui n'y ait été étudié par le juge de première instance et la Cour d'appel fédérale et on ne fait voir aucune erreur dans les jugements rendus à cet égard.

Puisque le par. 30(2) du Règlement visant la prolongation de la période de stage est sans effet, il s'ensuit que l'appelant n'a jamais été valablement congédié parce que l'avis qu'on lui a donné visait un renvoi durant son stage. La prétention, présentée en appel devant la Cour d'appel fédérale, que ce renvoi devait néanmoins être considéré comme un congédiement ayant effectivement mis fin à l'emploi du demandeur ne pouvait être acceptée. Comme on l'a conclu dans *Ouimet*, tout au moins dans le contexte des lois régissant la Fonction publique, la vaine tentative de renvoi fondée sur l'art. 28 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* ne peut être assimilée à une révocation.

En outre, dans l'affaire *Ouimet* la Cour d'appel fédérale s'est également prononcée sur une question qu'elle n'a pas étudiée en l'espèce; il s'agit de l'opportunité de déclarer non seulement que le renvoi est invalide, mais également que le demandeur continue d'être un employé de Sa Majesté. Les circonstances de l'espèce ne justifient pas une déclaration que l'emploi n'a pas été interrompu et les dommages-intérêts constituent le redressement approprié.

Par conséquent, il faut accueillir le pourvoi, infirmer l'arrêt de la Cour d'appel fédérale et rétablir le jugement de première instance, mais modifier ce dernier jugement en retranchant de la déclaration y contenue les mots «et que le demandeur demeure un employé de Sa Majesté» et en augmentant à \$6,899.40 la somme que le demandeur a droit de recouvrer (*c.-à-d.* la différence de salaire et de bénéfices auxquels l'appelant aurait eu droit s'il avait pu conserver son emploi auprès du Ministère).

Les juges Martland, Beetz et Estey: Le sous-chef s'est fondé sur le par. 30(2) du Règlement pour prolonger la période de stage. Si le sous-chef n'avait pas le pouvoir de prolonger la période de stage, il s'ensuit que le renvoi de l'appelant a été effectué après l'expiration de sa période de stage et qu'il est illégal. Comme l'a jugé la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Ouimet c. la Reine*, précité, la Commission n'avait pas le pouvoir d'établir le par. 30(2) du Règlement. En conséquence, le pourvoi doit être accueilli.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel fédérale¹, infirmant le jugement de la

¹ (1977), 17 N.R. 14, [1978] 2 C.F. 174.

Division which had granted the appellant declaratory relief and damages. Appeal allowed and judgment at trial restored but varied.

Maurice W. Wright, Q.C., and James L. Shields, for the plaintiff, appellant.

J. A. Scollin, Q.C., and Pierre Barnard, for the defendants, respondents.

The judgment of Martland, Beetz and Estey JJ. was delivered by

MARTLAND J.—The facts which gave rise to this case have been fully stated in the reasons of my brother Pigeon who has also cited the relevant statutory provisions, namely, subss. (1) to (4) inclusive of s. 28 of the *Public Service Employment Act*, R.S.C. 1970, c. P-32, and ss. 30 and 31 of the *Public Service Employment Regulations* enacted by the Public Service Commission pursuant to that Act.

Briefly stated, s. 28 of the statute provides for the position of employees on probation. The period of probation is to be established by the Commission. The deputy head may reduce or waive the probationary period if an appointment is made from within the Public Service. The deputy head may at any time during the probationary period, upon giving required notices to the employee and the Commission of his intention to reject the employee, set in motion the procedure which results in his ceasing to be an employee.

The Regulations establish the probationary periods for defined groups or classes of employees. The probationary period applicable to the appellant was twelve months. No notice of an intention to reject the appellant was given during that period. Instead, the deputy head purported to extend the probationary period for a further six months and the rejection of the appellant occurred during the extended period.

The extension of the probationary period by the deputy head was based upon subs. 30(2) of the

Division de première instance qui avait accordé à l'appelant un jugement déclaratoire et des dommages-intérêts. Le pourvoi est accueilli et le jugement de première instance est rétabli mais modifié.

Maurice W. Wright, c.r., et James L. Shields, pour le demandeur, appellant.

J. A. Scollin, c.r., et Pierre Barnard, pour les défenderesses, intimées.

Le jugement des juges Martland, Beetz et Estey a été rendu par

LE JUGE MARTLAND—Les faits à l'origine de ce pourvoi sont exposés aux motifs de mon collègue le juge Pigeon; on y trouve également les dispositions législatives pertinentes, savoir les par. (1) à (4) inclusivement de l'art. 28 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, chap. P-32, et les art. 30 et 31 du *Règlement sur l'emploi dans la Fonction publique* établi par la Commission de la Fonction publique en vertu de cette loi.

En bref, l'art. 28 de la Loi vise le cas des employés en stage. C'est la Commission qui fixe la période de stage. Si la personne nommée fait déjà partie de la Fonction publique, le sous-chef peut réduire le stage ou en dispenser l'employé. A tout moment au cours du stage, le sous-chef peut, après avoir dûment avisé l'employé et la Commission de son intention de le renvoyer, engager la procédure au terme de laquelle celui-ci cessera d'être un employé.

Le Règlement fixe les périodes de stage applicables aux employés faisant partie d'une classe ou d'un groupe particuliers. La période de stage applicable à l'appelant était de douze mois. Durant cette période, l'appelant n'a reçu aucun avis le prévenant de l'intention de le renvoyer. Au contraire, le sous-chef a voulu prolonger la période de stage de six mois et c'est au cours de cette période de stage prolongée que l'appelant a été renvoyé.

Le sous-chef s'est fondé sur le par. 30(2) du Règlement pour prolonger la période de stage. Les

Regulations. Subsections (1) and (2) of s. 30 of the Regulations provide as follows:

30. (1) The probationary period referred to in subsection (1) of section 28 of the Act for an employee who comes within a class or group mentioned in Column I of Schedule A is the period set out opposite that class or group in Column II of the said Schedule.

(2) The deputy head may extend the probationary period of an employee but the period of extension shall not exceed the period for that employee determined pursuant to subsection (1).

If the deputy head did not have power to extend the probationary period, then the rejection of the appellant occurred after his probationary period had expired and could not legally be justified. The respondent's case, therefore, depends upon the validity of subs. 30(2) of the Regulations.

Subsequent to the judgment of the Federal Court of Appeal in the present case, that Court, in the case of *Ouimet v. The Queen*², confirmed the judgment in the Trial Division that subs. 30(2) of the Regulations was *ultra vires* of the Commission to enact. I agree with the reasons delivered by Jackett C.J., for the Court, for reaching that conclusion.

I am therefore of the opinion that this appeal should succeed. I agree with the disposition of the appeal proposed by my brother Pigeon.

The judgment of Pigeon and Pratte J.J. was delivered by

PIGEON J.—This is an appeal by leave of this Court from the judgment of the Federal Court of Appeal dated July 15, 1977 (17 N.R. 14; [1978] 2 F.C. 174) reversing the judgment of the Trial Division ([1977] 1 F.C. 101) which had granted declaratory relief and damages in the amount of \$219.76.

Emms was appointed a Field Officer in the Department of Indian Affairs and Northern Development. He began his employment on April 1, 1970. He was stationed at Stony Rapids, Saskatchewan. His immediate superior was one C.E.

² (1978), 21 N.R. 247, [1979] 1 C.F. 55.

paragraphe (1) et (2) de l'art. 30 du Règlement disposent:

30. (1) La période de stage mentionnée au paragraphe (1) de l'article 28 de la Loi pour un employé qui fait partie d'une classe ou d'un groupe mentionnés à la colonne I de l'Annexe A est la période indiquée en regard de cette classe ou de ce groupe dans la colonne II de ladite Annexe.

(2) Le sous-chef peut prolonger la période de stage d'un employé mais la période de prolongation ne doit pas dépasser la période déterminée pour cet employé en conformité du paragraphe (1).

Si le sous-chef n'avait pas le pouvoir de prolonger la période de stage, il s'ensuit que le renvoi de l'appelant a été effectué après l'expiration de sa période de stage et qu'il est illégal. La solution de ce pourvoi dépend donc de la validité du par. 30(2) du Règlement.

Après avoir rendu jugement en l'espèce, la Cour d'appel fédérale a, dans l'arrêt *Ouimet c. La Reine*², confirmé le jugement de la Division de première instance selon lequel la Commission n'avait pas le pouvoir d'établir le par. 30(2) du Règlement. Je souscris aux motifs de jugement rédigés par le juge en chef Jackett au nom de la Cour d'appel.

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le présent pourvoi. Je souscris au dispositif proposé par mon collègue le juge Pigeon.

Le jugement des juges Pigeon et Pratte a été rend par

LE JUGE PIGEON—Ce pourvoi, interjeté sur autorisation de cette Cour, attaque un arrêt de la Cour d'appel fédérale en date du 15 juillet 1977 (17 N.R. 14; [1978] 2 C.F. 174) qui infirme la décision de la Division de première instance ([1977] 1 C.F. 101) qui a prononcé un jugement déclaratoire et accordé \$219.76 à titre de dommages-intérêts.

Emms a été nommé inspecteur au ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien et est entré en fonction le 1^{er} avril 1970. Il était de service à Stony Rapids (Saskatchewan). Son supérieur immédiat était un nommé C. E. McKee, surveil-

² (1978), 21 N.R. 247, [1979] 1 C.F. 55.

McKee, District Supervisor at Prince Albert. On February 26, 1971, the latter wrote asking Emms to attend at the Prince Albert office for reviewing his Employee Evaluation Report that was required to be submitted before the end of the probationary period. In this Report there was this recommendation:

—Recommend that Mr. Emms be placed on a further six months probation to attempt to resolve his communication problem. It is also recommended that Mr. Emms be considered for transfer to another area and given opportunity to work in the development field.

The trial judge referred in his reasons to the meeting that Emms had with McKee and F. A. Clark, Regional Director, in Regina, on March 26, 1971, to discuss the Report, and said (at p. 106):

... The plaintiff testified that he left the meeting under the impression that the difficulties were resolved. The manner in which those difficulties were resolved was not disclosed with certainty or exactitude but the impression sought to be conveyed by the plaintiff in his testimony was to the effect that the extended probationary period of 6 months within which he was to satisfy his superiors of his ability to satisfactorily discharge his duties was waived. I have grave doubt if that impression was justified.

By letter dated July 8, 1971, (Exhibit P-4), which is beyond the initial probationary period but within the further six-month period, C.E. McKee again referred to the manner in which the plaintiff performed his duties and as were discussed at the meeting between them on March 26, 1971, and concluded by stating:

In the circumstance, I intend to recommend to the Regional Director your rejection on probation; however, before doing so, I invite your explanation for difficulties which have developed and your inability to perform satisfactorily.

The plaintiff replied by letter dated July 19, 1971, (Exhibit P-5), and explained the difficulties which he had encountered. He concluded his reply by requesting to be advised of the steps to be taken to review, through the staff union, his federal government service that is covered by pension. The tenor of that letter, after pointing out that he had exceptional ability to communicate with Indian people, is a tacit acceptance of his inevitable dismissal and in this letter the plaintiff does not dispute

lant de district à Prince Albert. Le 26 février 1971, celui-ci a demandé par écrit à Emms de se rendre au bureau de Prince Albert afin de discuter de l'appréciation de son rendement, appréciation qui devait être soumise avant la fin de son stage. Cette appréciation concluait:

[TRADUCTION] Je recommande une prolongation de six mois du stage de M. Emms pour lui permettre de résoudre son problème de communication. Je recommande en outre d'étudier la possibilité d'une mutation de M. Emms et la possibilité de le faire travailler dans le domaine du développement.

Après avoir fait état de la réunion qu'ont eue Emms, McKee et F. A. Clark, directeur régional, le 26 mars 1971, à Regina, afin de discuter de l'appréciation, le juge de première instance a dit (à la p. 106):

... Le demandeur affirme être sorti de la réunion avec l'impression que les problèmes étaient réglés. Il n'a pu décrire exactement ou fidèlement la façon dont ses problèmes ont été résolus mais, dans son témoignage, il s'est efforcé de nous expliquer qu'il avait l'impression qu'on avait abandonné l'idée d'une prolongation de six mois de la période de stage pendant laquelle il devait démontrer à ses supérieurs son aptitude à s'acquitter de ses fonctions de façon satisfaisante. Je doute sérieusement que son impression ait été justifiée.

Par lettre datée du 8 juillet 1971 (pièce P-4), c'est-à-dire après la période initiale de stage mais au cours de la prolongation de six mois, C. E. McKee évoquait de nouveau la façon dont le demandeur accomplissait son travail ainsi que les sujets abordés à la réunion du 26 mars 1971 et concluait:

[TRADUCTION] Étant donné les circonstances, je me propose de recommander au directeur régional votre renvoi pendant le stage; avant de ce faire je vous prie cependant de me communiquer vos explications quant aux difficultés rencontrées et à votre incapacité à accomplir votre travail de façon satisfaisante.

Dans sa réponse datée du 19 juillet 1971 (pièce P-5), le demandeur expliquait ses difficultés et à la fin de la lettre, il demandait qu'on lui indique la marche à suivre pour déterminer, par l'intermédiaire du syndicat du personnel, quelle partie de son service au sein du gouvernement fédéral ouvre droit à pension. Dans cette lettre, le demandeur (qui tient à souligner son aptitude exceptionnelle à communiquer avec les Indiens) accepte de façon tacite son renvoi inévitable et ne conteste pas non

the statement in Mr. McKee's letter of July 8, that he was "on probation" at that time.

Because of the view I have reached it is not necessary for me to come to a conclusion that the plaintiff was advised orally that his probation had been extended for a period of six months from March 31, 1971, until September 30, 1971, but if it were incumbent upon me to do so I would find that the plaintiff knew or ought to have known by the oral communications to him and written statements that was the fact.

I would also quote this passage from pp. 108-9:

There does not seem to me to have been any doubt that the plaintiff's superiors were not satisfied with the plaintiff's performance of his duties during his initial 12-month probationary period and that his rejection on probation was seriously considered during that period. Naturally the plaintiff both disputed and sought to explain the reservations entertained by his superiors as to his capacity and competence. It is equally clear that the solution to the difficulties encountered was to extend the plaintiff's probationary period for a further six months.

The recommendation to that effect was contained in the Evaluation Report concerning the plaintiff dated March 25, 1971. That report was signed by the plaintiff on March 26, 1971, and was the subject matter of discussion between the plaintiff and his superiors. The plaintiff's version of that discussion appears to have been that the difficulties were resolved, but unfortunately they were not, and there does not appear to have been a sound foundation for the plaintiff's assumption to the contrary. There is no doubt in my mind that the plaintiff knew full well on March 26, 1971, it was intended that his probationary period was to be extended for an additional period of six months. However, there is equally no doubt in my mind that the plaintiff was not so advised in writing forthwith by the deputy head or a responsible officer of the Department to whom that authority was delegated by the deputy head that his probationary period had been extended by six months.

Emms was never formally informed in writing of the action taken on this recommendation, which action was within the jurisdiction of F. A. Clark, the Regional Director, who held delegated authority from the Deputy Minister.

plus l'affirmation de McKee dans la lettre datée du 8 juillet selon laquelle le demandeur était «stagiaire» à ce moment-là.

Étant donné l'opinion que je me suis faite, il ne m'est pas nécessaire de conclure que le demandeur a été avisé verbalement de la prolongation de son stage de six mois, du 31 mars 1971 au 30 septembre 1971; si je devais le faire, je déciderais que compte tenu des diverses communications orales et écrites, le demandeur le savait ou aurait dû le savoir.

Je cite également cet extrait des pages 108 et 109:

Il me semble certain que les supérieurs du demandeur étaient insatisfaits de la façon dont le demandeur s'acquittait de ses fonctions pendant sa période de stage initiale de 12 mois et envisageaient sérieusement de le renvoyer. Évidemment, le demandeur s'est défendu et a tenté de dissiper les doutes qu'avaient ses supérieurs sur ses capacités et sa compétence. Il est également certain que la meilleure solution à ces difficultés était de prolonger la période de stage de six mois.

Une recommandation à cet effet avait été faite dans l'appréciation du demandeur, en date du 25 mars 1971. Cette appréciation, que le demandeur a signée le 26 mars 1971 a fait l'objet de discussions entre le demandeur et ses supérieurs. Le demandeur semble avoir eu l'impression que les discussions avaient aplani toutes les difficultés (ce qui malheureusement n'était pas le cas), sans disposer cependant de motifs sérieux à l'appui de sa conclusion. Je suis persuadé que le demandeur savait très bien le 26 mars 1971 qu'on avait décidé de prolonger son stage de six mois. Toutefois, je suis également convaincu que le demandeur n'en a pas été immédiatement informé par écrit par le sous-chef ou par un agent du ministère avec l'autorisation du sous-chef.

Emms n'a jamais été formellement avisé par écrit de la décision prise en conformité de cette recommandation, décision que le directeur régional, F. A. Clark, investi de pouvoirs délégués par le sous-ministre, était autorisé à prendre.

What happened subsequently is thus stated by Ryan J.A. (at pp. 20-21):

An Employee Evaluation Report, the purpose of which was indicated as being a probation review, was prepared under date of August 18, 1971, and signed on August 19, 1971. Under the heading "Recommendations" was the entry: "Rejected on probation effective September 24, 1971." Mr. Emms signed the Report, but indicated in writing, on the Report, that he contested the decision "... on the grounds stated."

By letter dated August 18, 1971, Mr. McKee informed Mr. Emms that he was rejected for further service in the Department of Indian Affairs and Northern Development effective September 24, 1971.

Mr. Emms then submitted a grievance in which he protested "... the Employee Evaluation Report dated August 19, 1971 as an unfair, incomplete and basically untrue document." He stated:

I request an impartial investigation of the matter with a view to having the situation corrected and the true reasons for my dismissal stated. I also request a review of my previous valid pension service time with Indian Affairs and an explanation of how so many supervisors granted salary increments and promotions if the above mentioned report is true. I do not contest the dismissal. I do contest the evaluation.

His reference to previous pension service and promotions appears to relate to a period he had served in the Public Service some time before his appointment in April 1970.

His grievance did not succeed.

Shortly after his rejection, which was effective September 24, 1971, Mr. Emms obtained employment with a department of the Saskatchewan government until November 15, 1971. He obtained employment with another Saskatchewan government department on a temporary basis from November 15, 1971 to January 31, 1973. He secured further employment in the Saskatchewan government service in February 1973, first as a temporary, and then as a permanent employee.

As previously stated Emms was successful at trial. Notwithstanding the above-quoted finding that he knew or ought to have known that his probation had been extended until November 30, 1971, the trial judge said (at pp. 109-110):

... What is contemplated by the Regulations is a clear and unequivocal notice in writing specifically directed to

Voici en quels termes le juge Ryan de la Cour d'appel a résumé les événements qui ont suivi (aux pp. 178 et 179):

Une appréciation, qui se voulait une appréciation de stage, a été préparée en date du 18 août 1971 et signée le 19 août 1971. Sous le titre «Recommandation» apparaissait la note: [TRADUCTION] «Renvoyé en cours de stage à compter du 24 septembre 1971.» M. Emms a signé le rapport, mais a noté par écrit sur le rapport qu'il contestait la décision [TRADUCTION] «... pour les raisons invoquées.»

Par lettre en date du 18 août 1971, M. McKee informait M. Emms qu'il était renvoyé du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien à compter du 24 septembre 1971.

M. Emms a ensuite présenté un grief dans lequel il qualifiait [TRADUCTION] «... l'appréciation du 19 août 1971 de document injuste, incomplet et fallacieux». Il déclare:

[TRADUCTION] Je demande qu'on entreprenne une enquête impartiale sur la question pour remédier à la situation et révéler les motifs réels de mon renvoi. Je demande aussi la révision du calcul de la période de mon emploi au service des Affaires indiennes aux fins de la pension; je demande également qu'on m'explique comment tant de surveillants ont pu m'accorder des augmentations de salaire et des promotions si le rapport précité est exact. Si je ne conteste pas le renvoi, je conteste l'appréciation.

Sa mention d'un emploi antérieur donnant droit à pension et aux promotions semble se rapporter à une période qu'il avait passée dans la Fonction publique quelque temps avant sa nomination en avril 1970.

Son grief a été infructueux.

Peu après son renvoi, qui entrainait en vigueur le 24 septembre 1971, M. Emms a obtenu un emploi dans un ministère du gouvernement de la Saskatchewan jusqu'au 15 novembre 1971. Il a obtenu un emploi temporaire dans un autre ministère du gouvernement de la Saskatchewan du 15 novembre 1971 au 31 janvier 1973. Il a occupé d'autres emplois pour le gouvernement de la Saskatchewan en février 1973 tout d'abord à titre d'employé temporaire et ensuite à titre d'employé permanent.

Le juge de première instance a donné gain de cause à Emms malgré sa conclusion que ce dernier savait ou aurait dû savoir que son stage était prolongé de six mois; il dit (aux pp. 109 et 110):

... Il est question dans le Règlement d'un avis écrit, clair et sans ambiguïté, adressé expressément au deman-

the plaintiff stating that his probationary period has been extended for the appropriate time also to be stated. It is obligatory on the deputy head or his designated representative to do this and if that officer is not aware of his responsibility in this respect it is incumbent upon him to find out before embarking upon an action which may have detrimental consequences to the employee.

This was not done. Accordingly, in my opinion, the purported extension of the plaintiff's probationary period was a nullity.

Then having held that the defence predicated upon laches must fail, he granted declarations in the following terms (at p. 115):

- (1) that Her Majesty has no authority to terminate the employment of the plaintiff under the authority of section 28(3) of the *Public Service Employment Act*; and
- (2) that the termination of the plaintiff's employment by Her Majesty is null and void and of no effect whatsoever and that the plaintiff still continues to be an employee of Her Majesty.

Concerning damages, the conclusion was (at p. 116):

Immediately upon his abortive dismissal on September 24, 1971, the plaintiff forthwith sought and obtained employment under contract with the Department of Co-operation and Co-operative Development of the Government of Saskatchewan. Exhibit P-12 indicates that he began that engagement on October 1, 1971, that is a period of seven days before he accepted other employment (for which the plaintiff is to be commended), but by the acceptance of which he precluded himself from performing the duties of the office from which he was not effectively dismissed. I note that in Exhibit P-13 that the plaintiff computed his salary to be \$35.68 on a daily basis, which for 7 days totals \$219.76. (sic)

The Court of Appeal did not disagree with the trial judge's findings, but it held that the failure to formally notify Emms in writing of the extension of the probationary period did not invalidate the extension. It was accordingly held that he had been properly rejected within the extended probationary period.

