

A-51-16
2018 FCA 174

A-51-16
2018 CAF 174

Bell Canada and Bell Media Inc. (*Appellants*)

Bell Canada et Bell Média Inc. (*appelantes*)

v.

c.

7262591 Canada Ltd. (d.b.a. Gusto TV), Access Communications Co-operative Limited, Allarco Entertainment Inc., Anthem Media Group, Blue Ant Media Inc., Canadian Cable Systems Alliance Inc., CBC/Radio-Canada, Cogeco Inc., Competition Bureau, DHX Media Ltd., Eastlink, Groupe V Média Inc., Independent Broadcast Group/Le groupe de diffuseurs indépendants, l'Office des télécommunications éducatives de langue française de l'Ontario (Groupe Média TFO), Mediamind Digital, MTS Inc., Pelmorex Communications Inc., Public Interest Advocacy Centre, Québecor Média Inc., Saskatchewan Telecommunications, Sogetel Inc., Stingray Digital Group Inc., Stornoway Communications Limited Partnership, TekSavvy Solutions Inc. and Hastings Cable Vision Ltd., Telus, TV5 Québec Canada, VMedia Inc. and Zazeeen Inc. (*Respondents*)

7262591 Canada Ltd. faisant affaire sous le nom de Gusto TV, Access Communications Co-operative Limited, Allarco Entertainment Inc., Anthem Media Group, Blue Ant Media Inc., Canadian Cable Systems Alliance Inc., CBC/Radio-Canada, Cogeco Inc., Bureau de la concurrence, DHX Media Ltd., Eastlink, Groupe V Média Inc., Independent Broadcast Group/Le groupe de diffuseurs indépendants, l'Office des télécommunications éducatives de langue française de l'Ontario (Groupe Média TFO), Mediamind Digital, MTS Inc., Pelmorex Communications Inc., Centre pour la défense de l'intérêt public, Québecor Média Inc., Saskatchewan Telecommunications, Sogetel Inc., Stingray Digital Group Inc., Stornoway Communications Limited Partnership, TekSavvy Solutions Inc. et Hastings Cable Vision Ltd., Telus, TV5 Québec Canada, VMedia Inc. et Zazeeen Inc. (*intimées*)

INDEXED AS: BELL CANADA v. 7262591 CANADA LTD.

RÉPERTORIÉ : BELL CANADA c. 7262591 CANADA LTD.

Federal Court of Appeal, Nadon, Rennie and Woods JJ.A.—Ottawa, November 14, 2017 and October 1, 2018.

Cour d'appel fédérale, juges Nadon, Rennie et Woods, J.C.A.—Ottawa, 14 novembre 2017 et 1^{er} octobre 2018.

Broadcasting — Appeal under Broadcasting Act, s. 31 from two decisions made by Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) — In 2015, CRTC imposing policy to govern affiliation agreements between programming undertakings (PUs), broadcasting distribution undertakings (BDUs) — CRTC implementing policy through two decisions: Broadcasting Regulatory Policy CRTC 2015-438 (the 2015 Wholesale Code or Code), Distribution of the programming of licensed programming undertakings by broadcasting distribution undertakings, Broadcasting Order 2015-439 (Order) — 2015 Wholesale Code establishing certain parameters on negotiation, content of affiliation agreements — Order making 2015 Wholesale Code binding on broadcasting distribution undertakings — Order issued under Broadcasting Act, s. 9(1)(h) — Appellants asserting that 2015 Wholesale Code not authorized by Broadcasting Act, s. 9(1)(h); that Code violating appellants' copyright interests guaranteed under Copyright Act,

Radiodiffusion — Appel interjeté en vertu de l'art. 31 de la Loi