The relevant part of s. 28 of the *Public Service Employment Act*, R.S.C. 1970, c. P-32, is as follows:

28. (1) An employee shall be considered to be on probation from the date of his appointment until the end

deur, l'informant que son stage est prolongé pour une période déterminée qui doit être précisée. Ce devoir incombe au sous-chef ou à son représentant désigné et si ce préposé n'est pas conscient de sa responsabilité à cet égard, il doit se renseigner avant d'entreprendre une action qui peut avoir des conséquences fâcheuses pour l'employé.

Comme on ne l'a pas fait, je suis d'avis que la prétendue prolongation de la période de stage du demandeur est nulle.

Puis, ayant rejeté le moyen de défense fondé sur le retard immotivé, il a accordé les déclarations suivantes (à la p. 115):

- (1) que Sa Majesté n'a pas le droit de mettre fin à l'emploi du demandeur en vertu de l'article 28(3) de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*; et
- (2) que le renvoi du demandeur par Sa Majesté est nul et sans effet et que le demandeur demeure un employé de Sa Majesté.

En ce qui concerne les dommages-intérêts, il conclut (à la p. 116):

Immédiatement après son renvoi manqué du 24 septembre 1971, le demandeur a obtenu un emploi sous contrat avec un ministère du gouvernement de la Saskatchewan (Department of Co-Operation and Co-Operative Development). La pièce P-12 révèle qu'il a commencé à travailler le 1^{er} octobre 1971; une période de sept jours s'est donc écoulée avant qu'il n'accepte un autre emploi (j'en félicite le demandeur), mais ce faisant, il lui devenait impossible de s'acquitter des fonctions du poste bien qu'il n'ait pas été valablement renvoyé. Je remarque, à la pièce P-13, que le demandeur a évalué son salaire à \$35.69 par jour, soit \$219.76 pour 7 jours.

La Cour d'appel n'a pas rejeté les conclusions du juge de première instance sur les faits mais elle a statué que l'omission d'aviser formellement Emms par écrit de la prolongation de stage n'invalide pas la prolongation. Elle a donc conclu qu'il avait été valablement renvoyé pendant son stage.

Voici l'extrait pertinent de l'art. 28 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, chap. P-32:

28. (1) Un employé est considéré comme stagiaire depuis la date de sa nomination jusqu'au terme de la

of such period as the Commission may establish for any employee or class of employees.

(2) Where an appointment is made from within the Public Service, the deputy head may, if he considers it appropriate in any case, reduce or waive the probationary period.

(3) The deputy head may, at any time during the probationary period, give notice to the employee and to the Commission that he intends to reject the employee for cause at the end of such notice period as the Commission may establish for any employee or class of employees and, unless the Commission appoints the employee to another position in the Public Service before the end of the notice period applicable in the case of the employee, he ceases to be an employee at the end of that period.

(4) Where a deputy head gives notice that he intends to reject an employee for cause pursuant to subsection (3) he shall furnish to the Commission his reasons therefor.

Sections 30 and 31 of the *Public Service Employment Regulations* provide:

30. (1) The probationary period referred to in subsection (1) of section 28 of the Act for an employee who comes within a class or group mentioned in Column I of Schedule A is the period set out opposite that class or group in Column II of the said Schedule.

(2) The deputy head may extend the probationary period of an employee but the period of extension shall not exceed the period for that employee determined pursuant to subsection (1).

(3) Where the probationary period of an employee is extended, the deputy head shall forthwith advise the employee and the Commission thereof in writing.

31. The notice period referred to in subsection (3) of section 28 of the Act applicable in the case of an employee who comes within a class or group mentioned in Column I of Schedule A is the period set out opposite that class or group in Column III of the Schedule, calculated from the day on which the deputy head gives the notice to the employee.

It is common ground that Emms came within group 3 in Column I of Schedule A and accordingly the probationary period specified in Column II was twelve months and the notice period in Column III was one month.

période que la Commission peut fixer pour tout employé ou classe d'employés.

(2) Si la personne nommée fait déjà partie de la Fonction publique, le sous-chef peut, s'il le juge opportun, dans un cas quelconque, réduire le stage ou en dispenser l'employé.

(3) A tout moment au cours du stage, le sous-chef peut prévenir l'employé qu'il se propose de le renvoyer, et donner à la Commission un avis de ce renvoi projeté, pour un motif déterminé, au terme du délai de préavis que la Commission peut fixer pour tout employé ou classe d'employés. A moins que la Commission ne nomme l'employé à un autre poste dans la Fonction publique avant le terme du délai de préavis qui s'applique dans le cas de cet employé, celui-ci cesse d'être un employé au terme de cette période.

(4) Lorsqu'un sous-chef prévient qu'il se propose de renvoyer un employé pour un motif déterminé, conformément au paragraphe (3), il doit fournir à la Commission les raisons de son intention.

Les articles 30 et 31 du *Règlement sur l'emploi dans la Fonction publique* disposent:

30. (1) La période de stage mentionnée au paragraphe (1) de l'article 28 de la Loi pour un employé qui fait partie d'une classe ou d'un groupe mentionnés à la colonne I de l'Annexe A est la période indiquée en regard de cette classe ou de ce groupe dans la colonne II de ladite Annexe.

(2) Le sous-chef peut prolonger la période de stage d'un employé mais la période de prolongation ne doit pas dépasser la période déterminée pour cet employé en conformité du paragraphe (1).

(3) Lorsque la période de stage d'un employé est prolongée, le sous-chef doit immédiatement en aviser par écrit l'employé et la Commission.

31. Le délai de préavis mentionné au paragraphe (3) de l'article 28 de la Loi, applicable dans le cas d'un employé qui fait partie d'une classe ou d'un groupe mentionnés à la colonne I de l'Annexe A, est le délai indiqué en regard de cette classe ou de ce groupe dans la colonne III de ladite Annexe, calculé à compter du jour où le sous-chef donne le préavis à l'employé.

Il est établi qu'Emms faisait partie du troisième groupe mentionné dans la colonne I de l'Annexe A et, en conséquence, que la période de stage spécifiée dans la colonne II était de douze mois et que le délai de préavis prévu dans la colonne III était d'un mois.

Subsequent to the judgment of the Federal Court of Appeal in this case, judgment was rendered by the Trial Division October 25, 1977, affirmed in the Federal Court of Appeal June 14, 1978 in *Ouimet v. The Queen*³. The operative part of this judgment reads (at p. 250):

IT IS DECLARED THAT:

- (a) Section 30(2) of the *Public Service Employment Regulations* is *ultra vires*; . . .

At the hearing in the instant case, counsel for the respondent informed the Court that no appeal had been taken from the *Ouimet* judgment but invited us to overrule it. When asked why leave to appeal had not been sought, he could only say that he did not know but he did not apply for leave or for an extension of time in which to apply.

I must confess being troubled by this situation. The Crown is faced with a formal declaration made by the Court below of the invalidity of the very provision of the *Public Service Employment Regulations* on which its appeal in this case depends. This declaration was made in another case and it is allowed to stand in favour of another claimant but the Court is asked to decide otherwise as against the appellant herein.

In *Corporation du Village de Deschênes v. Loveys*⁴ the headnote reads:

A judgment rendered upon an action brought by a ratepayer of a municipality in which it was alleged that a resolution adopted by a municipal council was illegal, constitutes *res judicata* as to all other ratepayers of that municipality; and such judgment can be invoked as such in a subsequent action where the legality of the same resolution is challenged. Municipal corporations represent before the courts all the ratepayers, and a judgment rendered in favour of the corporation or against it in an action brought by a ratepayer can be opposed to any other ratepayer. *Stevenson v. La cité de Montréal* (Q.R. 6 Q.B. 107; 27 Can. S.C.R. 593) app.

Similarly in *Dilworth et al. v. Town of Bala et al.*⁵, Rand J. speaking for a majority said (at p. 289):

³ [1978] 1 F.C. 672, aff'd 21 N.R. 247, [1979] 1 F.C. 55.

⁴ [1936] S.C.R. 351.

⁵ [1955] S.C.R. 284.

Le 25 octobre 1977, soit après l'arrêt de la Cour d'appel dans la présente affaire, la Division de première instance a rendu dans *Ouimet c. La Reine*³, un jugement qui a été confirmé par la Cour d'appel le 14 juin 1978. Le dispositif de ce jugement se lit comme suit (à la p. 58):

IL EST DÉCLARÉ QUE:

- a) l'article 30(2) du *Règlement sur l'emploi dans la Fonction publique* est *ultra vires*; . . .

A l'audition de la présente affaire, l'avocat de l'intimée nous a informés que l'arrêt *Ouimet* n'avait pas été porté en appel mais il nous a demandé de juger le contraire. Prié de dire pourquoi l'autorisation d'appel n'avait pas été demandée, il a répondu qu'il ne le savait pas mais n'a demandé ni cette autorisation ni la prorogation du délai pour ce faire.

Je dois admettre que cette situation me trouble. Sa Majesté est en face d'une déclaration formelle de la Cour d'instance inférieure qui prononce l'invalidité de la disposition même sur laquelle elle se fonde en l'espèce. Cette déclaration a été faite dans une autre affaire et elle la laisse subsister en faveur d'un autre demandeur; elle demande cependant à la Cour de rendre une décision différente envers l'appellant en l'espèce.

Voici le texte du sommaire de l'arrêt *Corporation du Village de Deschênes c. Loveys*⁴:

[TRADUCTION] Un jugement rendu sur une action d'un contribuable d'une municipalité alléguant l'illégalité d'une résolution adoptée par le conseil municipal a valeur de chose jugée à l'égard de tous les autres contribuables de cette municipalité; et ce jugement peut être invoqué dans une action subséquente qui conteste la légalité de la même résolution. Les corporations municipales représentent en justice leurs contribuables et un jugement rendu en faveur d'une telle corporation ou contre elle, peut être opposé à tout autre contribuable. *Stevenson c. La cité de Montréal* (Q.R. 6 Q.B. 107; 27 Can. S.C.R. 593) app.

De même, dans *Dilworth et autres c. Town of Bala et autres*⁵, le juge Rand, a dit au nom de la majorité:

³ [1978] 1 C.F. 672, confirmé 21 N.R. 247, [1979] 1 C.F. 55.

⁴ [1936] R.C.S. 351.

⁵ [1955] R.C.S. 284.

... A direct determination *in rem*, by means furnished by the statute, of illegality, such as the setting aside of a by-law, will bind all ratepayers. It is so far similar in this action: the appellants are acting on behalf of all the ratepayers; and a decision that the action challenged is *intra vires* would bind all as between themselves and the corporation as well as between the corporation and the third parties in the proceeding.

The declaration issued by the Federal Court in *Ouimet* was obtained by virtue of s. 18 of the *Federal Court Act* which provides:

18. The Trial Division has exclusive original jurisdiction

(a) to issue an injunction, writ of *certiorari*, writ of prohibition, writ of *mandamus* or writ of *quo warranto*, or grant declaratory relief, against any federal board, commission or other tribunal; and

(b) to hear and determine any application or other proceeding for relief in the nature of relief contemplated by paragraph (a), including any proceeding brought against the Attorney General of Canada, to obtain relief against a federal board, commission or other tribunal.

The Public Service Commission clearly is a "federal board, commission or other tribunal" within the definition in the *Federal Court Act* and it was properly represented by the Attorney General of Canada in the *Ouimet* case. I would point out that the *Public Service Employment Act* does not make it a body corporate and I do not see what difference it can make that, in *Ouimet*, it is not mentioned in the style of cause as in this case.

It would appear to be immaterial that the judgment in *Ouimet* was rendered after the institution of the proceedings in this case. In *Maynard v. Maynard*⁶, Cartwright J. (as he then was) quoted from *Law v. Hansen*⁷, at p. 76, this sentence:

⁶ [1951] S.C.R. 346.

⁷ (1895), 25 S.C.R. 69.

[TRADUCTION] ... Une décision *in rem*, rendue selon des moyens prévus par la loi et concluant à l'illégalité, comme dans le cas de l'annulation d'un règlement, lie tous les contribuables. C'est ce qui se produit en l'espèce: les appelants agissent au nom de tous les contribuables; et une décision déclarant que l'acte contesté est *intra vires* lierait tous les contribuables vis-à-vis de la corporation et la corporation vis-à-vis des tiers dans la procédure.

La déclaration de la Cour fédérale dans *Ouimet* a été prononcée en vertu de l'art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*:

18. La Division de première instance a compétence exclusive en première instance

a) pour émettre une injonction, un bref de *certiorari*, un bref de *mandamus*, un bref de prohibition ou un bref de *quo warranto*, ou pour rendre un jugement déclaratoire, contre tout office, toute commission ou tout autre tribunal fédéral; et

b) pour entendre et juger toute demande de redressement de la nature de celui qu'envisage l'alinéa a), et notamment toute procédure engagée contre le procureur général du Canada aux fins d'obtenir le redressement contre un office, une commission ou à un autre tribunal fédéral.

La Commission de la Fonction publique constitue clairement un «office, commission ou autre tribunal fédéral» au sens de la définition de cette expression dans la *Loi sur la Cour fédérale* et elle était dûment représentée par le procureur général du Canada dans l'affaire *Ouimet*. La *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique* ne donne pas à la Commission la personnalité juridique et, je ne vois pas comment le fait qu'elle ne soit pas mentionnée dans l'intitulé de l'affaire *Ouimet*, alors qu'elle l'est en l'espèce, pourrait justifier une distinction.

Que le jugement dans *Ouimet* ait été rendu après l'institution des présentes procédures me paraît également sans importance. Dans *Maynard c. Maynard*⁶, le juge Cartwright (alors juge puîné) a cité l'extrait suivant de l'arrêt *Law c. Hansen*⁷, à la p. 76:

⁶ [1951] R.C.S. 346.

⁷ (1895), 25 R.C.S. 69.

No substantial objection therefore can be said to lie against the bringing forward of a defence based upon a judgment recovered after action brought.

After this, he went on to say:

In that case the judgment held to create an estoppel in the Courts of Nova Scotia was that of a foreign tribunal. It seems to me that the decision would apply *a fortiori* where the second proceeding is started in the very Court in which the issue is already standing for judgment.

I know of no case in which the doctrine of *res judicata* has yet been applied to a judicial determination of the validity of an administrative regulation. But the principles governing *res judicata* are not statutory, they are "judge-made law" like the rule of evidence dealt with in *Ares v. Venner*⁸ and are to be developed by the courts in accordance with the needs of the time.

The judgment at trial in *Ouimet* indicates how serious it would be to treat a declaration of invalidity as binding only towards the plaintiff in the case in which it was issued. The trial judge makes reference to the grievance that the plaintiff had filed pursuant to the *Public Service Staff Relations Act* against his dismissal within his extended probationary period. This grievance was heard by Edward B. Jolliffe, Q.C., Deputy Chairman of the Public Service Staff Relations Board, who found that *Ouimet's* dismissal was rejection for cause during the probationary period, from which it followed that he was without jurisdiction. Concerning this decision, the trial judge further says (at p. 676):

Before Mr. Jolliffe it has been contended that section 30(2) of the *Public Service Employment Regulations*, SOR/67-129, was *ultra vires* and accordingly the deputy head has no power to extend a probationary period.

Mr. Jolliffe quite properly declined to consider the validity of section 30(2) of the Regulations which had been raised before him and he proceeded on the assumption that section 30(2) was *intra vires* and has the force of law.

⁸ [1970] S.C.R. 608.

[TRADUCTION] En conséquence, on ne peut soulever aucune objection sérieuse contre une défense fondée sur un jugement prononcé après l'institution de l'action.

Puis il a déclaré:

[TRADUCTION] Dans cette affaire-là, le jugement dont on a conclu qu'il créait une fin de non-recevoir devant les tribunaux de la Nouvelle-Écosse avait été rendu par un tribunal étranger. Il me semble donc, que la décision s'applique *a fortiori* lorsque la seconde procédure est intentée devant la même cour que celle devant laquelle le point en litige est déjà en délibéré.

Je ne connais aucune jurisprudence qui applique la théorie de la chose jugée aux décisions judiciaires sur la validité de règlements administratifs. Mais la théorie de la chose jugée n'est pas établie par une loi écrite, c'est du droit prétorien, tout comme la règle de preuve arrêtée dans *Ares c. Venner*⁸, et il appartient aux tribunaux d'élaborer ces principes en regard des besoins de l'époque.

Le jugement de première instance dans *Ouimet* fait voir à quel point il serait grave de considérer qu'une déclaration d'invalidité ne vaut que pour le demandeur dans l'affaire où elle est prononcée. Le juge y fait mention du grief déposé par le demandeur en vertu de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique* contre son congédiement avant l'expiration de la période de stage prolongée. Ce grief a été entendu par Edward B. Jolliffe, c.r., président suppléant de la Commission des relations de travail dans la Fonction publique. Ce dernier a conclu que le congédiement de *Ouimet* constituait un renvoi pour un motif déterminé pendant la période de stage et que, par conséquent, il n'avait pas compétence. A cet égard, le juge de première instance ajoute (à la p. 676):

On a allégué devant M. Jolliffe, que l'article 30(2) du *Règlement sur l'emploi dans la Fonction publique*, DORS/67-129, est *ultra vires* et donc que le sous-chef n'avait pas le pouvoir de prolonger le stage.

M. Jolliffe a correctement refusé d'étudier la question de la validité de l'article 30(2) du Règlement qui avait été soulevée devant lui et il a procédé en prenant pour acquis que l'article 30(2) était *intra vires* et avait force de loi.

⁸ [1970] R.C.S. 608.

There is overwhelming authority for Mr. Jolliffe proceeding as he did.

Whether regulations are *ultra vires* is for the courts to determine and not the tribunal. This proposition is so self-evident and so generally accepted that it rarely finds expression. Mr. Jolliffe was well aware of this proposition and gave expression to it in his decision as did G. M. Blackstock, K.C., Chairman of the Board of Public Utility Commissioners, when he said in *In re Royalite Oil Company Limited and Tannas* [1943] 2 W.W.R. 348 at page 352:

... the Board has no jurisdiction to make any finding as to the propriety or the legality of the regulations. The Board has merely had delegated to it certain duties to perform under an order-in-council. Whether the order-in-council is good or bad is no concern of the Board; it must take it as it finds it. The Court alone has the right to adjudicate on such matters and if the applicant questions either the validity or legality of the order-in-council it must do so in the proper forum.

In *Regina v. Unemployment Insurance Commission, Ex parte Heggen* (1964) 41 D.L.R. (2d) 436 Aikins J. said at page 442 that if the question: "Is Regulation 195(3) *ultra vires*?" were put to the Unemployment Insurance Commission "The Commission obviously lacks jurisdiction to deal with such question if put directly."

Thus it will be seen that if a formal declaration of invalidity of an administrative regulation is not considered effective towards all those who are subject thereto, it may mean that all other persons concerned with the application of the regulation, including subordinate administrative agencies, have to keep on giving effect to what has been declared a nullity. It is obviously for the purpose of avoiding this undesirable consequence that, in municipal law, the quashing of a by-law is held to be effective "*in rem*".

Should it be possible for an administrative agency to allow a declaration of invalidity to stand in a given case while ignoring it towards other parties, on the chance that in another case it might succeed in having it overruled by a higher court, if not by a different judge? Should the situation be viewed in the same way as in the case of declarations of invalidity of statutes which seem to have always been considered only as precedents?

Une jurisprudence écrasante permettait à M. Jolliffe d'agir ainsi.

Il appartient aux cours et non à un tribunal administratif de décider du caractère *ultra vires* d'un règlement. Cette proposition est tellement évidente et généralement acceptée, qu'on l'énonce rarement. M. Jolliffe en connaissait bien l'existence et en a parlé dans sa décision tout comme G. M. Blackstock, c.r., président de la Board of Public Utility Commissioners l'a fait, lorsqu'il a dit dans *In re Royalite Oil Company Limited and Tannas* [1943] 2 W.W.R. 348, à la page 352:

[TRADUCTION] ... la Régie [Board] n'a pas le pouvoir de se prononcer sur l'à-propos ou la légalité du règlement. On a tout simplement délégué à la Régie certains devoirs qu'elle doit exécuter en vertu d'un décret du conseil. Il importe peu pour la Régie que le décret du conseil soit bon ou mauvais, elle ne peut le modifier. Seule la Cour a le droit de se prononcer sur de telles questions et si la requérante conteste soit la validité ou la légalité du décret du conseil, elle doit le faire devant le bon tribunal.

Dans *Regina c. Unemployment Insurance Commission, Ex parte Heggen* (1964) 41 D.L.R. (2^e) 436 le juge Aikins a dit à la page 442 que si on posait la question suivante à la Commission d'assurance-chômage [TRADUCTION] «L'article 195(3) des Règlements est-il *ultra vires*?», «La Commission n'a manifestement pas compétence pour étudier cette question si on la lui pose directement.»

En conséquence, si l'invalidation formelle d'un règlement administratif ne s'applique pas à tous ceux qui y sont assujettis, cela peut signifier que toutes les autres personnes auxquelles s'adresse le règlement, y compris les organismes administratifs subalternes, sont tenues de continuer d'appliquer un texte invalidé. C'est évidemment pour éviter un pareil résultat qu'en droit municipal, on décide que l'annulation d'un règlement s'applique "*in rem*".

Peut-on permettre à un organisme administratif de laisser subsister une déclaration d'invalidité dans une affaire donnée et de n'en pas tenir compte envers les tiers pour le cas où, dans une autre affaire, elle pourrait réussir à faire décider le contraire par un tribunal d'instance supérieure, sinon par un autre juge? La décision devrait-elle être assimilée à la déclaration d'invalidité d'une loi à laquelle on semble n'avoir jamais donné que l'autorité d'un précédent?

After anxious consideration, I find it unnecessary to express an opinion on this difficult question because, assuming the respondent is entitled to ask that the judgment in *Ouimet* be overruled, I find no reason to do so. No argument was submitted to support the validity of s. 30(2) of the *Public Service Employment Regulations* which had not been considered and dealt with by the trial judge and the Federal Court of Appeal and no error was shown in the decisions rendered thereupon.

Having come to the conclusion that the provision of the *Public Service Employment Regulations* for an extension of the probationary period, s. 30(2), is to be considered ineffective, it follows that Emms was never properly dismissed because the notice given to him purported to be a rejection during probation. On the appeal it was submitted that even if it was so, the rejection should be considered as a dismissal effectively terminating plaintiff's employment. The Federal Court of Appeal did not consider this point, due to the conclusion that Emms had been properly rejected. It was however dealt with in *Ouimet* and in my view correctly disposed of, Jackett C.J. saying (at pp. 251-2):

While it was not really relied on during argument, I deem it advisable to refer to an alternative position taken in the appellant's memorandum, which would seem to be that the purported rejection action should be treated as a dismissal and is based to some extent on the prerogative right of the Crown to dismiss a servant at pleasure. (Compare *Zamulinski v. The Queen*, [1956-60] Ex. C.R. 175.) A prerogative right of the Crown is, of course, subject to statute and the relevant provision here is section 24 of the *Public Service Employment Act*, which reads:

24. The tenure of office of an employee is during the pleasure of Her Majesty, subject to this and any other Act and the regulations thereunder and, unless some other period of employment is specified, for an indeterminate period.

Under this provision, tenure at pleasure is "subject to this (the *Public Service Employment Act*) and any other Act and the regulations thereunder". Various methods are provided by statute for termination of a public servant's employment. (Compare *Wright v. Public Service Staff Relations Board*, [1973] F.C. 765, at pages 775 *et seq.*)

Après mûre réflexion, j'estime ne pas avoir à me prononcer sur cette question difficile parce que, en tenant pour acquis que l'intimée a le droit de demander une décision contraire à l'arrêt *Ouimet*, je ne trouve aucune raison de le faire. On n'a présenté à l'appui de la validité du par. 30(2) du *Règlement sur l'emploi dans la Fonction publique* aucun argument qui n'y ait été étudié par le juge de première instance et la Cour d'appel fédéral et on ne fait voir aucune erreur dans les jugements rendus à cet égard.

Ayant conclu que le par. 30(2) du *Règlement sur l'emploi dans la Fonction publique* visant la prolongation de la période de stage doit être considéré sans effet, il s'ensuit qu'Emms n'a jamais été valablement congédié parce que l'avis qu'on lui a donné visait un renvoi durant son stage. A l'audition, on a prétendu que ce renvoi devait néanmoins être considéré comme un congédiement ayant effectivement mis fin à l'emploi du demandeur. Vu sa conclusion qu'Emms avait été dûment renvoyé, la Cour d'appel n'a pas étudié cet argument. Il a cependant été analysé dans l'arrêt *Ouimet* et, à mon avis, c'est à juste titre qu'il y a été rejeté, le juge en chef Jackett disant (aux pp. 60 et 61):

Je pense qu'il y a lieu d'examiner également l'argument subsidiaire figurant au mémoire de l'appelante quoi qu'il n'ait pas été vraiment invoqué au cours des débats. Selon cet argument, il faut assimiler le renvoi à une révocation fondée, dans une certaine mesure, sur la prerogative de la Couronne de révoquer à volonté un fonctionnaire. (Comparer *Zamulinski c. La Reine*, [1956-60] R.C.É. 175.) Une prerogative royale, cela va de soi, est assujettie à la loi écrite et la disposition applicable en l'espèce est l'article 24 de la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*. Cet article porte:

24. Un employé occupe sa charge durant le bon plaisir de Sa Majesté sous réserve de la présente loi et de toute autre loi ainsi que des règlements établis sous leur régime et, à moins qu'une autre période ne soit spécifiée, pendant une période indéterminée.

Selon cette disposition, le bon plaisir s'exerce «sous réserve de la présente loi (la *Loi sur l'emploi dans la Fonction publique*) et de toute autre loi ainsi que des règlements établis sous leur régime». La loi prévoit diverses manières de mettre fin aux services d'un fonctionnaire. (Comparer *Wright c. La Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1973] C.F. 765, aux pages 775 et suiv.)

In my view, the alternative position, which was not really relied on, cannot be accepted. At least for the purpose of the statutes that govern the Public Service, an ineffective attempt to reject under section 28 is not the equivalent of a dismissal. (Compare *Bell Canada v. Office and Professional Employees' International Union*, [1974] S.C.R. 335 at page 340, and *Jacmain v. Attorney General of Canada* (S.C. of C.) (1977), 18 N.R. 361). Rejection is a part of a probationary system designed to choose permanent employees from those who are employed on a trial basis, and any "cause" based on a view as to the probability of the person developing into an effective member of the "team" would be an acceptable basis for it. Dismissal is quite a different action. It is ordinarily the action whereby a permanent employee's employment status is terminated otherwise than on retirement; and what would be sufficient "cause" for dismissal would be the result of the application of principles quite different from those applicable in connection with rejection.

Another point which was similarly not considered by the Federal Court of Appeal in the present case but also dealt with in *Ouimet* is the propriety of a declaration, not only that the termination of employment was ineffective, but also that the plaintiff continues to be an employee of Her Majesty. That part of the declaration was struck out in *Ouimet*, Jockett C.J. saying (at pp. 252-3):

I have difficulty, however, with upholding the latter part of paragraph (c) of the declaration in the judgment appealed against, whereby it is declared that the respondent "still retains his status as an employee as if his employment had not been terminated". As I see it, there is nothing either in the pleadings or the facts agreed upon on which to base this declaration. It is one thing to declare that the rejection action in 1976 was not effective to terminate the employment. It does not follow that nothing has happened since to terminate it. There is an infinite variety of possibilities as to what has happened in the interim; and each possible set of facts might raise different questions as to whether the respondent still retains his status in the Penitentiary Service and as to whether he has any right to salary or damages in respect of the interim period. There is simply no basis in the pleadings or in the facts established for a declaration with regard thereto. In my view, the judgment of this Court should be that the words "and that the Plaintiff still retains his status as an employee as if his employment had not been terminated" should be deleted from

Je ne saurais accueillir cet argument subsidiaire qui, à la vérité, n'a pas été soulevé. Tout au moins dans le contexte des lois régissant la Fonction publique, la vaine tentative de renvoi fondée sur l'article 28 ne peut être assimilée à une révocation. (Comparer *Bell Canada c. Office and Professional Employees' International Union*, [1974] R.C.S. 335, à la p. 340 et *Jacmain c. Procureur général du Canada* (C.S.C.) (1977), 18 N.R. 361.) Le renvoi fait partie intégrante du système de stage qui permet de sélectionner des fonctionnaires titulaires parmi les stagiaires engagés à titre d'essai. Tout «motif» tenant aux chances de l'intéressé de devenir un membre efficace de l'«équipe» pourrait justifier le renvoi. Il en est tout autre de la révocation. Elle vise normalement à mettre fin, autrement que par la retraite, aux services d'un fonctionnaire titulaire et les «motifs» de révocation sont régis par des principes tout à fait différents de ceux applicables au renvoi.

En outre, dans l'affaire *Ouimet*, la Cour d'appel fédérale s'est également prononcée sur une question qu'elle n'a pas étudiée en l'espèce; il s'agit de l'opportunité de déclarer non seulement que le renvoi est invalide, mais également que le demandeur continue d'être un employé de Sa Majesté. Dans *Ouimet*, cette partie de la déclaration a été rayée, le juge en chef Jockett disant (à la p. 61):

Je ne saurais cependant souscrire au paragraphe c) *in fine* du jugement déclaratoire porté en appel, aux termes duquel l'intimé «conserve son statut d'employé comme si on n'avait pas mis fin à son emploi». Je ne vois rien, ni dans les plaidoiries ni dans les faits reconnus par les parties, qui puisse servir de fondement à cette déclaration. De déclarer que le renvoi effectué en 1976 n'avait pas mis fin à cet emploi ne signifie pas que rien ne s'est passé depuis pour y mettre fin. Une infinité de possibilités ont pu se produire dans l'intervalle et chaque combinaison possible d'événements pourrait donner lieu à des questions différentes lorsqu'il s'agit de savoir si l'intimé conserve toujours son statut d'employé du Service des pénitenciers ou s'il a quelque droit à un salaire ou à des indemnités pour ce qui est de cet intervalle de temps. Rien dans les plaidoiries ni dans les faits établis ne justifie une telle déclaration. A mon avis, la Cour devrait rayer du paragraphe c) du jugement de la Division de première instance les mots «et que le demandeur conserve son statut d'employé comme si on n'avait pas mis fin à son emploi». Par ces motifs et sous réserve de

paragraph (c) of the judgment of the Trial Division and that, subject thereto, the appeal should be dismissed with costs.

The situation in the present case is not identical with that in *Ouimet*. There were allegations and there was evidence given of what occurred after Emms' employment by the Department of Indian Affairs and Northern Development was *de facto* terminated. He promptly obtained employment with the Government of Saskatchewan, at first on a temporary basis, later on a permanent basis. The trial judge allowed damages only for the few days during which Emms was unemployed, saying (at p. 116):

The relief sought in paragraph (c) (damages) is mutually inconsistent with the relief sought in paragraphs (a) and (b) which I have granted. Since I have found that the plaintiff's employment was not terminated, it follows that the plaintiff is entitled to continue in his employment and to receive his salary therefor. But to be entitled to receive his salary the plaintiff must perform the duties of his office or indicate his willingness to do so.

As against this, counsel for the Crown referred us to the judgment of the Privy Council in *Francis v. Municipal Councillors of Kuala Lumpur*⁹ where Lord Morris said (at p. 637):

Accepting, however, the decision of the Court of Appeal, which, as has been pointed out, has not been the subject of any cross-appeal, the position on Oct. 1 was that the removal of the appellant was a removal by the council and not by the president. The council were his employers, but having regard to the provisions of the ordinance their termination of his service constituted wrongful dismissal. Their Lordships consider that it is beyond doubt that on Oct. 1, 1957, there was *de facto* a dismissal of the appellant by his employers, the respondents. On that date, he was excluded from the council's premises. Since then he has not done any work for the council. In all these circumstances, it seems to their Lordships that the appellant must be treated as having been wrongly dismissed on Oct. 1, 1957 and that his remedy lies in a claim for damages. It would be wholly unreal to accede to the contention that since Oct. 1, 1957, he had continued to be and that he still continues to be in the employment of the respondents.

In their Lordship's view, when there has been a purported termination of a contract of service a declara-

⁹ [1962] 3 All E.R. 633.

ce qui précède, l'appel est rejeté avec dépens.

La situation en l'espèce n'est pas identique à celle de l'affaire *Ouimet*. On a allégué et mis en preuve ce qui s'est produit après la cessation *de facto* de l'emploi d'Emms au ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien. Emms a promptement obtenu un emploi au gouvernement de la Saskatchewan, d'abord sur une base temporaire et ensuite sur une base permanente. Le juge de première instance n'a accordé des dommages-intérêts que pour les quelques jours durant lesquels Emms avait été sans emploi; il a dit (à la p. 116):

Le redressement demandé au paragraphe c) est incompatible avec ceux des paragraphes a) et b) que j'ai déjà accordés. Puisque j'ai conclu que l'emploi du demandeur n'avait pas pris fin, le demandeur a le droit de reprendre son travail et de recevoir le salaire qui lui est dû. Cependant, pour avoir droit à son salaire, le demandeur doit s'acquitter des fonctions de son poste ou manifester l'intention de ce faire.

A cet égard, l'avocat de Sa Majesté invoque l'arrêt du Conseil privé dans *Francis v. Municipal Councillors of Kuala Lumpur*⁹, où lord Morris a dit (à la p. 637):

[TRADUCTION] Cependant, si nous acceptons la décision de la Cour d'appel, qui, comme on l'a souligné, n'a pas fait l'objet d'un appel incident, au 1^{er} octobre, la révocation de l'appellant constituait une révocation par le conseil et non par le président. Le conseil était son employeur mais, compte tenu des dispositions de l'ordonnance, la cessation de son emploi constituait un congédiement illégal. Selon leurs Seigneuries, il est incontestable que le 1^{er} octobre 1957, les intimés, employeurs de l'appellant, l'ont congédié *de facto*. Ce jour-là, il a été exclu des locaux du conseil. Il n'a pas travaillé pour le conseil depuis. Compte tenu de toutes ces circonstances, leurs Seigneuries estiment que l'on doit considérer que l'appellant a été congédié illégalement le 1^{er} octobre 1957 et qu'il a le droit de recouvrer des dommages-intérêts. Il serait tout à fait irréaliste de dire que depuis le 1^{er} octobre 1957 il a continué d'être au service des intimés et l'est encore.

De l'avis de leurs Seigneuries, quand il existe une prétendue cessation d'un contrat de louage de services,

⁹ [1962] 3 All E.R. 633.

tion to the effect that the contract of service still subsists will rarely be made. This is a consequence of the general principle of law that the courts will not grant specific performance of contracts of service. Special circumstances will be required before such a declaration is made and its making will normally be in the discretion of the court. In their Lordships' view there are no circumstances in the present case which would make it either just or proper to make such a declaration.

In my view, the circumstances in the present case do not justify the making of a declaration of continued employment. It would imply that Emms is entitled to his salary for the whole period since the date of his *de facto* termination of employment, although he made himself unavailable by taking other employment which became of a permanent character. Also it seems this would mean that Emms would be entitled to receive back pay irrespective of what he has received from other employment. This last consequence might be avoided by amending the declaration. However, bearing in mind that the making of such a declaration is an equitable remedy seldom allowed, it appears to me that the circumstances are not such as to justify it here and the proper remedy is in damages.

At the hearing in this Court, counsel for Emms referred to an admission by the parties at trial that the difference in salary and benefits that Emms would have received had he been allowed to continue his employment with the Department amounted to \$6,899.40. This sum was claimed as damages which this Court was requested to assess. No objection to this request having been made, it appears proper to render judgment accordingly.

On the whole, I am of the opinion that the appeal should be allowed, the judgment of the Federal Court of Appeal should be set aside and the judgment at trial restored but varied by deleting from the declaration therein the words "and that the plaintiff still continues to be an employee of Her Majesty", and by increasing to \$6,899.40 the sum which the plaintiff shall recover. The appellant is entitled to costs throughout.

Appeal allowed and judgment at trial restored but varied, with costs.

une déclaration portant que le contrat continue d'exister sera rarement faite. Cela découle du principe général de droit selon lequel les cours n'accordent pas l'exécution intégrale des contrats de louage de services. Une telle déclaration ne sera faite que dans des circonstances particulières et est laissée à la discrétion de la cour. De l'avis de leurs Seigneuries, il n'existe en l'espèce aucune circonstance particulière rendant une telle déclaration juste ou appropriée.

A mon avis, les circonstances de l'espèce ne justifient pas une déclaration que l'emploi n'a pas été interrompu. Cela signifierait qu'Emms a droit à son salaire pour toute la période écoulée depuis la cessation *de facto* de son emploi, même s'il n'était pas disponible puisqu'il avait accepté un autre emploi et que celui-ci est devenu permanent. En outre, cela semblerait signifier qu'Emms aurait droit à un paiement rétroactif sans égard au salaire gagné dans son autre emploi. Cette dernière conséquence pourrait être écartée en modifiant la déclaration. Mais, une telle déclaration étant un redressement en *equity* rarement accordé, il me paraît que les présentes circonstances ne le justifient pas et que les dommages-intérêts constituent le redressement approprié.

A l'audition devant cette Cour, l'avocat d'Emms s'est référé à une déclaration des parties en première instance selon laquelle la différence de salaire et de bénéfices auxquels Emms aurait eu droit s'il avait pu conserver son emploi s'élève à \$6,899.40. Cette somme est réclamée au titre des dommages-intérêts qu'on demande à cette Cour d'évaluer. Aucune opposition n'ayant été formulée contre cette demande, il paraît convenable de rendre jugement en conséquence.

Sur le tout, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel fédérale et de rétablir le jugement de première instance, mais de modifier ce dernier jugement en retranchant de la déclaration y contenue les mots «et que le demandeur demeure un employé de Sa Majesté» et en augmentant à \$6,899.40 la somme que le demandeur a le droit de recouvrer. Le demandeur a droit aux dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli et le jugement de première instance rétabli mais modifié, avec dépens.

Solicitors for the plaintiff, appellant: Soloway, Wright, Houston, Greenberg, O'Grady & Morin, Ottawa.

Solicitor for the defendants, respondents: Roger Tassé, Ottawa.

Procureurs du demandeur, appellant: Soloway, Wright, Houston, Greenberg, O'Grady & Morin, Ottawa.

Procureur des défenderesses, intimées: Roger Tassé, Ottawa,

Nicole Duplé, *Droit constitutionnel : principes fondamentaux*, 5^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, en ligne : CAIJ <http://www.caij.qc.ca/doctrine/wilson_et_lafleur/4/index.html>.

[Page 92]

1.1.3 Le caractère inopérant des règles de droit incompatibles

Selon le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, toute règle de droit qui est incompatible avec la Constitution est «inopérante». Dans le contexte de cette disposition, le terme est équivalent à «invalide». Deux remarques s'imposent:

- en premier lieu, dans le contexte du paragraphe 52(1), l'équation établie par la Cour suprême entre les termes «inopérant» et «invalide» ne s'applique qu'aux lois et aux actes juridiques de l'Administration. Les décisions rendues par les tribunaux judiciaires, qui sont elles aussi des règles de droit, ne sont pas déclarées invalides lorsqu'un tribunal supérieur constate leur incompatibilité avec la Constitution; elles sont soit infirmées et, par le fait même, privées d'effectivité par un tribunal supérieur, soit réformées si le tribunal supérieur exerce une compétence d'appel. Dans l'une et l'autre des hypothèses, nul ne dira que la décision judiciaire incompatible avec une règle de la Constitution est invalide;
- en second lieu, certaines lois peuvent être compatibles avec la Constitution et quand même inopérantes. C'est ce qui se produit lorsque deux lois, l'une fédérale et l'autre provinciale, chacune étant conforme à la Constitution, sont en contradiction l'une avec l'autre. L'interprétation de la *Loi constitutionnelle de 1867* permet aux tribunaux canadiens de donner la prépondérance à l'une de ces lois et de déclarer le caractère inopérant de l'autre loi dans la mesure de son incompatibilité avec la première. Il ne faut donc pas confondre une loi visée par le paragraphe 52(1) qui est inopérante en raison de son conflit avec la Constitution et une loi inopérante parce qu'elle est en conflit avec une autre loi jouissant de la prépondérance dans le contexte du partage des compétences. La première loi est invalide et inopérante en raison de sa nullité; la seconde est inopérante bien qu'elle soit valide.

[Page 286]

3.3.1 Les tribunaux compétents

Au Canada, ce sont les tribunaux ordinaires qui exercent le contrôle de la constitutionnalité de toutes les normes juridiques édictées tant par les institutions fédérales que par celles des provinces. Il faut cependant faire une distinction entre les tribunaux judiciaires, d'une part, et les tribunaux administratifs, d'autre part.

3.3.1.1 Les cours supérieures provinciales

En tant qu'organe de surveillance et de contrôle, la Cour supérieure est toujours un tribunal compétent pour exercer, par voie d'action ou d'exception, le contrôle constitutionnel.

3.3.1.2 Les cours inférieures

Tout tribunal qui a le pouvoir de trancher des questions de droit a le pouvoir de se prononcer sur sa propre compétence lorsque celle-ci est remise en question par une partie *in limine litis*. Si la compétence du tribunal est contestée au regard de la Constitution, le tribunal, par

le fait même, sera tenu de se prononcer sur la constitutionnalité de la norme qui lui attribue sa compétence.

Si la question de la validité de la norme attributive de compétence est relativement simple à résoudre, celle de savoir si un tribunal inférieur a la compétence de se prononcer sur la validité d'une loi ou d'un règlement qu'il est chargé d'appliquer est plus complexe. La question

[Page 287]

concerne surtout les tribunaux administratifs. Le tribunal inférieur est limité à exercer le mandat confié par la loi, et tous ses pouvoirs lui viennent de celle-ci. Dans l'arrêt *Tétreault-Gaboury c. Canada (C.E.I.)*, le pourvoi visait à déterminer si, d'une part, la Commission des relations de travail ontarienne et, d'autre part, le conseil arbitral nommé en vertu de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* avaient la compétence de se prononcer sur la validité, au regard de la Charte, de certaines dispositions de cette loi. Il leur était en effet demandé de faire abstraction de certaines dispositions de celle-ci en raison de leur inconstitutionnalité. Le juge La Forest déclara :

Normalement, c'est le mandat que le législateur a confié de façon expresse à un tribunal donné qui sera le facteur le plus important pour déterminer si ce tribunal possède le pouvoir de déclarer une disposition incompatible avec la Charte. Un tribunal administratif étant une créature de la loi, il s'ensuit que l'État, sauf s'il en est autrement empêché, devrait avoir le pouvoir de lui conférer l'autorité d'examiner les questions relatives à la Charte et, de la même façon, celui de l'empêcher d'examiner de telles questions. Par conséquent, lorsque le législateur s'est déjà exprimé formellement sur la question, là se terminera habituellement l'examen.

Il ne suffit donc pas qu'un juge administratif possède juridiction sur les parties, l'objet du litige et le remède recherché, pour qu'il détienne la compétence de se prononcer sur la constitutionnalité d'une norme qu'il est chargé d'appliquer. Dans *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, le juge Gonthier, qui rendait le jugement unanime de la Cour suprême, fit une mise au point relativement à la compétence des tribunaux administratifs de se prononcer en matière constitutionnelle dont la Cour avait traité dans plusieurs décisions antérieures afin de dégager de celles-ci des lignes directrices claires : lorsqu'un tribunal administratif a compétence expresse ou implicite pour trancher des questions de droit découlant de l'application d'une disposition législative, il est présumé avoir le pouvoir de statuer sur la constitutionnalité de cette disposition. Cette présomption ne peut être réfutée que par la preuve d'une intention contraire du

[Page 288]

législateur. La compétence implicite du tribunal ressort de l'examen de l'ensemble de la loi qui lui confère ses pouvoirs. Sur ce point, les propos suivants du juge La Forest dans *Tétreault-Gaboury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)* restent valables :

[i] est probable qu'un tribunal situé à un niveau plus élevé de la hiérarchie administrative, dont les fonctions seraient davantage de nature juridictionnelle – c'est-à-dire un tribunal fréquemment appelé à résoudre des questions de droit ou de fait conformément à des règles législatives ou des règlements – serait mieux en mesure de recevoir des arguments et de trancher des questions

constitutionnelles qu'un tribunal appelé avant tout à constater des faits.

Devant un tribunal inférieur, l'illégalité d'une norme législative ou infra-législative sera soulevée de façon incidente, c'est-à-dire, dans le cadre d'un litige qui porte principalement sur un autre point de droit qu'il a la compétence de régler. Par ailleurs, lorsqu'il se prononce sur la constitutionnalité de la norme qui lui attribue compétence ou qu'il est chargé d'appliquer, sa décision est soumise au pouvoir de surveillance et de contrôle d'une cour supérieure. Celle-ci se prononcera alors seulement sur la question constitutionnelle. Si elle juge que le tribunal inférieur a compétence ou que la loi qu'il doit appliquer est valide, elle renverra le dossier devant ce tribunal afin qu'il décide sur le fond du litige. Si la Cour supérieure juge que le tribunal inférieur n'a pas compétence, ou que la loi qui devrait être appliquée pour résoudre le litige est invalide, son jugement pourra à son tour faire l'objet d'un appel. Là encore, la Cour d'appel ne se prononcera que sur la question constitutionnelle, sans disposer du fond.

[...]

[Page 313]

3.3.4 Les conséquences de l'inconstitutionnalité

Selon l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, toute règle de droit qui est incompatible avec la Constitution est inopérante et la version anglaise précise «to the extent of the inconsistency».

L'article 52 soulève trois questions distinctes: 1) Que signifie le terme «inopérant» dans le contexte de cette disposition? 2) Puisque la version anglaise de l'article 52 établit clairement qu'une règle de droit n'est inopérante que dans la mesure de son incompatibilité, il faut en déduire qu'une règle de droit peut être partiellement inconstitutionnelle. Quelles sont alors les mesures réparatrices qu'un tribunal peut ordonner en vertu de cette disposition? Enfin, 3) quel est l'effet, dans le temps, d'une déclaration d'inconstitutionnalité?

3.3.4.1 La loi inopérante ou invalide; l'exemption constitutionnelle

Le terme «inopérante», qui se trouve dans la version française de l'article 52, est explicité dans la version anglaise: il signifie que la règle

[Page 312]

de droit contraire à la Constitution sera *of no force or effect*; en d'autres termes, elle sera inapplicable.

En droit constitutionnel canadien, il a toujours été nécessaire de faire une distinction entre une loi inopérante et une loi invalide. En effet, certaines lois provinciales peuvent être valides et quand même inopérantes, en raison d'un conflit avec une loi fédérale valide et de la prépondérance de celle-ci. Toutefois, ce n'est pas à cette notion d'inopérabilité que l'article 52 renvoie, puisque celle-ci suppose le conflit entre deux lois valides.

Le conflit dont il est question dans l'article 52 résulte d'une incompatibilité entre deux normes, dont l'une est incluse dans la Constitution. On se demande dès lors pourquoi les rédacteurs de la *Loi constitutionnelle de 1982* ont utilisé, dans l'article 52, un terme qui pouvait être source d'ambiguïté. Il y a deux explications à cela.

La première explication réside dans le fait que les déclarations d'inconstitutionnalité effectuées par des tribunaux inférieurs, et notamment les tribunaux administratifs, n'ont pas

de valeur *erga omnes* elles ne valent que pour les parties au litige. Si un tribunal prononce *in limine litis* l'inconstitutionnalité d'une règle de droit, celle-ci ne sera tout simplement pas appliquée au litige soumis à ce tribunal. Toutefois, la déclaration d'inconstitutionnalité n'aura aucune portée en dehors de la cause.

Lorsqu'une cour supérieure prononce l'inconstitutionnalité d'une règle de droit, celle-ci est alors, bien évidemment, inapplicable; mais à la différence de la situation décrite précédemment, la décision de cette cour aura éventuellement une portée *erga omnes* lorsqu'elle sera devenue définitive. Toutefois, elle ne sera vraiment obligatoirement respectée dans une autre cause que si elle a été entérinée par la Cour d'appel, ou, bien entendu, par la Cour suprême.

Quant aux déclarations d'inconstitutionnalité qui sont faites par les cours supérieures et même par les cours d'appel des autres provinces, les juges québécois ne sont pas tenus de les respecter; ils peuvent toutefois les considérer avec grand intérêt.

La deuxième explication de l'utilisation du terme «inopérante» dans l'article 52 réside dans la possibilité qu'une loi qui ne produit aucun effet inconstitutionnel sur la très grande majorité des personnes qu'elle vise, puisse néanmoins avoir de tels effets sur certaines

[Page 313]

personnes en particulier, en raison d'un facteur qui leur est propre. Cette situation est susceptible de survenir dans le contexte de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le tribunal pourra, dans une telle hypothèse, déclarer la norme inapplicable à ces personnes, alors qu'elle conservera toute son efficacité à l'égard des autres personnes visées. L'exemption constitutionnelle pourrait aussi être accordée à titre de réparation individuelle lorsqu'une déclaration d'invalidité est suspendue afin de permettre au législateur de remédier à l'inconstitutionnalité. Durant la période de suspension, les personnes touchées par les dispositions inconstitutionnelles pourraient bénéficier d'une ordonnance judiciaire les exemptant de l'obéissance à ces dernières.

Dans *R. c. Ferguson*, la Cour suprême rappelle que l'exemption constitutionnelle ne saurait constituer une mesure réparatrice autonome. Elle ne peut être que l'accessoire de la déclaration d'invalidité. L'exemption constitutionnelle recherchée par le demandeur vise en effet à éviter à ce dernier d'avoir à supporter le fardeau de la loi qui a été déclarée inconstitutionnelle, et ce, pendant la durée d'une suspension de la prise d'effet de la déclaration d'invalidité. Dans cet arrêt, sous la plume de la juge en chef, la Cour exprime clairement sa réticence à permettre toute autre application de l'exemption constitutionnelle hors le contexte de l'article 52(1).

La présence du par. 52(1) et de son libellé obligatoire permet de croire que les rédacteurs de la Charte voulaient que les dispositions législatives inconstitutionnelles soient inopérantes dans la mesure de leur incompatibilité, et non qu'elles restent en vigueur sous réserve de l'octroi d'une réparation discrétionnaire accordée au cas par cas: voir Osborne, la juge Wilson. Lorsqu'il est satisfait aux conditions permettant la dissociation ou une interprétation large, les tribunaux peuvent corriger l'incompatibilité plutôt que d'invalidier globalement la disposition contestée: *Vriend*, *Sharpe*. Lorsque cela n'est pas possible, (...) la disposition inconstitutionnelle doit être invalidée. La question est renvoyée au législateur pour qu'il révise la loi, s'il décide de le faire, de sorte qu'elle n'ait plus d'effets inconstitutionnels. Dans les deux cas, la réparation accordée est celle prévue par l'art. 52 qui rend la disposition inconstitutionnelle inopérante dans la mesure de son incompatibilité. Dans la

[Page 314]

mesure où une disposition législative est inconstitutionnelle, elle n'est pas simplement inapplicable dans l'affaire en cause. Elle est inopérante et, de fait, retirée du corpus législatif

L'affaire *Nguyen c. Québec (Éducation, Loisir et Sport)*, illustre bien ce qui peut se produire dans l'hypothèse où la prise d'effet d'une déclaration d'inconstitutionnalité est suspendue par le tribunal. Dans cette décision, la Cour suprême, jugea que les alinéas 2 et 3 de l'article 73 de la *Charte de la langue française* étaient incompatibles avec le paragraphe 32(2) de la Charte canadienne. Elle a toutefois différé d'un an la prise d'effet de la déclaration d'inconstitutionnalité, pour permettre au législateur québécois de réexaminer sa loi. En se fondant sur les dispositions invalidées, le ministère de l'éducation québécois avait nié l'admissibilité des enfants des intimés à l'éducation dans un établissement public ou subventionné dispensant l'enseignement en anglais. Dans le cas des parents de ces enfants, une exemption constitutionnelle n'aurait eu aucun sens puisqu'ils ne réclamaient pas d'être soustraits aux effets des mesures invalidées; ils réclamaient au contraire que le droit énoncé dans le paragraphe 23(2) leur soit reconnu par le ministère de l'éducation québécois. La situation des intimés étant différente, la cour adopta des mesures de réparation distinctes. Le dossier de certains des intimés fut renvoyé au ministère de l'éducation pour qu'il soit réévalué à la lumière des arrêts rendus par la Cour relativement au paragraphe 23(2) de la Charte. En effet, selon la Cour, la preuve au dossier ne lui permettait pas de déterminer si tous les enfants concernés étaient ou non admissibles à l'enseignement en anglais au Québec. Certains parents ayant clairement le droit de faire éduquer leurs enfants en anglais dans un établissement public ou subventionné, la Cour confirma la conclusion de l'arrêt de la Cour d'appel du Québec ordonnant le renvoi du dossier à la personne désignée par le ministre de l'éducation pour qu'elle délivre immédiatement un certificat d'admissibilité.

3.3.4.2 Les mesures réparatrices

La violation de la primauté du droit ne peut être profitable sans que ce principe fondamental de notre organisation constitutionnelle ne soit menacé. C'est pourquoi, dans *Kingstreet Investment Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Finances)*, la Cour suprême du Canada a

[Page 315]

jugé que le gouvernement devait restituer une taxe inconstitutionnelle indûment perçue.

Dans l'arrêt *Schachter* la Cour suprême a jugé que l'article 52 donnait ouverture à plusieurs types de réparations visant à remédier à l'incompatibilité entre une règle de droit et la Constitution. Le juge Lamer, s'exprimant pour la Cour, déclara que «[S]elon les circonstances, un tribunal peut simplement annuler une disposition, il peut l'annuler et suspendre temporairement l'effet de la déclaration d'invalidité ou il peut appliquer les techniques d'interprétation atténuée ou d'interprétation large».

Ikechukwu Okwuobi *Appellant*

v.

Attorney General of Quebec and
François Legault, in his capacity as
Minister of Education *Respondents*

and between

Edwidge Casimir *Appellant*

v.

Attorney General of Quebec and François
Legault, in his capacity as Minister of
Education *Respondents*

and between

Consuelo Zorrilla *Appellant*

v.

Attorney General of Quebec *Respondent*

INDEXED AS: OKWUOBI v. LESTER B. PEARSON
SCHOOL BOARD; CASIMIR v. QUEBEC (ATTORNEY
GENERAL); ZORRILLA v. QUEBEC (ATTORNEY
GENERAL)

Neutral citation: 2005 SCC 16.

File No.: 29299.

2004: March 22; 2005: March 31.

Present: McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie,
LeBel, Deschamps and Fish JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

*Administrative law — Administrative Tribunal of
Québec — Jurisdiction in respect of minority language
education claims — Remedial powers — Eligibility
for public instruction in English in Quebec — Claimants
bypassing administrative appeal process and
seeking injunctive and declaratory relief in Superior
Court — Whether claimants must follow administrative*

Ikechukwu Okwuobi *Appellant*

c.

Procureur général du Québec et
François Legault, ès qualités de
ministre de l'Éducation *Intimés*

et entre

Edwidge Casimir *Appelante*

c.

Procureur général du Québec et François
Legault, ès qualités de ministre de
l'Éducation *Intimés*

et entre

Consuelo Zorrilla *Appelante*

c.

Procureur général du Québec *Intimé*

RÉPERTORIÉ : OKWUOBI c. COMMISSION SCOLAIRE
LESTER-B.-PEARSON; CASIMIR c. QUÉBEC
(PROCUREUR GÉNÉRAL); ZORRILLA c. QUÉBEC
(PROCUREUR GÉNÉRAL)

Référence neutre : 2005 CSC 16.

N° du greffe : 29299.

2004 : 22 mars; 2005 : 31 mars.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit administratif — Tribunal administratif du
Québec — Compétence relative aux demandes d'ensei-
gnement dans la langue de la minorité — Pouvoirs de
réparation — Admissibilité à fréquenter une école publi-
que anglaise au Québec — Demandeurs contournant le
processus d'appel administratif et demandant à la Cour
supérieure une injonction et un jugement déclaratoire —*

process — Whether Tribunal has exclusive jurisdiction to hear appeals in respect of entitlement to minority language education — Whether Tribunal can decide constitutional questions incidental to its determination of entitlement to minority language education — Whether Tribunal's decision concerning entitlement binding on school board — Scope of residual jurisdiction of Superior Court in respect of injunctive relief and direct constitutional challenges.

The appellant parents are seeking access, for their children, to public instruction in English in Quebec pursuant to s. 73 of the *Charter of the French language*. They attempted to bypass the administrative appeal process set out in that act by seeking injunctive and declaratory relief in the Superior Court. In the cases of C and O, the Superior Court granted the Attorney General of Quebec's motion to dismiss on jurisdictional grounds. In Z's case, the same motion was dismissed. The Court of Appeal affirmed the Superior Court's decisions in the cases of C and O, and set aside the decision in the case of Z. The court concluded that the Administrative Tribunal of Québec ("ATQ") had jurisdiction to hear the claims for minority language education and that the administrative appeal process could not be circumvented.

Held: The appeal should be dismissed.

The appellants did not have the right to bypass the ATQ since it has exclusive jurisdiction to hear appeals in respect of entitlement to minority language education. The administrative process requires that before turning to the Superior Court to gain access to minority language education in Quebec, a claimant must first apply to a designated person for a certificate of eligibility and, if necessary, appeal that decision to the ATQ pursuant to s. 83.4 of the *Charter of the French language*. According to s. 14 of the *Act respecting administrative justice*, the ATQ has exclusive jurisdiction to make determinations in respect of proceedings brought against an administrative authority. When s. 14 is read in conjunction with s. 83.4, it is clear that the Quebec legislature intended to confer on the ATQ exclusive jurisdiction over all disputes relating to s. 73 of the *Charter of the French language*. Aside from certain specific exceptions, courts should respect the clear intent of the legislature. [19] [25] [38]

The ATQ has the capacity to consider and decide constitutional questions, including the conformity of s. 73 of the *Charter of the French language* with s. 23 of the

Les demandeurs doivent-ils suivre le processus administratif? — Le Tribunal a-t-il compétence exclusive pour entendre les appels concernant le droit à l'enseignement dans la langue de la minorité? — Le Tribunal peut-il statuer sur des questions constitutionnelles incidentes à ses décisions relatives au droit à l'enseignement dans la langue de la minorité? — La décision du Tribunal en matière d'admissibilité est-elle opposable au conseil scolaire? — Étendue de la compétence résiduelle de la Cour supérieure en matière d'injonction et de contestations constitutionnelles directes.

Les parents appelants demandent que leurs enfants puissent fréquenter une école publique anglaise au Québec conformément à l'art. 73 de la *Charte de la langue française*. Ils ont tenté de contourner le processus administratif prévu dans cette loi en demandant à la Cour supérieure une injonction et un jugement déclaratoire. Dans les cas de C et O, la Cour supérieure a accueilli la requête en irrecevabilité fondée sur des motifs de compétence présentée par le procureur général du Québec. Dans le cas de Z, une requête semblable a été rejetée. La Cour d'appel a confirmé les décisions de la Cour supérieure dans les cas de C et O et a infirmé la décision dans le cas de Z. La Cour d'appel a conclu que le Tribunal administratif du Québec (« TAQ ») avait compétence pour entendre les demandes d'instruction dans la langue de la minorité et que le processus d'appel administratif ne pouvait être contourné.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Les appelants n'avaient pas le droit de court-circuiter le TAQ puisqu'il possède le pouvoir exclusif d'entendre les appels en matière de droit à l'enseignement dans la langue de la minorité. Le processus administratif oblige le réclamant, avant de s'adresser à la Cour supérieure pour obtenir l'accès à l'enseignement dans la langue de la minorité au Québec, à demander à une personne désignée un certificat d'admissibilité et, au besoin, à interjeter appel de cette décision au TAQ, conformément à l'art. 83.4 de la *Charte de la langue française*. Selon l'art. 14 de la *Loi sur la justice administrative*, le TAQ détient le pouvoir exclusif de statuer sur les recours formés contre une autorité administrative. Conjugué à l'art. 83.4, l'art. 14 fait clairement ressortir la volonté du législateur québécois d'attribuer au TAQ une compétence exclusive à l'égard de tous les litiges liés à l'art. 73 de la *Charte de la langue française*. Hormis certaines exceptions précises, les tribunaux devraient respecter l'intention manifeste du législateur. [19] [25] [38]

Le TAQ a la capacité d'examiner et de trancher des questions constitutionnelles, notamment celle de la compatibilité de l'art. 73 de la *Charte de la langue française*

Canadian Charter. The ATQ has explicit jurisdiction, under s. 15 of the *Act respecting administrative justice*, to decide questions of law, and there is no indication that the legislature intended to exclude *Canadian Charter* issues from the ATQ's authority over questions of law. On the contrary, the overall structure of the ATQ, that of a highly sophisticated, quasi-judicial body, indicates that the legislature intended to have the ATQ deal with all legal issues. [32-35] [37]

The ATQ has, under ss. 74 and 107 of the *Act respecting administrative justice*, all the remedial powers necessary to exercise its jurisdiction, and the absence of a particular remedy is not a reason to circumvent the administrative process. Although the ATQ cannot issue a formal declaration of invalidity, a claimant can nevertheless bring a case involving a challenge to the constitutionality of a provision before the ATQ. If the ATQ finds a violation of the *Canadian Charter*, it may disregard the provision on constitutional grounds and rule on the claim as if the impugned provision were not in force. Such a ruling would, however, be subject to judicial review on a correctness standard, and the claimant could then seek a formal declaration of invalidity. Similarly, although the ATQ cannot grant injunctive relief, the broad wording of s. 74 indicates an intention on the part of the Quebec legislature to grant the ATQ the remedial authority needed to safeguard the rights of the parties. [43-46]

A decision of the ATQ concerning a child's eligibility for instruction in English is binding on a school board even if it is not a party to the appeal. [47]

In light of the exclusive jurisdiction and broad powers accorded to the ATQ, the Superior Court should exercise sparingly its discretion to award injunctive relief in minority language education claims and should only do so to complement, not to weaken, the administrative process. Despite the conferral by the legislature on the ATQ of remedial power with respect to constitutional rights, the residual, inherent jurisdiction of the Superior Court to hear direct constitutional challenges to a legislative scheme remains in place to provide the appropriate and just remedy where required. [51-55]

Cases Cited

Applied: *Nova Scotia (Workers' Compensation Board) v. Martin*, [2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54; *Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission)*,

avec l'art. 23 de la *Charte canadienne*. L'article 15 de la *Loi sur la justice administrative* habilite explicitement le TAQ à trancher des questions de droit, et rien n'indique que le législateur avait l'intention de soustraire les questions relatives à la *Charte canadienne* à la compétence que le TAQ possède à l'égard des questions de droit. Au contraire, la structure générale du TAQ, qui est celle d'un organisme quasi judiciaire fort complexe, témoigne de la volonté du législateur de voir le TAQ trancher toutes les questions de droit. [32-35] [37]

Aux termes des art. 74 et 107 de la *Loi sur la justice administrative*, le TAQ possède tous les pouvoirs de réparation nécessaires à l'exercice de sa compétence, et l'absence d'un recours en particulier ne justifie pas que l'on contorne le processus administratif. Bien que le TAQ ne puisse pas prononcer une déclaration formelle d'invalidité, un demandeur peut quand même soumettre au TAQ une affaire qui soulève la constitutionnalité d'une disposition. Si le TAQ conclut qu'il y a violation de la *Charte canadienne*, il peut refuser d'appliquer la disposition pour des motifs constitutionnels et statuer sur la demande comme si elle n'était pas en vigueur. Une telle décision resterait cependant susceptible d'un contrôle judiciaire selon la norme de la décision correcte, et le demandeur pourrait alors demander une déclaration formelle d'invalidité. De même, bien que le TAQ ne puisse accorder une injonction, le libellé général de l'art. 74 témoigne de l'intention du législateur québécois d'accorder au TAQ les pouvoirs de réparation nécessaires pour sauvegarder les droits des parties. [43-46]

Une décision du TAQ concernant le droit d'un enfant à l'enseignement en anglais lie le conseil scolaire, même si ce dernier n'est pas partie à l'appel. [47]

Compte tenu de l'exclusivité de la compétence du TAQ et de l'étendue de ses pouvoirs de réparation, la Cour supérieure devrait exercer avec prudence son pouvoir discrétionnaire de consentir des injonctions dans le cadre des demandes d'enseignement dans la langue de la minorité, et elle ne devrait le faire que pour compléter le processus administratif et non pour l'affaiblir. Malgré que le législateur ait délégué au TAQ des pouvoirs de réparation en matière de droits constitutionnels, la compétence résiduelle et inhérente de la Cour supérieure lui permettant de statuer sur des contestations mettant directement en cause un régime législatif subsiste et lui permet d'accorder au besoin la réparation qui est convenable et juste. [51-55]

Jurisprudence

Arrêts appliqués: *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54; *Paul c. Colombie-Britannique (Forest*

[2003] 2 S.C.R. 585, 2003 SCC 55; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; **referred to:** *Gosselin (Tuteur of) v. Quebec (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 238, 2005 SCC 15; *Solski (Tutor of) v. Quebec (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 201, 2005 SCC 14; *Douglas/Kwanitlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *R. v. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 S.C.R. 575, 2001 SCC 81; *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929; *Québec (Procureure générale) v. Barreau de Montréal*, [2001] R.J.Q. 2058; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting administrative justice, R.S.Q., c. J-3, ss. 14, 15, 24, 25, 38, 74, 82, 107, 112, Sch. I, s. 3.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 23, 24(1).
Charter of the French language, R.S.Q., c. C-11, ss. 72, 73, 75, 76, 81, 82-83, 83.4, 85, 86.1.
Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 31, 751.
Rules of procedure of the Administrative Tribunal of Québec, (1999) 131 G.O. II, 4122, s. 17.

Authors Cited

Brun, Henri, et Guy Tremblay. *Droit constitutionnel*, 4^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2002.
 Ferland, Denis, et Benoît Emery. *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 2, 4^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2003.
 Gendreau, Paul-Arthur, et autres. *L'injonction*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1998.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Gendreau, Mailhot and Forget J.J.A.), [2002] R.J.Q. 1278, [2002] Q.J. No. 1130 (QL), affirming a decision of Crêteau J., [2001] Q.J. No. 4191 (QL). Appeal dismissed.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Gendreau, Mailhot and Forget J.J.A.), [2002] Q.J. No. 1124 (QL), affirming a decision of Viau J. Appeal dismissed.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Gendreau, Mailhot and Forget J.J.A.), [2002] Q.J. No. 1129 (QL), setting aside a decision of Bishop J., [2001] Q.J. No. 867 (QL). Appeal dismissed.

Appeals Commission, [2003] 2 R.C.S. 585, 2003 CSC 55; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; **arrêts mentionnés :** *Gosselin (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 238, 2005 CSC 15; *Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 201, 2005 CSC 14; *Douglas/Kwanitlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *R. c. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 R.C.S. 575, 2001 CSC 81; *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929; *Québec (Procureure générale) c. Barreau de Montréal*, [2001] R.J.Q. 2058; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 23, 24(1).
Charte de la langue française, L.R.Q., ch. C-11, art. 72, 73, 75, 76, 81, 82-83, 83.4, 85, 86.1.
Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 31, 751.
Loi sur la justice administrative, L.R.Q., ch. J-3, art. 14, 15, 24, 25, 38, 74, 82, 107, 112, ann. I, art. 3.
Règles de procédure du Tribunal administratif du Québec, (1999) 131 G.O. II, 5616, art. 17.

Doctrine citée

Brun, Henri, et Guy Tremblay. *Droit constitutionnel*, 4^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2002.
 Ferland, Denis, et Benoît Emery. *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 2, 4^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003.
 Gendreau, Paul-Arthur, et autres. *L'injonction*. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 1998.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Gendreau, Mailhot et Forget), [2002] R.J.Q. 1278, [2002] J.Q. n^o 1130 (QL), qui a confirmé une décision du juge Crêteau, [2001] J.Q. n^o 4191 (QL). Pourvoi rejeté.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Gendreau, Mailhot et Forget), [2002] J.Q. n^o 1124 (QL), qui a confirmé une décision du juge Viau. Pourvoi rejeté.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Gendreau, Mailhot et Forget), [2002] J.Q. n^o 1129 (QL), qui a infirmé une décision du juge Bishop, [2001] J.Q. n^o 867 (QL). Pourvoi rejeté.

Brent D. Tyler and Walter C. Elmore, for the appellants.

Benoît Belleau, for the respondents.

The following is the judgment delivered by

THE COURT —

I. Introduction

This is one of three companion appeals about entitlement to minority language education, the other two being *Gosselin (Tutor of) v. Quebec (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 238, 2005 SCC 15, and *Solski (Tutor of) v. Quebec (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 201, 2005 SCC 14. This appeal concerns the scope of the jurisdiction of the Administrative Tribunal of Québec (“ATQ”), its ability to consider and determine claims to constitutional entitlements, and the obligation of claimants to follow the administrative appeal process. We are in agreement with the Quebec Court of Appeal that the ATQ has this jurisdiction and that the administrative appeal process may not be bypassed. We acknowledge, however, that superior courts retain the residual jurisdiction to grant injunctive relief in certain urgent situations and to consider, in appropriate circumstances, a direct constitutional challenge to the law. For the reasons that follow, we would dismiss the appeal.

II. Background and Judicial History

This appeal emerged out of several disputes about entitlement to minority language education. In each case, the claimants attempted to bypass the administrative process and move the dispute to the Superior Court of Quebec. What follows is a brief review of the facts of each case and the outcomes at the Superior Court, followed by a review of the outcome of the joint appeal to the Quebec Court of Appeal.

Brent D. Tyler et Walter C. Elmore, pour les appelants.

Benoît Belleau, pour les intimés.

Le jugement suivant a été rendu par

LA COUR —

I. Introduction

Il s'agit en l'espèce de l'un de trois pourvois connexes relatifs au droit à l'enseignement dans la langue de la minorité, les deux autres étant *Gosselin (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 238, 2005 CSC 15, et *Solski (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 201, 2005 CSC 14. Le présent appel porte sur l'étendue de la compétence du Tribunal administratif du Québec (« TAQ »), sur sa capacité d'examiner et de trancher les revendications de droits constitutionnels, et sur l'obligation pour les demandeurs de suivre le processus d'appel administratif. Nous sommes d'avis, tout comme la Cour d'appel du Québec, que le TAQ possède cette compétence et que les parties intéressées doivent respecter ce processus d'appel administratif. Nous reconnaissons toutefois que les cours supérieures conservent une compétence résiduelle qui leur permet d'accorder des injonctions dans certaines situations urgentes et d'examiner, lorsque les circonstances s'y prêtent, une contestation mettant directement en cause la constitutionnalité de la loi. Pour les motifs qui suivent, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi.

II. Contexte et historique des procédures judiciaires

Le présent pourvoi provient d'un certain nombre de litiges portant sur le droit à l'enseignement dans la langue de la minorité. Dans chaque cas, les demandeurs ont tenté de contourner le processus administratif, afin de soumettre directement le litige à la Cour supérieure du Québec. Dans les paragraphes qui suivent, nous rappellerons brièvement les faits de chaque affaire et les décisions de la Cour supérieure, ainsi que le sort de l'appel conjoint formé devant la Cour d'appel du Québec.

A. *The Casimir Case, Viau J. (Superior Court of Quebec)*

3 The appellant Edwidge Casimir, a Canadian citizen and mother of two, registered her children with the English Montreal School Board. She also applied to the Minister pursuant to s. 73(2) of the *Charter of the French language*, R.S.Q., c. C-11, for a certificate of eligibility for her children. The application was denied by the Minister's designated person on the ground that the eldest child had not received the major part of her instruction in English in Canada as required by s. 73(2). Instead of following the regular administrative appeal process, Ms. Casimir filed an "application for interlocutory and permanent declaratory and injunctive relief" in the Superior Court, asking for, *inter alia*, an order that the school board provide public instruction to her children in English and a declaration that she was a "right-holder" under s. 23(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and had the right to send her children to an English public school in Quebec.

4 On November 13, 2000, the Superior Court granted the Attorney General's motion to dismiss on jurisdictional grounds. In brief reasons, Viau J. ruled that the ATQ had jurisdiction to hear Ms. Casimir's case.

B. *The Zorrilla Case, Bishop J. (Superior Court of Quebec)*

5 The appellant Consuelo Zorrilla is a Canadian citizen. Her son, who was born in 1990, attended an unsubsidized English private school in Quebec from December 2000 to June 2001. Ms. Zorrilla filed an application for declaratory relief in the Superior Court, seeking a declaration that ss. 72 and 73 of the *Charter of the French language* are inconsistent with s. 23(2) of the *Canadian Charter* and are invalid to the extent that s. 73(2), in granting the right to receive instruction in English in Quebec, requires that the major part of the child's instruction in Canada be in English.

A. *L'affaire Casimir, le juge Viau (Cour supérieure du Québec)*

L'appelante Edwidge Casimir, citoyenne canadienne et mère de deux enfants, a inscrit ces derniers à la Commission scolaire English-Montréal. Elle a aussi demandé au ministre un certificat d'admissibilité de ses enfants conformément au par. 73(2) de la *Charte de la langue française*, L.R.Q., ch. C-11. La personne désignée par le ministre a refusé la demande parce que l'aînée n'avait pas reçu la majeure partie de son enseignement en anglais au Canada comme l'exige le par. 73(2). Plutôt que d'utiliser la procédure d'appel administratif habituelle, M^{me} Casimir a présenté à la Cour supérieure une requête pour obtenir un jugement déclaratoire et une injonction interlocutoire et permanente. Elle a demandé notamment à la cour d'ordonner à la Commission scolaire d'offrir à ses enfants un enseignement public en anglais, et de déclarer qu'elle était un « titulaire de droits » visé au par. 23(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu'elle jouissait du droit d'envoyer ses enfants dans une école publique anglaise au Québec.

Le 13 novembre 2000, la Cour supérieure a accueilli la requête en irrecevabilité fondée sur des motifs de compétence présentée par le procureur général. Dans de brefs motifs, le juge Viau a conclu que le TAQ détenait la compétence d'entendre la demande de M^{me} Casimir.

B. *L'affaire Zorrilla, le juge Bishop (Cour supérieure du Québec)*

L'appelante Consuelo Zorrilla est citoyenne canadienne. Son fils, né en 1990, a fréquenté une école anglaise privée non subventionnée au Québec entre décembre 2000 et juin 2001. M^{me} Zorrilla a demandé par requête à la Cour supérieure de déclarer les art. 72 et 73 de la *Charte de la langue française* incompatibles avec le par. 23(2) de la *Charte canadienne* et invalides dans la mesure où le par. 73(2), qui accorde le droit à l'enseignement en anglais au Québec, exige que l'enfant ait reçu la majeure partie de son enseignement en anglais au Canada.

On March 7, 2001, the Superior Court dismissed the Attorney General's motion to dismiss the application on jurisdictional grounds ([2001] Q.J. No. 867 (QL)). Bishop J. held that proceeding directly to the Superior Court was the appropriate recourse. One reason for his reaching this decision related to practical issues of timing and cost. Bishop J. also found that the ATQ would have had jurisdiction to hear the constitutional question only if the question had already been heard by the review committee. Since no decision was sought from the review committee, the ATQ did not have jurisdiction to hear the constitutional challenge, whereas the Superior Court did. Finally, the trial judge noted that the relief sought by Ms. Zorrilla was grounded in s. 24(1) of the *Canadian Charter*. She was seeking a formal declaration of invalidity, not only for her son, but also for other children in similar situations. The ATQ could not grant this remedy.

C. *The Okwuobi Case, Crôteau J. (Superior Court of Quebec)*

The appellant Ikechukwu Okwuobi is a Canadian citizen and a father of two. He applied pursuant to s. 73(2) of the *Charter of the French language* for a certificate of eligibility to permit his children to attend schools in the Lester B. Pearson School Board. His application was denied by the designated person on the ground that his eldest son had not received the major part of his instruction in English in Canada. Mr. Okwuobi appealed the decision to the review committee and filed an "application for interlocutory and permanent declaratory and injunctive relief" in the Superior Court. He asked the court to declare ss. 72 and 73 of the *Charter of the French language* invalid on the ground that they are inconsistent with s. 23(2) of the *Canadian Charter*. On September 10, 2001, the Superior Court granted the respondents' motion to dismiss on jurisdictional grounds ([2001] Q.J. No. 4191 (QL)). On the same day, the review committee dismissed Mr. Okwuobi's appeal of the administrative decision. He then appealed to the ATQ which, on December 19,

Le 7 mars 2001, la Cour supérieure a rejeté la requête en irrecevabilité fondée sur des motifs de compétence présentée par le procureur général ([2001] J.Q. n° 867 (QL)). Le juge Bishop a conclu que la demande présentée directement à la Cour supérieure constituait le recours approprié. Cette décision était notamment motivée par des considérations pratiques d'opportunité et de coût. Le juge Bishop a aussi conclu que le TAQ n'aurait eu compétence pour connaître de la question constitutionnelle que si cette question avait déjà été soumise au comité de révision. Puisque aucune décision du comité de révision n'était sollicitée, le TAQ n'avait pas le pouvoir d'entendre la contestation constitutionnelle, alors que la Cour supérieure possédait ce pouvoir. Enfin, le juge de première instance a fait remarquer que la réparation demandée par M^{me} Zorrilla était fondée sur le par. 24(1) de la *Charte canadienne*. Elle cherchait à obtenir une déclaration formelle d'invalidité, non seulement pour son fils, mais également pour les autres enfants se trouvant dans la même situation. Le TAQ ne pouvait accorder une telle réparation.

C. *L'affaire Okwuobi, le juge Crôteau (Cour supérieure du Québec)*

L'appelant Ikechukwu Okwuobi est citoyen canadien et père de deux enfants. Il a demandé conformément au par. 73(2) de la *Charte de la langue française* un certificat d'admissibilité permettant à ses enfants de fréquenter l'école à la Commission scolaire Lester-B.-Pearson. La personne désignée a rejeté sa demande parce que son fils aîné n'avait pas reçu la majeure partie de son enseignement en anglais au Canada. M. Okwuobi a interjeté appel de la décision devant le comité de révision et a déposé à la Cour supérieure une requête en jugement déclaratoire et en injonction provisoire et permanente. Il a demandé à la cour d'invalidiser les art. 72 et 73 de la *Charte de la langue française* parce qu'ils sont incompatibles avec le par. 23(2) de la *Charte canadienne*. Le 10 septembre 2001, la Cour supérieure a accueilli la requête en irrecevabilité fondée sur des motifs de compétence présentée par les intimés ([2001] J.Q. n° 4191 (QL)). Le même jour, le comité de révision a rejeté l'appel formé par M. Okwuobi à l'encontre de la décision

2001, reversed the review committee's decision and declared the children eligible for public instruction in English in Quebec.

8 As mentioned above, the Superior Court granted the respondents' motion to dismiss on jurisdictional grounds on September 10, 2001. Crêteau J. held that the ATQ had exclusive jurisdiction with respect to all the questions raised in Mr. Okwuobi's application. He ruled that the administrative process had not yet been exhausted and that he should therefore decline to hear Mr. Okwuobi's application. That decision was appealed to the Court of Appeal.

D. *Joined Appeal to the Quebec Court of Appeal*

9 The Quebec Court of Appeal heard the *Casimir*, *Zorrilla* and *Okwuobi* cases together, affirming the decisions in *Casimir* ([2002] Q.J. No. 1124 (QL)) and *Okwuobi* ([2002] R.J.Q. 1278) and reversing the decision in *Zorrilla* ([2002] Q.J. No. 1129 (QL)). The Court of Appeal's reasons for decision are found in *Okwuobi*.

10 The Court of Appeal considered the case law of this Court, and took the decisions in *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570, and *R. v. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 S.C.R. 575, 2001 SCC 81, as authorities for the proposition that where an administrative tribunal is given the power to hear questions of law, this includes the power to interpret and apply the *Canadian Charter*. Citing *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929, the Court of Appeal concluded that a model of exclusive jurisdiction was to be preferred to one of concurrent or overlapping jurisdiction. On the basis of *Weber* and *974649 Ontario*, the Court of Appeal concluded that a "court of competent jurisdiction" is one that has jurisdiction over the parties, the subject matter of the litigation and the remedy being sought.

11 The Court of Appeal was convinced that the ATQ had jurisdiction both over the parties and over

administrative. Après un appel de cette décision, le TAQ a, le 19 décembre 2001, infirmé la décision du comité de révision et déclaré les enfants admissibles à fréquenter une école publique anglaise au Québec.

Tel qu'indiqué ci-dessus, le 10 septembre 2001, la Cour supérieure a accueilli la requête en irrecevabilité fondée sur des motifs de compétence présentée par les intimés. Le juge Crêteau a statué que le TAQ avait compétence exclusive à l'égard de toutes les questions soulevées dans la requête présentée par M. Okwuobi. Il a conclu que le processus administratif n'avait pas encore été épuisé. En conséquence, il devait refuser d'entendre la requête de M. Okwuobi. Cette décision a fait l'objet d'un appel à la Cour d'appel.

D. *Jonction d'appels à la Cour d'appel du Québec*

La Cour d'appel du Québec a entendu ensemble les affaires *Casimir*, *Zorrilla* et *Okwuobi*, a confirmé les décisions rendues dans *Casimir* ([2002] J.Q. n° 1124 (QL)) et *Okwuobi* ([2002] R.J.Q. 1278), et a infirmé celle prononcée dans *Zorrilla* ([2002] J.Q. n° 1129 (QL)). Les motifs de la décision de la Cour d'appel se trouvent dans l'arrêt *Okwuobi*.

La Cour d'appel a examiné la jurisprudence de notre Cour et a retenu des arrêts *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570, et *R. c. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 R.C.S. 575, 2001 CSC 81, que lorsqu'un tribunal administratif est investi du pouvoir de statuer sur des questions de droit, ce pouvoir comprend celui d'interpréter et d'appliquer la *Charte canadienne*. Citant l'arrêt *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929, la Cour d'appel a décidé qu'il fallait opter pour un modèle de compétence exclusive de préférence à un modèle de compétence concurrente ou de chevauchement des compétences. Se fondant sur les arrêts *Weber* et *974649 Ontario*, la Cour d'appel a décidé qu'un « tribunal compétent » est un tribunal qui a compétence à l'égard des parties, de l'objet du litige et de la réparation recherchée.

La Cour d'appel s'est dite convaincue que le TAQ avait compétence tant à l'égard des parties qu'à

the subject matter of the litigation, in that the litigation related to the application of the *Charter of the French language*. The court thus turned to whether the ATQ could grant the remedy being sought by Mr. Okwuobi. It adopted the approach of McLachlin C.J. in 974649 *Ontario*, where she developed a functional and structural approach to deciding whether a tribunal may grant the remedy being sought. In particular, McLachlin C.J. stated the following, at para. 45:

The question, in essence, is whether the legislature or Parliament has furnished the court or tribunal with the tools necessary to fashion the remedy sought under s. 24 in a just, fair and consistent manner without impeding its ability to perform its intended function.

The Court of Appeal also referred to the statement in 974649 *Ontario*, that the “history and accepted practice of the institution” must be considered in determining whether the tribunal may grant the remedy being sought (para. 46).

As a result, the Court of Appeal concluded, based in particular on s. 83.4 of the *Charter of the French language* and s. 14 of the *Act respecting administrative justice*, R.S.Q., c. J-3, that the legislature intended to confer on the ATQ the power to deal with all litigation relating to the application of s. 73 of the *Charter of the French language*. The Court of Appeal found that the ATQ has exclusive jurisdiction to interpret any law necessary for the exercise of its jurisdiction. Moreover, s. 74 of the *Act respecting administrative justice* provides that the ATQ may make decisions of an interlocutory nature in order to safeguard the rights of the parties. Finally, the Court of Appeal, referring to one of its earlier decisions, *Québec (Procureure générale) v. Barreau de Montréal*, [2001] R.J.Q. 2058, at p. 2090, pointed out that the structure of the ATQ was similar in many ways to that of a court of law.

The Court of Appeal accordingly held that the function and structure of the ATQ conferred exclusive jurisdiction over this matter on the ATQ and gave it the authority to grant a remedy pursuant to s. 24 of the *Canadian Charter*. The Superior Court’s

l’égard de l’objet du litige, puisque le litige avait trait à l’application de la *Charte de la langue française*. La cour s’est donc demandé si le TAQ pouvait accorder la réparation demandée par M. Okwuobi. Elle a fait sienne la méthode retenue par la juge en chef McLachlin dans l’arrêt 974649 *Ontario*. La juge en chef avait alors adopté une approche fonctionnelle et structurelle pour décider si un tribunal administratif pouvait accorder la réparation demandée. Plus particulièrement, la juge en chef McLachlin explique au par. 45 :

Essentiellement, il s’agit de déterminer si la législature ou le Parlement a doté le tribunal judiciaire ou administratif concerné des outils nécessaires pour lui permettre de façonner de manière juste, équitable et uniforme la réparation demandée en vertu de l’art. 24, sans nuire à sa capacité d’accomplir sa fonction première.

La Cour d’appel a également renvoyé au commentaire contenu à l’arrêt 974649 *Ontario*, selon lequel il fallait tenir compte de « l’historique de l’institution et [de] sa pratique reconnue », afin de déterminer si le tribunal peut accorder la réparation demandée (par. 46).

Par conséquent, la Cour d’appel a conclu, en se fondant en particulier sur l’art. 83.4 de la *Charte de la langue française* et sur l’art. 14 de la *Loi sur la justice administrative*, L.R.Q., ch. J-3, que le législateur entendait conférer au TAQ le pouvoir de trancher tout litige relatif à l’application de l’art. 73 de la *Charte de la langue française*. La Cour d’appel a jugé que le TAQ détenait la compétence exclusive d’interpréter toute loi nécessaire à l’exercice de sa compétence. En outre, aux termes de l’art. 74 de la *Loi sur la justice administrative*, le TAQ peut rendre les décisions interlocutoires nécessaires à la préservation des droits des parties. Enfin, la Cour d’appel, citant l’une de ses décisions antérieures, *Québec (Procureure générale) c. Barreau de Montréal*, [2001] R.J.Q. 2058, p. 2090, a souligné que la structure du TAQ s’apparente à plusieurs égards à celle d’une cour de justice.

La Cour d’appel a donc conclu que la fonction et la structure du TAQ lui confèrent une compétence exclusive à l’égard du litige et l’autorisent à accorder une réparation fondée sur l’art. 24 de la *Charte canadienne*. Elle a ainsi confirmé les jugements

12

13

judgments in *Okwuobi* and *Casimir* were affirmed, while its judgment in *Zorrilla* was set aside.

III. Relevant Legislative Provisions

14

Canadian Charter of Rights and Freedoms

23. (1) Citizens of Canada

(a) whose first language learned and still understood is that of the English or French linguistic minority population of the province in which they reside, or

(b) who have received their primary school instruction in Canada in English or French and reside in a province where the language in which they received that instruction is the language of the English or French linguistic minority population of the province,

have the right to have their children receive primary and secondary school instruction in that language in that province.

(2) Citizens of Canada of whom any child has received or is receiving primary or secondary school instruction in English or French in Canada, have the right to have all their children receive primary and secondary school instruction in the same language.

Charter of the French language, R.S.Q., c. C-11

72. Instruction in the kindergarten classes and in the elementary and secondary schools shall be in French, except where this chapter allows otherwise.

73. The following children, at the request of one of their parents, may receive instruction in English:

(1) a child whose father or mother is a Canadian citizen and received elementary instruction in English in Canada, provided that that instruction constitutes the major part of the elementary instruction he or she received in Canada;

(2) a child whose father or mother is a Canadian citizen and who has received or is receiving elementary or secondary instruction in English in Canada, and the brothers and sisters of that child, provided that that instruction constitutes the major part of the elementary or secondary instruction received by the child in Canada;

(3) a child whose father and mother are not Canadian citizens, but whose father or mother received

de la Cour supérieure dans les affaires *Okwuobi* et *Casimir* et infirmé le jugement de cette dernière dans l'affaire *Zorrilla*.

III. Dispositions législatives pertinentes

Charte canadienne des droits et libertés

23. (1) Les citoyens canadiens :

a) dont la première langue apprise et encore comprise est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province où ils résident,

b) qui ont reçu leur instruction, au niveau primaire, en français ou en anglais au Canada et qui résident dans une province où la langue dans laquelle ils ont reçu cette instruction est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province,

ont, dans l'un ou l'autre cas, le droit d'y faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans cette langue.

(2) Les citoyens canadiens dont un enfant a reçu ou reçoit son instruction, au niveau primaire ou secondaire, en français ou en anglais au Canada ont le droit de faire instruire tous leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de cette instruction.

Charte de la langue française, L.R.Q., ch. C-11

72. L'enseignement se donne en français dans les classes maternelles, dans les écoles primaires et secondaires sous réserve des exceptions prévues au présent chapitre.

73. Peuvent recevoir l'enseignement en anglais, à la demande de l'un de leurs parents :

1° les enfants dont le père ou la mère est citoyen canadien et a reçu un enseignement primaire en anglais au Canada, pourvu que cet enseignement constitue la majeure partie de l'enseignement primaire reçu au Canada;

2° les enfants dont le père ou la mère est citoyen canadien et qui ont reçu ou reçoivent un enseignement primaire ou secondaire en anglais au Canada, de même que leurs frères et sœurs, pourvu que cet enseignement constitue la majeure partie de l'enseignement primaire ou secondaire reçu au Canada;

3° les enfants dont le père et la mère ne sont pas citoyens canadiens mais dont l'un d'eux a reçu un

elementary instruction in English in Québec, provided that that instruction constitutes the major part of the elementary instruction he or she received in Québec;

(4) a child who, in his last year in school in Québec before 26 August 1977, was receiving instruction in English in a public kindergarten class or in an elementary or secondary school, and the brothers and sisters of that child;

(5) a child whose father or mother was residing in Québec on 26 August 1977 and had received elementary instruction in English outside Québec, provided that that instruction constitutes the major part of the elementary instruction he or she received outside Québec.

However, instruction in English received in Québec in a private educational institution not accredited for the purposes of subsidies by the child for whom the request is made, or by a brother or sister of the child, shall be disregarded. The same applies to instruction in English received in Québec in such an institution after 1 October 2002 by the father or mother of the child.

Instruction in English received pursuant to a special authorization under section 81, 85 or 85.1 shall also be disregarded.

75. The Minister of Education may empower such persons as he may designate to verify and decide on children's eligibility for instruction in English under any of sections 73, 81, 85 and 86.1.

83.4. Any decision concerning a child's eligibility for instruction in English made pursuant to section 73, 76, 81, 85 or 86.1 by a designated person may, within 60 days of notification of the decision, be contested before the Administrative Tribunal of Québec.

Act respecting administrative justice, R.S.Q., c. J-3

14. The Administrative Tribunal of Québec is hereby instituted.

The function of the Tribunal, in the cases provided for by law, is to make determinations in respect of proceedings brought against an administrative authority or a decentralized authority.

Except where otherwise provided by law, the Tribunal shall exercise its jurisdiction to the exclusion of any other tribunal or adjudicative body.

15. The Tribunal has the power to decide any question of law or fact necessary for the exercise of its jurisdiction.

In the case of the contestation of a decision, the Tribunal may confirm, vary or quash the contested

enseignement primaire en anglais au Québec, pourvu que cet enseignement constitue la majeure partie de l'enseignement primaire reçu au Québec;

4° les enfants qui, lors de leur dernière année de scolarité au Québec avant le 26 août 1977, recevaient l'enseignement en anglais dans une classe maternelle publique ou à l'école primaire ou secondaire, de même que leurs frères et sœurs;

5° les enfants dont le père ou la mère résidait au Québec le 26 août 1977, et avait reçu un enseignement primaire en anglais hors du Québec, pourvu que cet enseignement constitue la majeure partie de l'enseignement primaire reçu hors du Québec.

Il n'est toutefois pas tenu compte de l'enseignement en anglais reçu au Québec dans un établissement d'enseignement privé non agréé aux fins de subventions par l'enfant pour qui la demande est faite ou par l'un de ses frères et sœurs. Il en est de même de l'enseignement en anglais reçu au Québec dans un tel établissement, après le 1^{er} octobre 2002, par le père ou la mère de l'enfant.

Il n'est pas tenu compte non plus de l'enseignement en anglais reçu en application d'une autorisation particulière accordée en vertu des articles 81, 85 ou 85.1.

75. Le ministre de l'Éducation peut conférer à des personnes qu'il désigne le pouvoir de vérifier l'admissibilité des enfants à l'enseignement en anglais en vertu de l'un ou l'autre des articles 73, 81, 85 et 86.1 et de statuer à ce sujet.

83.4. Toute décision sur l'admissibilité d'un enfant à l'enseignement en anglais, rendue par une personne désignée en application des articles 73, 76, 81, 85 ou 86.1, peut, dans un délai de 60 jours de sa notification, être contestée devant le Tribunal administratif du Québec.

Loi sur la justice administrative, L.R.Q., ch. J-3

14. Est institué le « Tribunal administratif du Québec ».

Il a pour fonction, dans les cas prévus par la loi, de statuer sur les recours formés contre une autorité administrative ou une autorité décentralisée.

Sauf disposition contraire de la loi, il exerce sa compétence à l'exclusion de tout autre tribunal ou organisme juridictionnel.

15. Le Tribunal a le pouvoir de décider toute question de droit ou de fait nécessaire à l'exercice de sa compétence.

Lorsqu'il s'agit de la contestation d'une décision, il peut confirmer, modifier ou infirmer la décision

decision and, if appropriate, make the decision which, in its opinion, should have been made initially.

24. In matters of health services and social services, education and road safety, the social affairs division is charged with making determinations in respect of the proceedings referred to in section 3 of Schedule I pertaining in particular, as regards health services and social services matters, to decisions relating to access to documents or information concerning a beneficiary, a person's eligibility for a health insurance program, the identification of a handicapped person, the evacuation and relocation of certain persons, a permit issued to a health services or social services institution, to an organ and tissue bank, to a laboratory or to other services or an adapted work centre certificate, or decisions concerning a health professional or the members of the board of directors of an institution.

25. . . .

Proceedings referred to in paragraphs 2.1 and 5.1 of section 3 of Schedule I shall be heard and determined by a panel of two members, one of whom shall be an advocate or notary and the other, a person well-acquainted with the field of education.

38. The Tribunal shall be composed of members who are independent and impartial, appointed by the Government in the number determined by the Government.

74. The Tribunal and its members are vested with the powers and immunity of commissioners appointed under the Act respecting public inquiry commissions (chapter C-37), except the power to order imprisonment.

They are also vested with all the powers necessary for the performance of their duties; they may, in particular, make any order they consider appropriate to safeguard the rights of the parties.

82. The president, the vice-president responsible for the division or any member designated by either shall determine which members are to take part in each sitting.

The president may, where he considers it expedient in view of the complexity of a case or importance of a matter, form a panel comprising a greater number of members than that provided for in Chapter II, but not exceeding five.

contestée et, s'il y a lieu, rendre la décision qui, à son avis, aurait dû être prise en premier lieu.

24. En matière de services de santé et de services sociaux, d'éducation et de sécurité routière, la section des affaires sociales est chargée de statuer sur les recours visés à l'article 3 de l'annexe I, portant notamment, en matière de services de santé et de services sociaux, sur des décisions relatives à l'accès aux documents ou renseignements concernant un bénéficiaire, à l'admissibilité d'une personne à un programme d'assurance maladie, à l'identification d'une personne handicapée, à l'évacuation et au relogement de certaines personnes, aux permis d'établissements de santé et de services sociaux, de banques d'organes, de laboratoires ou d'autres services et aux certificats de centres de travail adapté, ou concernant un professionnel de la santé ou les membres du conseil d'administration d'un établissement.

25. . . .

Les recours visés aux paragraphes 2.1^o et 5.1^o de l'article 3 de l'annexe I sont instruits et décidés par une formation de deux membres dont l'un est avocat ou notaire et l'autre une personne ayant une bonne connaissance du milieu de l'éducation.

38. Le Tribunal est composé de membres impartiaux et indépendants, nommés par le gouvernement qui en détermine le nombre.

74. Le Tribunal et ses membres sont investis des pouvoirs et de l'immunité des commissaires nommés en vertu de la Loi sur les commissions d'enquête (chapitre C-37), sauf du pouvoir d'ordonner l'emprisonnement.

Ils ont en outre tous les pouvoirs nécessaires à l'exercice de leurs fonctions; ils peuvent notamment rendre toutes ordonnances qu'ils estiment propres à sauvegarder les droits des parties.

82. Le président, le vice-président responsable de la section ou tout membre désigné par l'un d'eux détermine quels membres sont appelés à siéger à l'une ou l'autre des séances.

Le président peut, lorsqu'il l'estime utile en raison de la complexité ou de l'importance d'une affaire, prévoir une formation composée d'un nombre de membres supérieur à celui prévu au chapitre II sans excéder cinq membres.

107. A proceeding before the Tribunal does not suspend the execution of the contested decision, unless a provision of law provides otherwise or, upon a motion heard and judged by preference, a member of the Tribunal orders otherwise by reason of urgency or of the risk of serious and irreparable harm.

If the law provides that the proceeding suspends the execution of the decision, or if the Tribunal issues such an order, the proceeding shall be heard and judged by preference.

SCHEDULE I

3. In matters of health services and social services, education and road safety, the social affairs division hears and determines

(2.1) proceedings under section 83.4 of the Charter of the French language (chapter C-11);

Rules of procedure of the Administrative Tribunal of Québec, (1999) 131 G.O. II, 4122

17. Any party to a recourse may, with the authorization of the Tribunal and on the conditions it determines, implead a third party whose presence is necessary to resolve the dispute completely.

The Tribunal may, *ex officio*, order the impleading of any person whose interests could be affected by its decision.

Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25

31. The Superior Court is the court of original general jurisdiction; it hears in first instance every suit not assigned exclusively to another court by a specific provision of law.

751. An injunction is an order of the Superior Court or of a judge thereof, enjoining a person, his senior officers, agents or employees, not to do or to cease doing, or, in cases which admit of it, to perform a particular act or operation, under pain of all legal penalties.

IV. Issues

Three related issues are raised in this appeal. The first concerns the scope of the ATQ's jurisdiction and whether the ATQ may deal with constitutional

107. Un recours formé devant le Tribunal ne suspend pas l'exécution de la décision contestée, à moins qu'une disposition de la loi ne prévoit le contraire ou que, sur requête instruite et jugée d'urgence, un membre du Tribunal n'en ordonne autrement en raison de l'urgence ou du risque d'un préjudice sérieux et irréparable.

Si la loi prévoit que le recours suspend l'exécution de la décision ou si le Tribunal rend une telle ordonnance, le recours est instruit et jugé d'urgence.

ANNEXE I

3. En matière de services de santé et de services sociaux, d'éducation et de sécurité routière, la section des affaires sociales connaît des recours suivants :

2.1° les recours formés en vertu de l'article 83.4 de la Charte de la langue française (chapitre C-11);

Règles de procédure du Tribunal administratif du Québec, (1999) 131 G.O. II, 5616

17. Toute partie à un recours peut, sur autorisation du Tribunal et aux conditions qu'il fixe, y appeler un tiers dont la présence est nécessaire pour permettre une solution complète du litige.

Le Tribunal peut, d'office, ordonner la mise en cause de toute personne dont les intérêts peuvent être affectés par sa décision.

Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25

31. La Cour supérieure est le tribunal de droit commun; elle connaît en première instance de toute demande qu'une disposition formelle de la loi n'a pas attribuée exclusivement à un autre tribunal.

751. L'injonction est une ordonnance de la Cour supérieure ou de l'un de ses juges, enjoignant à une personne, à ses dirigeants, représentants ou employés, de ne pas faire ou de cesser de faire, ou, dans les cas qui le permettent, d'accomplir un acte ou une opération déterminés, sous les peines que de droit.

IV. Questions en litige

Le présent pourvoi soulève trois questions connexes. La première concerne l'étendue de la compétence du TAQ et sa capacité de statuer sur des

questions incidental to its determination of entitlement to minority language education. The second issue relates to the ATQ's remedial powers and whether its decisions concerning entitlement are binding on school boards. The third issue concerns the scope of the residual jurisdiction of superior courts in respect of injunctive relief and direct constitutional challenges.

V. Analysis

16

These three related issues will be dealt with as follows. First, we will review the decision-making process in respect of claims for minority language education, including the administrative appeal process. We will also review the nature and organization of the ATQ, and this review will be followed by an outline of the jurisdiction of the ATQ in respect of language matters. This review will show that the legislature has granted the ATQ the power to consider and decide legal issues, including constitutional questions, and that the ATQ cannot therefore be bypassed in favour of the Superior Court. Second, we will consider the extent to which the ATQ has the necessary remedial authority to deal with incidental constitutional questions, and will discuss whether its decisions are binding on school boards. We will end our analysis by briefly discussing the residual authority of superior courts to issue injunctive relief in urgent situations and to rule on direct constitutional challenges to a legislative scheme.

A. *The Decision-Making Process for Minority Language Education Claims*

17

Section 72 of the *Charter of the French language* requires that instruction in kindergarten classes and in elementary and secondary schools, in public and subsidized private institutions, be in French. Exceptions to this rule exist, most notably for our purposes in s. 73 of the same statute. The parents of a child who seek to avail themselves of these exceptions must apply to persons designated by the Minister of Education under s. 75 of

questions constitutionnelles incidentes à ses décisions relatives au droit à l'enseignement dans la langue de la minorité. La deuxième question a trait aux pouvoirs de réparation du TAQ et à l'opposabilité aux conseils scolaires de ses décisions en matière d'admissibilité. La troisième porte sur l'étendue de la compétence résiduelle des cours supérieures en matière d'injonction et de contestations constitutionnelles directes.

V. Analyse

Nous aborderons successivement ces trois questions connexes. En premier lieu, nous examinerons le processus décisionnel applicable aux demandes d'enseignement dans la langue de la minorité, y compris le processus d'appel administratif. Nous analyserons alors la nature et l'organisation du TAQ, et cette analyse sera suivie d'un aperçu de la compétence du TAQ en matière linguistique. Cette analyse démontrera que le législateur a conféré au TAQ le pouvoir d'examiner et de trancher des questions de droit, notamment des questions constitutionnelles, et que l'on ne peut donc pas court-circuiter le TAQ pour s'adresser directement à la Cour supérieure. En second lieu, nous examinerons dans quelle mesure le TAQ possède le pouvoir de réparation nécessaire au règlement des questions constitutionnelles incidentes et si ses décisions sont opposables aux conseils scolaires. Notre étude se terminera par un bref examen du pouvoir résiduel des cours supérieures d'accorder des injonctions dans des situations urgentes et de statuer sur des contestations directes de la constitutionnalité d'un régime législatif.

A. *Le processus décisionnel applicable aux demandes d'enseignement dans la langue de la minorité*

L'article 72 de la *Charte de la langue française* exige que l'enseignement se donne en français dans les classes maternelles, les écoles primaires et secondaires, les établissements publics et les établissements privés subventionnés. Cette règle prévoit des exceptions, notamment pour les fins qui nous occupent, à l'art. 73 de la Loi. Lorsqu'ils veulent se prévaloir de ces exceptions, les parents doivent s'adresser aux personnes

the *Charter of the French language*. These designated persons decide on eligibility for instruction in English.

The initial decision of the designated person is subject to review. At the time relevant to these cases, the initial appeal from a decision of a designated person was to a review committee under ss. 82 and 83 of the *Charter of the French language*, and then to the ATQ under s. 83.4. However, ss. 82 and 83 were repealed effective October 1, 2002, meaning that now any decision concerning a child's eligibility for instruction in English made by a designated person pursuant to ss. 73, 76, 81, 85 or 86.1 may, within 60 days of notification of the decision, be appealed directly to the ATQ (see s. 83.4 of the *Charter of the French language*).

The administrative process thus requires that before turning to the Superior Court to gain access to minority language education in Quebec, a claimant must first apply to a designated person for a certificate of eligibility and, if necessary, appeal that decision to the ATQ. Following a determination by the ATQ, it is possible for the claimant to seek relief from the Superior Court.

B. *The Nature and Organization of the ATQ*

The ATQ was instituted by the *Act respecting administrative justice* which states that the function of the ATQ is, where provided by law, to make determinations in respect of proceedings brought against an administrative or decentralized authority.

The Tribunal consists of four divisions: (1) the social affairs division, (2) the immovable property division, (3) the territory and environment division, and (4) the economic affairs division. As will be shown below, the ATQ's jurisdiction in respect of minority language education is the responsibility of the social affairs division.

désignées par le ministre de l'Éducation aux termes de l'art. 75 de la *Charte de la langue française*. Les personnes ainsi désignées décident de l'admissibilité d'un enfant à recevoir un enseignement en anglais.

La décision initiale de la personne désignée est susceptible de révision. Au moment pertinent à ces affaires, l'appel d'une décision rendue par une personne désignée devait être interjeté d'abord devant un comité de révision en application des art. 82 et 83 de la *Charte de la langue française*, puis devant le TAQ aux termes de l'art. 83.4. Cependant, depuis l'abrogation des art. 82 et 83 le 1^{er} octobre 2002, on peut interjeter appel devant le TAQ des décisions relatives à l'admissibilité d'un enfant à recevoir un enseignement en anglais rendues par une personne désignée en application des art. 73, 76, 81, 85 ou 86.1, dans les 60 jours de sa notification (voir l'art. 83.4 de la *Charte de la langue française*).

L'existence de ce processus administratif oblige donc le réclamant à demander à une personne désignée un certificat d'admissibilité et, au besoin, à interjeter appel de cette décision au TAQ, avant de s'adresser à la Cour supérieure pour obtenir l'accès à l'enseignement dans la langue de la minorité au Québec. Après que le TAQ a rendu sa décision, la partie intéressée peut s'adresser à la Cour supérieure pour demander une réparation appropriée.

B. *La nature et l'organisation du TAQ*

Le TAQ a été créé par la *Loi sur la justice administrative*. Cette loi lui attribue pour fonction, dans les cas prévus par la législation, de statuer sur les recours formés contre un organisme administratif ou une autorité décentralisée.

Le Tribunal comporte quatre sections : (1) la section des affaires sociales, (2) la section des affaires immobilières, (3) la section du territoire et de l'environnement et (4) la section des affaires économiques. Comme on le verra plus bas, la section des affaires sociales exerce la compétence du TAQ en matière d'enseignement dans la langue de la minorité.

18

19

20

21

22 Proceedings are heard by a panel whose members are selected based on the nature of the appeal. Proceedings in respect of minority language education claims are heard by a two-member panel, one of whose members is to be an advocate or notary and the other a person well acquainted with the field of education (s. 25). The Act also allows for the formation of a panel of up to five members where a case is particularly complex or important (s. 82). Section 38 requires that the ATQ be composed of members who are independent and impartial. The ATQ also has its own rules of evidence and procedure (Chapter VI).

23 All told, the ATQ is a highly sophisticated tribunal, similar in many ways to Canadian courts of law. The following comment by Dussault J.A. of the Quebec Court of Appeal in *Québec (Procureure générale) v. Barreau de Montréal*, at p. 2090, speaks to this high degree of sophistication:

[TRANSLATION] ... the ATQ fulfils an exclusively jurisdictional function that, despite the stated objectives of promptness and accessibility, requires the implementation of procedures similar to the procedures of courts of law. Next, the ATQ has powers ordinarily conferred on courts of law, such as the powers to decide constitutional questions and to assess the grounds for an application for administrative secrecy. Finally, and most importantly, the ATQ is required to decide a very large number of cases involving the financial or political interests of the state as a party to the case. Taken as a whole, these factors seem to me to justify placing the ATQ on the spectrum of administrative tribunals, at a higher level as regards the requirement of judicial independence of its members.

C. Jurisdiction of the ATQ in Respect of Minority Language Education

24 We turn now to the jurisdiction of the ATQ in respect of minority language education claims. Jurisdiction over claims of this type is essentially derived from the interplay between s. 14 of the *Act respecting administrative justice* and s. 83.4 of the *Charter of the French language*.

Les recours sont instruits par une formation dont la composition varie en fonction de la nature de l'appel. Des formations de deux membres, dont l'un est avocat ou notaire et l'autre, une personne ayant une bonne connaissance du milieu de l'éducation, entendent les recours relatifs à l'enseignement dans la langue de la minorité (art. 25). La Loi permet aussi qu'une formation soit composée d'au plus cinq membres dans le cas des affaires particulièrement complexes ou importantes (art. 82). L'article 38 exige que les membres du TAQ soient indépendants et impartiaux. Le TAQ possède aussi ses propres règles de preuve et de procédure (chapitre VI).

Tout compte fait, le TAQ constitue un tribunal fort complexe, semblable à plusieurs égards aux cours de justice du Canada. Les commentaires suivants formulés par le juge Dussault de la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Québec (Procureure générale) c. Barreau de Montréal*, p. 2090, soulignent ce niveau élevé de complexité :

... le TAQ exerce une fonction exclusivement juridictionnelle qui exige, malgré les objectifs énoncés de célérité et d'accessibilité, la mise en place de procédures s'apparentant à celles des cours de justice; ensuite le TAQ dispose de compétences habituellement confiées aux cours de justice, telles celles de trancher des questions constitutionnelles et d'évaluer les motifs d'une demande de secret administratif; enfin, et surtout, le TAQ est appelé à trancher un très grand nombre de recours qui mettent en jeu les intérêts financiers ou politiques de l'État en tant que partie au litige. Pris dans leur ensemble, ces éléments me paraissent justifier qu'on situe le TAQ, sur le spectre des tribunaux administratifs, à un niveau supérieur d'exigence en ce qui concerne l'indépendance judiciaire de ses membres.

C. Compétence du TAQ en matière d'instruction dans la langue de la minorité

Nous examinons maintenant la compétence du TAQ au regard des demandes d'enseignement dans la langue de la minorité. Sa compétence à l'égard des demandes de ce genre découle essentiellement de l'interaction entre l'art. 14 de la *Loi sur la justice administrative* et l'art. 83.4 de la *Charte de la langue française*.

Section 14 of the *Act respecting administrative justice* sets out the scope and the exclusive nature of the jurisdiction of the ATQ:

14. The Administrative Tribunal of Québec is hereby instituted.

The function of the Tribunal, in the cases provided for by law, is to make determinations in respect of proceedings brought against an administrative authority or a decentralized authority.

Except where otherwise provided by law, the Tribunal shall exercise its jurisdiction to the exclusion of any other tribunal or adjudicative body.

According to s. 14, the ATQ has exclusive jurisdiction to make determinations in respect of proceedings brought against an administrative authority. The term “administrative authority” includes the designated person in matters relating to entitlement to minority language education. When s. 14 of the *Act respecting administrative justice* is read in conjunction with s. 83.4 of the *Charter of the French language*, it is clear that the Quebec legislature intended to confer on the ATQ exclusive jurisdiction over all disputes relating to s. 73 of the *Charter of the French language*. Section 83.4 reads as follows:

83.4. Any decision concerning a child’s eligibility for instruction in English made pursuant to section 73 . . . by a designated person may, within 60 days of notification of the decision, be contested before the Administrative Tribunal of Québec.

The respondents correctly note that s. 14 of the *Act respecting administrative justice* and s. 83.4 of the *Charter of the French language* effectively round out, or complete, the jurisdiction the ATQ possesses under s. 24 of the *Act respecting administrative justice* in combination with s. 3, para. 2.1 of Schedule I to that Act. Section 24 states that in matters relating to education, *inter alia*, the social affairs division of the ATQ is charged with making determinations in respect of the proceedings referred to in s. 3 of Schedule I. Section 3, para. 2.1 of Schedule I states that in matters relating to education, the social affairs division hears and determines “proceedings under section 83.4 of the Charter of the French language”.

L'article 14 de la *Loi sur la justice administrative* établit la portée et la nature exclusive de la compétence du TAQ :

14. Est institué le « Tribunal administratif du Québec ».

Il a pour fonction, dans les cas prévus par la loi, de statuer sur les recours formés contre une autorité administrative ou une autorité décentralisée.

Sauf disposition contraire de la loi, il exerce sa compétence à l'exclusion de tout autre tribunal ou organisme juridictionnel.

Selon l'art. 14, le TAQ détient le pouvoir exclusif de statuer sur les recours formés contre une autorité administrative. L'expression « autorité administrative » englobe la personne désignée en matière de droit à l'enseignement dans la langue de la minorité. Conjugué à l'art. 83.4 de la *Charte de la langue française*, l'art. 14 de la *Loi sur la justice administrative* fait clairement ressortir la volonté du législateur québécois d'attribuer au TAQ une compétence exclusive à l'égard de tous les litiges liés à l'art. 73 de la *Charte de la langue française*. L'article 83.4 prévoit ce qui suit :

83.4. Toute décision sur l'admissibilité d'un enfant à l'enseignement en anglais, rendue par une personne désignée en application des articles 73 [. . .] peut, dans un délai de 60 jours de sa notification, être contestée devant le Tribunal administratif du Québec.

Les intimés font remarquer à bon droit que les art. 14 de la *Loi sur la justice administrative* et 83.4 de la *Charte de la langue française* circonscrivent, ou complètent, les pouvoirs délégués au TAQ en vertu de l'art. 24 de la *Loi sur la justice administrative*, en combinaison avec le par. 2.1^o de l'art. 3 de l'annexe I de cette même Loi. En effet, cet article 24 prévoit qu'en matière d'éducation, notamment, la section des affaires sociales du TAQ est chargée de statuer sur les recours visés à l'article 3 de l'annexe I. Par ailleurs, selon le paragraphe 2.1^o de l'art. 3 de l'annexe I, la section des affaires sociales connaît, en matière d'éducation, des « recours formés en vertu de l'article 83.4 de la Charte de la langue française ».

27

The *Act respecting administrative justice* also speaks directly to the powers the ATQ is meant to possess, in these cases, when adjudicating on minority language education claims. Most importantly, for our purposes, the ATQ has the power, under s. 15, to decide any question of law or fact necessary for the exercise of its jurisdiction. It “may confirm, vary or quash the contested decision and, if appropriate, make the decision which, in its opinion, should have been made initially” (s. 15). It is also significant that under s. 74, the ATQ and its members “are . . . vested with all the powers necessary for the performance of their duties”, including the power to “make any order they consider appropriate to safeguard the rights of the parties”. The Quebec legislature has granted a broad range of remedial powers to the ATQ. Moreover, based on the explicit wording of s. 14, the Quebec legislature intended the Tribunal’s jurisdiction to be exclusive (“the Tribunal shall exercise its jurisdiction to the exclusion of any other tribunal or adjudicative body”).

D. *The Power to Consider and Decide Constitutional Questions — The Principles Laid Down in Martin and in Paul*

28

As will become clear, the fact that the ATQ is vested with the ability to decide questions of law is crucial, and is determinative of its jurisdiction to apply the *Canadian Charter* in this appeal. The quasi-judicial structure of the ATQ, discussed briefly above, may be indicative of a legislative intention that constitutional questions be considered and decided by the ATQ, but the structure of the ATQ is not determinative. This is evidenced by the recent decisions of this Court in *Nova Scotia (Workers’ Compensation Board) v. Martin*, [2003] 2 S.C.R. 504, 2003 SCC 54, and *Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 S.C.R. 585, 2003 SCC 55. These cases provide a more direct route to the result reached in the instant cases by the Court of Appeal and two of the three trial judges.

De même, les dispositions de la *Loi sur la justice administrative* délimitent aussi directement la nature et l’étendue des pouvoirs attribués au TAQ dans ces affaires, lorsqu’il statue sur des demandes relatives à l’enseignement dans la langue de la minorité. Il est particulièrement important de rappeler, pour les besoins du présent pourvoi, que l’art. 15 accorde au TAQ le pouvoir de décider toute question de droit ou de fait nécessaire à l’exercice de sa compétence. Il « peut confirmer, modifier ou infirmer la décision contestée et, s’il y a lieu, rendre la décision qui, à son avis, aurait dû être prise en premier lieu » (art. 15). Il est aussi utile de noter qu’aux termes de l’art. 74, le TAQ et ses membres « ont [. . .] tous les pouvoirs nécessaires à l’exercice de leurs fonctions », dont celui de « rendre toutes ordonnances qu’ils estiment propres à sauvegarder les droits des parties ». Le législateur québécois a ainsi accordé au TAQ un vaste éventail de pouvoirs de réparation. En outre, les termes explicites de l’art. 14 confirment la volonté législative d’attribuer un caractère exclusif à la compétence du TAQ (« il exerce sa compétence à l’exclusion de tout autre tribunal ou organisme juridictionnel »).

D. *Le pouvoir d’examiner et de trancher des questions constitutionnelles — Les principes établis dans les arrêts Martin et Paul*

Comme on le constatera facilement, l’attribution au TAQ du pouvoir de trancher des questions de droit est cruciale pour définir sa compétence à l’égard de l’application de la *Charte canadienne* en l’espèce. Bien qu’elle ne joue pas un rôle déterminant pour apprécier l’étendue de la compétence de cet organisme, la structure quasi judiciaire du TAQ, déjà abordée brièvement, peut témoigner de la volonté du législateur de conférer au TAQ le pouvoir d’examiner et de trancher les questions constitutionnelles. Cette conclusion se dégage de l’examen des arrêts récents de notre Cour *Nouvelle-Écosse (Workers’ Compensation Board) c. Martin*, [2003] 2 R.C.S. 504, 2003 CSC 54, et dans *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, [2003] 2 R.C.S. 585, 2003 CSC 55. Ces deux jugements permettent de justifier plus directement les conclusions de la Cour d’appel et de deux des trois juges de première instance dans les affaires que nous examinons.

In *Martin*, the question was whether the Nova Scotia Workers' Compensation Appeals Tribunal ("Appeals Tribunal"), an administrative tribunal set up to hear appeals from decisions of the Workers' Compensation Board of Nova Scotia, had jurisdiction to decline to apply certain legislative provisions to the appellants on the ground that the provisions violated the *Canadian Charter*. This Court held that the Appeals Tribunal did have jurisdiction to consider the constitutionality of the impugned provisions. In so holding, Gonthier J. "reappraised and restated" (at para. 3) the rules concerning the jurisdiction of administrative tribunals to apply the *Canadian Charter* that had previously been established by this Court in *Douglas/Kwantlen Faculty Assn., Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5, and *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22.

Gonthier J. stated, at para. 3, that where an administrative tribunal has either explicit or implied jurisdiction to decide questions of law arising under a legislative provision, it is presumed that the tribunal also has concomitant jurisdiction to decide on the constitutional validity of that provision. The only way to rebut this presumption is to show that the legislature clearly intended to exclude *Charter* issues from the tribunal's authority over questions of law. Gonthier J. discussed at length the policy reasons for allowing administrative tribunals to deal with constitutional matters (see paras. 27-32 of *Martin*). We will not reiterate them here.

In *Martin*, the Court created a general standard for determining whether a particular administrative tribunal can decline to apply a provision of its enabling statute on the ground that the provision violates the *Canadian Charter*. First of all, it must be determined whether the administrative tribunal has jurisdiction, express or implied, to decide

Dans l'arrêt *Martin*, il s'agissait d'étudier si le Workers' Compensation Appeals Tribunal de la Nouvelle-Écosse (« tribunal d'appel »), un tribunal administratif constitué pour entendre les appels formés à l'encontre des décisions de la Workers' Compensation Board de la Nouvelle-Écosse, avait compétence pour refuser d'appliquer aux appelants certaines dispositions législatives au motif que ces dispositions violaient la *Charte canadienne*. Notre Cour a alors conclu que le tribunal d'appel détenait le pouvoir d'examiner la constitutionnalité des dispositions contestées. Ce faisant, le juge Gonthier a « réévalu[é] et [. . .] reformul[é] » (au par. 3) les règles concernant la compétence des tribunaux administratifs en matière d'application de la *Charte canadienne* que notre Cour avait établies auparavant dans les arrêts *Douglas/Kwantlen Faculty Assn., Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5, et *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22.

Selon le juge Gonthier, au par. 3 de ses motifs, lorsqu'un tribunal administratif possède une compétence expresse ou implicite pour trancher les questions de droit découlant de l'application d'une disposition législative, on doit présumer également qu'il détient le pouvoir concomitant de statuer sur la constitutionnalité de cette disposition. Seule la preuve que le législateur avait manifestement l'intention de soustraire les questions relatives à la *Charte* à la compétence que le tribunal administratif possède à l'égard des questions de droit permet d'écarter cette présomption. Le juge Gonthier a aussi examiné en détail les considérations de politique générale en raison desquelles les tribunaux administratifs sont autorisés à trancher des questions constitutionnelles (voir les par. 27-32 de *Martin*). Nous ne reprendrons pas ici cette étude.

Dans l'arrêt *Martin*, notre Cour a établi une norme générale pour déterminer dans quels cas un tribunal administratif donné peut refuser d'appliquer une disposition de sa loi habilitante au motif que cette disposition viole la *Charte canadienne*. En premier lieu, il faut déterminer si le tribunal administratif a expressément ou implicitement compétence

29

30

31

questions of law arising under an impugned provision (para. 35). Furthermore, as this Court noted in *Martin*, at para. 35, “[t]he question is not whether Parliament or the legislature intended the tribunal to apply the *Charter*.” The only question is whether the tribunal can decide any question of law (para. 36).

32

In the cases at bar, the ATQ has explicit jurisdiction, under s. 15 of the *Act respecting administrative justice*, to decide questions of law. This is a clear, unequivocal and express grant of jurisdiction to decide questions of law. If, as here, there is explicit jurisdiction to determine questions of law, a court need not go on to consider whether such jurisdiction is to be implied from the legislative scheme as a whole (*Martin*, at para. 51). As a result, the presumption from this point on is that the ATQ can consider and decide constitutional questions.

33

Once a presumption has been raised that the tribunal can decide questions of law, the burden falls on the party who alleges that the administrative body lacks jurisdiction to apply the *Canadian Charter* to rebut the presumption (*Martin*, at para. 42). Gonthier J. laid out certain ways in which this presumption can be rebutted. He suggested that nothing less than an explicit withdrawal of authority to decide constitutional questions, or a clear implication of such intent, would suffice (at para. 42):

In general terms, the presumption may only be rebutted by an explicit withdrawal of authority to decide constitutional questions or by a clear implication to the same effect, arising from the statute itself rather than from external considerations. The question to be asked is whether an examination of the statutory provisions clearly leads to the conclusion that the legislature intended to exclude the *Charter*, or more broadly, a category of questions of law encompassing the *Charter*, from the scope of the questions of law to be addressed by the tribunal. For instance, an express conferral of jurisdiction to another administrative body to consider *Charter* issues or certain complex questions of law deemed too difficult or time-consuming for the initial decision maker, along with a procedure allowing such issues to be efficiently redirected to such body, could give rise to a clear implication

pour trancher les questions de droit découlant de l'application de la disposition contestée (par. 35). En outre, ainsi que notre Cour l'a fait remarquer dans l'arrêt *Martin*, « [i]l ne s'agit pas de savoir si le Parlement ou la législature a voulu que le tribunal administratif applique la *Charte* » (par. 35). Il s'agit seulement de savoir si le tribunal peut trancher toute question de droit (par. 36).

Dans les pourvois que nous étudions, l'art. 15 de la *Loi sur la justice administrative* habilite explicitement le TAQ à trancher des questions de droit. Cette délégation du pouvoir de trancher des questions de droit est claire, non équivoque et expresse. Si, comme en l'espèce, le pouvoir de trancher des questions de droit est explicite, la cour n'a pas à poursuivre son examen pour savoir s'il y a lieu d'inférer ce pouvoir de l'ensemble du régime législatif (*Martin*, par. 51). Par conséquent, il faut dès lors présumer que le TAQ peut examiner et trancher des questions constitutionnelles.

Dès qu'opère la présomption que le tribunal administratif peut trancher des questions de droit, la partie qui soulève l'incompétence de l'organisme administratif pour appliquer la *Charte canadienne* doit renverser cette présomption (*Martin*, par. 42). Le juge Gonthier expose certaines méthodes pour y réussir. Ses commentaires suggèrent que seul le retrait explicite du pouvoir de trancher des questions de droit constitutionnel, ou une intention législative clairement manifestée en ce sens, permettrait ce renversement de la présomption (par. 42) :

En général, la présomption ne peut être réfutée que par le retrait explicite du pouvoir de trancher des questions de droit constitutionnel ou par ce qui ressort clairement, en ce sens, de la loi elle-même plutôt que de considérations externes. Il faut se demander si l'examen des dispositions législatives amène clairement à conclure que le législateur a voulu exclure la *Charte* ou, de manière plus générale, une catégorie de questions de droit mettant en cause la *Charte* des questions de droit pouvant être abordées par le tribunal administratif en cause. Par exemple, l'attribution expresse à un autre organisme administratif du pouvoir d'examiner les questions relatives à la *Charte* ou certaines questions de droit complexes que le décideur initial aurait, considérerait-on, trop de mal à trancher ou auxquelles il devrait consacrer trop de temps, de concert avec l'existence d'une procédure efficace de renvoi de ces

that the initial decision maker was not intended to decide constitutional questions.

No such express conferral of jurisdiction on another administrative body, or on a court for that matter, can be found in the relevant legislation in this appeal. In fact, the explicit wording of s. 14 of the *Act respecting administrative justice*, the ATQ's constituting statute, confers exclusive jurisdiction on the ATQ to decide on minority language education claims brought before it on appeal. This was made clear above and need not be addressed again. Nor does the legislative scheme give rise to an implication to the effect that more complex issues, such as *Charter* issues, should be decided by a different adjudicative body, such as the Superior Court. The implication is to the contrary. Section 82 authorizes the ATQ to create panels of up to five members in order to deal with more complex issues. This implies that even complex questions of law were meant to be dealt with by the ATQ. Even more revealing in this respect, the overall structure of the ATQ, that of a highly sophisticated, quasi-judicial body, indicates that the legislature intended to have the ATQ deal with all legal issues, big and small. Finally, s. 112 explicitly provides for the proper procedure to follow when raising a constitutional ground before the ATQ. Based on the revised approach from *Martin*, the only conclusion that can be drawn is that the ATQ has the capacity to consider and decide constitutional questions, including the conformity of s. 73 of the *Charter of the French language* with s. 23 of the *Canadian Charter*.

The appellants put forth a further argument. They argue that, owing to the special nature of the rights conferred by s. 23 of the *Canadian Charter*, an ordinary provincial statute like the *Charter of the French language* cannot confer jurisdiction over the determination of the status of s. 23 rights-holders on an administrative tribunal to the exclusion of the Superior Court. Again, the recent case law of this Court, this time in *Paul*, puts to rest this portion of the appellants' submissions.

questions à un tel organisme, pourrait impliquer clairement qu'on n'a pas voulu que le décideur initial tranche des questions de droit constitutionnel.

On ne retrace aucune attribution expresse de pouvoir à un autre organisme administratif ou à une cour de justice dans les dispositions législatives applicables en l'espèce. En fait, le libellé explicite de l'art. 14 de la *Loi sur la justice administrative*, la loi habilitante du TAQ, lui confère la compétence exclusive de trancher les demandes relatives à l'enseignement dans la langue de la minorité qu'on porte en appel devant lui. Nous l'avons déjà indiqué clairement et il n'est pas nécessaire d'y revenir. Le régime législatif ne permet pas non plus d'inférer que des tribunaux différents, comme la Cour supérieure, devraient trancher les problèmes plus complexes comme des questions relatives à la *Charte*. L'inférence joue en sens contraire. En effet, l'art. 82 autorise le TAQ à établir une formation d'au plus cinq membres pour trancher les questions plus complexes. Cela suppose que le TAQ doit statuer même sur les questions de droit complexes. Qui plus est, la structure générale du TAQ, qui est celle d'un organisme quasi judiciaire fort complexe, témoigne de la volonté du législateur de voir le TAQ trancher toutes les questions de droit, sans égard à leur importance. Enfin, l'art. 112 prévoit expressément la façon de procéder si une question constitutionnelle est soulevée devant le TAQ. Compte tenu de la nouvelle méthode adoptée dans l'arrêt *Martin*, la seule conclusion admissible est la reconnaissance de la capacité du TAQ d'examiner et de trancher des questions constitutionnelles, notamment celle de la compatibilité de l'art. 73 de la *Charte de la langue française* avec l'art. 23 de la *Charte canadienne*.

Les appelants avancent un autre argument. Ils soutiennent qu'en raison de la nature particulière des droits que confère l'art. 23 de la *Charte canadienne*, une loi provinciale ordinaire comme la *Charte de la langue française* ne saurait conférer à un tribunal administratif, à l'exclusion de la Cour supérieure, le pouvoir de déterminer le statut des titulaires de droits visés à l'art. 23. Là encore, la jurisprudence récente de notre Cour, cette fois dans l'arrêt *Paul*, ne permet pas de retenir, à cet égard, l'argumentation des appelants.

36

In *Paul*, the B.C. Ministry of Forests seized four logs in the possession of Mr. Paul, a registered Indian. Paul intended to use the wood to build a deck for his home, and he asserted that he had an aboriginal right to cut timber for house modification. He thus argued that s. 96 of the *Forest Practices Code*, a general prohibition against cutting Crown timber, did not apply to him. The Forest Appeals Commission decided that it had jurisdiction to hear and determine aboriginal rights issues. The British Columbia Supreme Court agreed, but its decision was reversed by a majority of the Court of Appeal. In this Court, Bastarache J. applied the same reasoning as in *Martin* and ruled that since the Forest Appeals Commission was empowered to hear questions of law, it could hear and decide constitutional questions (paras. 39 and 41). He further reasoned that questions relating to s. 35 of the *Constitution Act, 1982* are not distinct from other constitutional matters in this respect. Quoting McLachlin J. (as she then was) in *Cooper v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 3 S.C.R. 854, Bastarache J. stated the following, at para. 36: "Section 35 is not, any more than the *Charter*, 'some holy grail which only judicial initiatives of the superior courts may touch'."

37

The same legal reasoning can be applied to the cases at bar. Section 23 is not within the exclusive province of the courts. The ATQ is empowered to decide questions of law. It is therefore empowered to consider and decide constitutional questions. This includes the power to consider s. 23, and to decide whether s. 73 of the *Charter of the French language* restricts the scope of s. 23 rights. The Forest Appeals Commission could rule on s. 35 matters in *Paul*. Here, the ATQ may rule on s. 23 matters that come before it.

Dans l'arrêt *Paul*, le ministère des Forêts de la Colombie-Britannique avait saisi quatre troncs d'arbre que M. Paul, un indien inscrit, avait en sa possession. M. Paul comptait utiliser le bois pour construire une terrasse chez lui et avait fait valoir qu'il avait le droit ancestral de couper des arbres pour apporter des améliorations à sa maison. Ainsi, il avait plaidé que l'art. 96 du *Forest Practices Code*, qui établit une interdiction générale de coupe d'arbres situés sur les terres de la Couronne, ne s'appliquait pas à lui. La Forest Appeals Commission avait décidé qu'elle avait compétence pour entendre et trancher les questions relatives aux droits ancestraux. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a souscrit à cette conclusion. Toutefois, la Cour d'appel à la majorité a infirmé celle-ci. Le juge Bastarache de notre Cour a appliqué le même raisonnement que dans l'arrêt *Martin*, à savoir que, puisque la Forest Appeals Commission était habilitée à entendre des questions de droit, elle pouvait entendre et trancher des questions constitutionnelles (par. 39 et 41). Il a poursuivi son raisonnement en affirmant que les questions concernant l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne diffèrent pas des autres questions constitutionnelles à cet égard. Citant la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *Cooper c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 3 R.C.S. 854, le juge Bastarache a ajouté les commentaires suivants, au par. 36 : « [l']article 35 n'est pas plus que la *Charte* "un texte sacré que seuls les initiés des cours supérieures peuvent aborder". »

Le même raisonnement juridique peut s'appliquer aux affaires en l'espèce. L'article 23 ne relève pas de la compétence exclusive des tribunaux judiciaires. Le TAQ est habilité à statuer sur des questions de droit. Il a donc le pouvoir d'examiner et de trancher des questions constitutionnelles, qui comprend celui-ci d'interpréter l'art. 23 et de décider si l'art. 73 de la *Charte de la langue française* limite l'étendue des droits garantis par cette disposition. Dans l'arrêt *Paul*, la Forest Appeals Commission pouvait statuer sur les questions concernant l'art. 35. En l'espèce, le TAQ peut trancher les questions touchant l'art. 23 qui lui sont soumises.

E. *The Appellants Could Not Bypass the ATQ in Favour of the Superior Court*

We are therefore of the view that the appellants did not have the right to bypass the ATQ by seeking injunctive and declaratory relief in the Superior Court. The ATQ clearly has jurisdiction to hear appeals from decisions of the designated person and, in the instant cases, from the review committee in respect of entitlement to minority language education. Moreover, the Quebec legislature intended this jurisdiction to be exclusive. Aside from certain specific exceptions to be discussed below, this Court, and all courts, should respect the clear intent of the legislature.

The exclusive jurisdiction of the ATQ in this respect is further confirmed by art. 31 of the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, which states that the Superior Court is the court of original jurisdiction, except in matters in which original jurisdiction is assigned exclusively to another court by a specific provision of law. That is in fact the situation in the cases at bar, as the Quebec legislature has specifically assigned the jurisdiction in issue to the ATQ. Article 31 reads as follows:

31. The Superior Court is the court of original general jurisdiction; it hears in first instance every suit not assigned exclusively to another court by a specific provision of law.

The ATQ has been granted exclusive jurisdiction to hear appeals in respect of entitlement to minority language education. The administrative appeal process should be respected.

F. *Remedial Authority of the ATQ, and the Binding Effect of Its Decisions on School Boards*

The appellants argue that even if the ATQ has jurisdiction over the subject matter at hand, namely the rights of claimants under s. 23, it still does not have the ability to provide the remedies being sought by the appellants, nor does it have jurisdiction over the English school boards in question. The ATQ lacks the power, say the appellants, to grant the remedies being sought. First, it cannot issue a

E. *Les appelants ne pouvaient contourner le TAQ pour s'adresser directement à la Cour supérieure*

Nous sommes donc d'avis que les appelants n'avaient pas le droit de court-circuiter le TAQ, en demandant à la Cour supérieure une injonction et un jugement déclaratoire. Le TAQ possède manifestement le pouvoir d'entendre les appels des décisions rendues par la personne désignée et, dans les affaires étudiées, par le comité de révision en matière de droit à l'enseignement dans la langue de la minorité. De plus, le législateur québécois a donné à ce pouvoir un caractère exclusif. Hormis certaines exceptions précises que nous examinerons plus loin, notre Cour, et tous les tribunaux judiciaires, devraient respecter l'intention manifeste du législateur.

En outre, l'exclusivité de la compétence du TAQ — dans ce domaine — est confirmée par l'art. 31 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25. En effet, cet article prévoit que la Cour supérieure demeure le tribunal de droit commun, sauf dans les cas où une disposition formelle de la loi a attribué exclusivement cette compétence à un autre tribunal. Cette situation se présente en l'espèce, puisque le législateur québécois a expressément attribué au TAQ la compétence en cause. L'article 31 se lit :

31. La Cour supérieure est le tribunal de droit commun; elle connaît en première instance de toute demande qu'une disposition formelle de la loi n'a pas attribuée exclusivement à un autre tribunal.

Le TAQ a été investi du pouvoir exclusif d'entendre les appels en matière de droit à l'enseignement dans la langue de la minorité. Il faut donc respecter ce processus d'appel administratif.

F. *Le pouvoir de réparation du TAQ et l'opposabilité de ses décisions aux conseils scolaires*

Selon les appelants, même si le TAQ a compétence sur l'objet du litige, à savoir les droits que l'art. 23 garantit aux demandeurs, il ne détient toutefois pas le pouvoir d'accorder les réparations demandées par les appelants, et se trouve ainsi dépourvu de compétence à l'égard des conseils scolaires anglophones en cause. Le TAQ n'a pas, affirment les appelants, le pouvoir d'accorder les réparations

38

39

40

41

formal declaration of invalidity. Second, it lacks jurisdiction to grant injunctive relief, although the appellants acknowledge that the ATQ may issue a safeguard order under s. 74 of the *Act respecting administrative justice*.

42 As for the English school boards, the appellants argue that it is evident from the provisions of the *Charter of the French language* that they are not parties before the ATQ. Only the parents and the Minister of Education are parties. The appellants thus argue that in circumstances where rights-holders seek to enforce their right to have their children receive public instruction in English by way of an order against an English school board, the ATQ is powerless to issue such an order.

43 The respondents counter that the ATQ has all the remedial powers necessary to exercise its jurisdiction. Section 74 vests the Tribunal and its members with “all the powers necessary for the performance of their duties; they may, in particular, make any order they consider appropriate to safeguard the rights of the parties”. The respondents cite, as one particular manifestation of this broad remedial power, the power granted under s. 107 of the *Act respecting administrative justice* to make a motion before a member of the Tribunal to suspend the execution of a contested decision by reason of urgency or serious and irreparable harm:

107. A proceeding before the Tribunal does not suspend the execution of the contested decision, unless a provision of law provides otherwise or, upon a motion heard and judged by preference, a member of the Tribunal orders otherwise by reason of urgency or of the risk of serious and irreparable harm.

If the law provides that the proceeding suspends the execution of the decision, or if the Tribunal issues such an order, the proceeding shall be heard and judged by preference.

44 We are in substantial agreement with the respondents. On the question of remedies, the appellants correctly point out that the ATQ cannot issue a formal declaration of invalidity. This is not, in our opinion, a reason to bypass the exclusive jurisdiction of the Tribunal. As this Court stated in *Martin*, the

demandées. D'une part, il ne peut prononcer de déclaration formelle d'invalidité. D'autre part, il ne pourrait accorder une injonction, bien que les appellants reconnaissent la capacité du TAQ à prononcer des ordonnances de sauvegarde en application de l'art. 74 de la *Loi sur la justice administrative*.

Ainsi, les appelants plaident qu'il ressort clairement des dispositions de la *Charte de la langue française* que les conseils scolaires ne sont pas des parties à l'instance devant le TAQ. Seuls les parents et le ministre de l'Éducation possèdent cette qualité. Les appelants soutiennent alors que le TAQ n'a pas le pouvoir de prononcer les ordonnances nécessaires — dans les cas où des titulaires de droits à l'éducation en langue anglaise cherchent à exercer ces droits par voie judiciaire.

Les intimés répondent que le TAQ possède tous les pouvoirs de réparation nécessaires à l'exercice de sa compétence. L'article 74 investit le Tribunal et ses membres de « tous les pouvoirs nécessaires à l'exercice de leurs fonctions; ils peuvent notamment rendre toutes ordonnances qu'ils estiment propres à sauvegarder les droits des parties ». Les intimés citent comme exemple particulier de ce pouvoir général de réparation le pouvoir reconnu par l'art. 107 de la *Loi sur la justice administrative* de statuer sur une requête présentée devant un membre du Tribunal en vue de suspendre l'exécution de la décision contestée en raison d'une urgence ou d'un risque de préjudice sérieux et irréparable :

107. Un recours formé devant le Tribunal ne suspend pas l'exécution de la décision contestée, à moins qu'une disposition de la loi ne prévoit le contraire ou que, sur requête instruite et jugée d'urgence, un membre du Tribunal n'en ordonne autrement en raison de l'urgence ou du risque d'un préjudice sérieux et irréparable.

Si la loi prévoit que le recours suspend l'exécution de la décision ou si le Tribunal rend une telle ordonnance, le recours est instruit et jugé d'urgence.

Nous sommes d'accord pour l'essentiel avec les intimés. Sur la question des réparations, les appellants soulignent à bon droit que le TAQ ne peut prononcer une déclaration formelle d'invalidité. À notre avis, ce motif ne suffit pas pour passer outre à la compétence exclusive du Tribunal. Ainsi que notre Cour

constitutional remedies available to administrative tribunals are indeed limited and do not include general declarations of invalidity (para. 31). Nor is a determination by a tribunal that a particular provision is invalid pursuant to the *Canadian Charter* binding on future decision makers. As Gonthier J. noted, at para. 31: “Only by obtaining a formal declaration of invalidity by a court can a litigant establish the general invalidity of a legislative provision for all future cases.”

That said, a claimant can nevertheless bring a case involving a challenge to the constitutionality of a provision before the ATQ. If the ATQ finds a breach of the *Canadian Charter* and concludes that the provision in question is not saved under s. 1, it may disregard the provision on constitutional grounds and rule on the claim as if the impugned provision were not in force (*Martin*, at para. 33). Such a ruling would, however, be subject to judicial review on a correctness standard, meaning that the Superior Court could fully review any error in interpretation and application of the *Canadian Charter*. In addition, the remedy of a formal declaration of invalidity could be sought by the claimant at this stage of the proceedings.

It should also be noted on the topic of remedies that, while it is true that only the Superior Court or a judge thereof may issue an injunction (this will be discussed further below), the ATQ has nevertheless been granted a broad remedial power under ss. 74 and 107 of the *Act respecting administrative justice*. The broad wording of s. 74 indicates an intention on the part of the Quebec legislature to grant the ATQ the remedial authority needed to safeguard the rights of the parties. The appellants, or any other claimants before the ATQ, should attempt to exhaust the remedies available from the ATQ rather than arguing that the absence of a particular remedy requires them to circumvent the administrative process entirely.

l’a décidé dans l’arrêt *Martin*, les réparations constitutionnelles relevant des tribunaux administratifs demeurent effectivement limitées et n’incluent pas les déclarations générales d’invalidité (par. 31). La décision d’un tribunal administratif concluant à l’invalidité d’une disposition législative au regard de la *Charte canadienne* ne lie pas non plus les décideurs qui se prononceront ultérieurement. Comme l’a fait observer le juge Gonthier au par. 31 : « [c]e n’est qu’en obtenant d’une cour de justice une déclaration formelle d’invalidité qu’une partie peut établir, pour l’avenir, l’invalidité générale d’une disposition législative. »

Cela dit, un demandeur jouit du droit de soumettre au TAQ une affaire qui soulève la constitutionnalité d’une disposition. Si ce tribunal conclut qu’il y a violation de la *Charte canadienne* et que la disposition en question n’est pas sauvegardée au regard de l’article premier, il peut refuser d’appliquer la disposition pour des motifs constitutionnels et statuer sur la demande comme si elle n’était pas en vigueur (*Martin*, par. 33). Une telle décision resterait cependant susceptible d’un contrôle judiciaire selon la norme de la décision correcte. Dans ce contexte, la Cour supérieure pourrait examiner intégralement toute erreur commise dans l’interprétation et l’application de la *Charte canadienne*. De plus, le demandeur aurait droit de demander une déclaration formelle d’invalidité à cette étape de l’instance.

Il importe également de souligner au sujet des réparations que, s’il est vrai qu’une injonction ne peut émaner que de la Cour supérieure ou l’un de ses juges (nous traiterons davantage de cette question ci-après), les art. 74 et 107 de la *Loi sur la justice administrative* ont attribué au TAQ un pouvoir de réparation très étendu. Le libellé général de l’art. 74 témoigne de l’intention du législateur québécois d’accorder au TAQ les pouvoirs de réparation nécessaires pour sauvegarder les droits des parties. Les appelants, ou tout autre demandeur qui s’adresse au TAQ, devraient donc tenter d’épuiser les recours que leur offre le TAQ au lieu de prétendre que l’absence d’un recours en particulier les oblige à contourner tout le processus administratif.

45

46

47

As for the question of the binding effect of a ruling by the ATQ on the English school boards, we would reiterate that the Quebec legislature has chosen to grant the ATQ exclusive jurisdiction to hear appeals concerning access to minority language education. On appeal, the ATQ will decide whether the claimant's child should be admitted to an English school board. That decision is binding on the school board even if it is not a party to the appeal. The appellants raise the hypothetical possibility that a school board not directly involved as a party to an appeal before the ATQ might refuse to obey an order of the ATQ. This is a hypothetical situation, and this Court must operate on the assumption that citizens, including those on school boards, are law-abiding and will comply with the order of a properly constituted administrative tribunal that has jurisdiction over entitlement to minority language education.

48

If, however, the hypothetical situation raised by the appellants should occur, we have already shown that the ATQ has broad remedial powers under its enabling statute. Moreover, under s. 17 of the *Rules of procedure of the Administrative Tribunal of Québec*, (1999) 131 G.O. II, 4122, the ATQ may implead a third party whose presence is necessary to resolve the dispute completely:

17. Any party to a recourse may, with the authorization of the Tribunal and on the conditions it determines, implead a third party whose presence is necessary to resolve the dispute completely.

The Tribunal may, *ex officio*, order the impleading of any person whose interests could be affected by its decision.

Conceivably, the ATQ could apply this provision at the request of a claimant to acquire jurisdiction over a school board that the claimant has grounds to believe will be uncooperative. The ATQ could then make creative use of its broad remedial powers under s. 74 of the *Act respecting administrative justice* to ensure that justice is done.

Quant à la question de l'opposabilité d'une décision du TAQ aux conseils scolaires anglophones, nous tenons à répéter que le législateur québécois a choisi d'accorder au TAQ le pouvoir exclusif d'entendre les appels concernant l'accès à l'enseignement dans la langue de la minorité. En appel, le TAQ décidera si l'enfant du demandeur doit être admis dans un conseil scolaire anglophone. Cette décision lie le conseil scolaire, même si ce dernier n'est pas partie à l'appel. Les appelants soulèvent alors l'hypothèse qu'un conseil scolaire qui n'est pas directement intéressé comme partie à un appel devant le TAQ pourrait refuser de se plier à une ordonnance du TAQ. Il s'agit d'une situation purement hypothétique; notre Cour doit agir en présumant que les citoyens, y compris ceux qui siègent aux conseils scolaires, respectent la loi et se conformeront aux ordonnances prononcées par un tribunal administratif dûment constitué, dans l'exercice de sa compétence en matière de droit à l'enseignement dans la langue de la minorité.

Si toutefois l'hypothèse soulevée par les appelants devait se réaliser, nous avons déjà démontré que le TAQ possède de vastes pouvoirs de réparation en vertu de sa loi habilitante. En outre, aux termes de l'art. 17 des *Règles de procédure du Tribunal administratif du Québec*, (1999) 131 G.O. II, 5616, le TAQ peut appeler en cause un tiers dont la présence est nécessaire pour permettre une solution complète du litige :

17. Toute partie à un recours peut, sur autorisation du Tribunal et aux conditions qu'il fixe, y appeler un tiers dont la présence est nécessaire pour permettre une solution complète du litige.

Le Tribunal peut, d'office, ordonner la mise en cause de toute personne dont les intérêts peuvent être affectés par sa décision.

En théorie, le TAQ pourrait, à la demande d'une partie, appliquer cette disposition pour établir sa compétence à l'égard d'un conseil scolaire si le demandeur a des motifs de croire que ce dernier ne coopérera pas. Le TAQ pourrait alors exercer avec créativité les larges pouvoirs de réparation que lui confère l'art. 74 de la *Loi sur la justice administrative*, pour s'assurer que justice soit rendue.

In the event that such a solution is not feasible, the Superior Court does have residual jurisdiction to grant injunctive relief in urgent situations. We turn now to a discussion of the residual jurisdiction of the Superior Court.

G. *The Residual Jurisdiction of the Superior Court*

The thrust of our judgment to this point has been to emphasize the exclusive nature of the ATQ's jurisdiction to hear appeals in respect of entitlement to minority language education. We feel it necessary, however, to mention the following two caveats relating to the Superior Court's residual jurisdiction to grant injunctive relief in urgent situations and, potentially, to hear direct constitutional challenges to a legislative scheme.

(1) Injunctive Relief in Urgent Situations

The legislature's intention to confer exclusive jurisdiction over the matter in issue on the ATQ should be respected to the greatest extent possible. However, the fact remains that an injunction is defined in art. 751 of the *Code of Civil Procedure* as "an order of the Superior Court or of a judge thereof". Thus, the Superior Court has exclusive jurisdiction to grant an injunction, in the strict sense of the word.

That said, an injunction is a discretionary remedy that courts have on many occasions declined to grant where other avenues of recourse were available (see D. Ferland and B. Emery, *Précis de procédure civile du Québec* (4th ed. 2003), vol. 2, at p. 435). We have accordingly been at pains in this judgment to emphasize the exclusive jurisdiction and broad remedial powers accorded to the ATQ. As a result, the Superior Court should exercise sparingly its discretion to award injunctive relief in minority language education claims. Such injunctive relief should be granted only to fill in the cracks in the administrative process, so to speak. In this way, injunctive relief can complement the administrative process rather than serving to weaken it.

Dans l'éventualité où cette solution s'avérerait impossible, la Cour supérieure conserve son pouvoir résiduel d'accorder une injonction dans les situations urgentes. Passons maintenant à l'examen de la compétence résiduelle de la Cour supérieure.

G. *La compétence résiduelle de la Cour supérieure*

Jusqu'à maintenant, nous avons principalement cherché à souligner la nature exclusive de la compétence qui permet au TAQ d'entendre les appels en matière de droit à l'enseignement dans la langue de la minorité. Cependant, il convient de faire les deux mises en garde suivantes au sujet de la compétence résiduelle de la Cour supérieure d'accorder des injonctions dans des situations urgentes et, éventuellement, de statuer sur des contestations mettant directement en cause la constitutionnalité d'un régime législatif.

(1) L'injonction dans des situations urgentes

La volonté du législateur d'attribuer au TAQ une compétence exclusive sur la question en cause doit être respectée le plus possible. Cependant, il n'en demeure pas moins que l'art. 751 du *Code de procédure civile* définit l'injonction comme étant « une ordonnance de la Cour supérieure ou de l'un de ses juges ». Ainsi, au sens strict du mot, seule la Cour supérieure a compétence pour accorder une injonction.

Toutefois, l'injonction reste une réparation discrétionnaire que les tribunaux ont à maintes reprises refusé d'accorder lorsque d'autres recours étaient possibles (voir D. Ferland et B. Emery, *Précis de procédure civile du Québec* (4^e éd. 2003), vol. 2, p. 435). Ainsi, nous avons cherché dans le présent arrêt à faire ressortir l'exclusivité de la compétence du TAQ et l'étendue de ses pouvoirs de réparation. Par conséquent, la Cour supérieure devrait exercer avec prudence son pouvoir discrétionnaire de consentir des injonctions dans le cadre des demandes d'enseignement dans la langue de la minorité. Pareille réparation ne devrait être accordée, en quelque sorte, que pour pallier les lacunes du processus administratif. De cette manière, l'injonction servirait à compléter le processus administratif plutôt qu'à l'affaiblir.

49

50

51

52

53

As a result, recourse to urgent injunctive relief remains possible in certain circumstances, but it should remain the rare exception, rather than the rule. Seeking injunctive relief should not be allowed to develop into a means of bypassing the judicial process, or as P.-A. Gendreau et al. note in *L'injonction* (1998), at p. 201: [TRANSLATION] "... neither the injunction nor any other procedure may be used to short-circuit an administrative tribunal's exercise of its exclusive jurisdiction or to obtain a review of its decision ...".

(2) Direct Constitutional Challenges to the Legislative Scheme

54

Superior courts may also retain residual jurisdiction to hear direct constitutional challenges to a legislative scheme, should the proper circumstances arise. Such a challenge would have to be distinguishable from the facts of the cases at bar in which the appellants have, in effect, attempted to obtain relief (the right to minority language education) by circumventing the administrative process and bringing their claims directly to the Superior Court. That said, the residual jurisdiction of superior courts cannot be entirely ousted by the legislature, in particular where recourse to such courts is necessary to obtain an appropriate and just remedy. As Lamer J. noted in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, at p. 882:

... a person whose Canadian *Charter* rights have been infringed or denied has the right to obtain the appropriate and just remedy under the circumstances. A corollary which flows from this is the fundamental principle that there must always be a court available to grant, not only a remedy, but the remedy which is the *appropriate* and *just* one under the circumstances. [Emphasis in original.]

Lamer J. went on to recognize the unique nature of constitutional remedies. He noted, at p. 893, that where inferior courts are endowed by the legislature with the power to grant constitutional remedies,

Par conséquent, le recours à la mesure urgente qu'est l'injonction demeure possible dans certaines circonstances, mais il devrait rester l'exception plutôt que la règle. Il ne faudrait pas permettre que ce recours se transforme en un moyen de contourner le processus judiciaire établi ou, comme P.-A. Gendreau et autres le signalent dans *L'injonction* (1998), p. 201 : « ... l'injonction ou toute autre procédure ne peut être utilisée pour court-circuiter l'exercice de la compétence exclusive d'un tribunal administratif ou pour tenter une révision de sa décision ... ».

(2) Les contestations mettant directement en cause la constitutionnalité du régime législatif

Les cours supérieures peuvent aussi conserver une compétence résiduelle leur permettant de statuer sur des contestations mettant directement en cause un régime législatif, lorsque les circonstances s'y prêtent. Pareille contestation devrait se situer dans un contexte différent des faits entourant les présents pourvois. Dans ceux-ci les appelants ont, en effet, tenté d'obtenir une réparation (le droit à l'enseignement dans la langue de la minorité) en contournant le processus administratif et en s'adressant directement à la Cour supérieure. Sous réserve de ces observations, le législateur ne peut écartier entièrement la compétence résiduelle des tribunaux supérieurs, en particulier lorsque le recours à ces tribunaux s'avère nécessaire pour obtenir une réparation convenable et juste. Comme l'a fait remarquer le juge Lamer dans l'arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, p. 882 :

... une personne victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la *Charte* canadienne peut obtenir la réparation qui est convenable et juste eu égard aux circonstances. Il en découle en corollaire le principe fondamental selon lequel il doit toujours y avoir un tribunal qui puisse accorder, non seulement une réparation, mais la réparation qui est *convenable* et *juste* eu égard aux circonstances. [En italique dans l'original.]

Le juge Lamer a poursuivi ses commentaires en reconnaissant le caractère unique des réparations constitutionnelles. Il a aussi fait remarquer, à la p. 893, que lorsque le législateur investit les tribunaux

this delegation of remedial power cannot completely oust the jurisdiction of superior courts:

... a “special law” is not sufficient to oust the jurisdiction of the superior courts, for a constitutional remedy and its accessibility should not in principle be open to statutory limitation. While limitation of the remedial power to inferior courts may well be permissible, this, in my view, can only be possible if the superior court is available to fill the remedial vacuum that would result.

As H. Brun and G. Tremblay note in *Droit constitutionnel* (4th ed. 2002), at p. 187, superior courts [TRANSLATION] “theoretically have the power to review the constitutionality of legislation”. This inherent power to ensure that the Constitution is adhered to necessarily requires that superior courts retain jurisdiction, where the circumstances are appropriate, to “fill the remedial vacuum” mentioned by Lamer J. in *Mills*.

Lamer J.’s words in *Mills* are equally applicable in a situation like the one in the cases at bar, in which remedial powers with respect to constitutional rights have been conferred by the legislature on an administrative body. Despite this conferral of remedial power, the residual, inherent jurisdiction of superior courts remains in place to provide the appropriate and just remedy where required.

VI. Disposition

For the above reasons, the appeal is dismissed. The Court makes no order with respect to costs.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellants: Brent D. Tyler, Montréal.

Solicitors for the respondents: Bernard, Roy & Associés, Montréal; Department of Justice, Montréal.

d’instance inférieure du pouvoir d’accorder des réparations constitutionnelles, cette délégation du pouvoir de réparation ne saurait annihiler complètement la compétence des cours supérieures :

... une « loi spéciale » ne suffit pas à priver de compétence les cours supérieures, car une réparation constitutionnelle, de même que la possibilité de la faire valoir, ne devrait pas en principe pouvoir être limitée par une loi. Si la limitation du pouvoir de réparation des juridictions de degré inférieur peut être permise, c’est, à mon avis, seulement possible parce que la cour supérieure est à même de combler la carence qui en résulterait.

Comme H. Brun et G. Tremblay le font remarquer dans *Droit constitutionnel* (4^e éd. 2002), p. 187, les tribunaux supérieurs « disposent en principe du pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois ». Ce pouvoir inhérent de veiller au respect de la Constitution exige nécessairement des cours supérieures qu’elles conservent le pouvoir, lorsque les circonstances s’y prêtent, de « combler la carence » mentionnée par le juge Lamer dans l’arrêt *Mills*.

Les propos du juge Lamer dans l’arrêt *Mills* s’appliquent tout autant à un cas où, comme en l’espèce, le législateur a confié à un organisme administratif des pouvoirs de réparation en matière de droits constitutionnels. Malgré cette délégation du pouvoir de réparation, la compétence résiduelle et inhérente des cours supérieures subsiste et leur permet d’accorder au besoin la réparation qui est convenable et juste.

VI. Dispositif

Pour les motifs susmentionnés, le pourvoi est rejeté. La Cour ne rend aucune ordonnance relativement aux dépens.

Pourvoi rejeté.

Procureur des appelants: Brent D. Tyler, Montréal.

Procureurs des intimés: Bernard, Roy & Associés, Montréal; Ministère de la Justice, Montréal.

55

56

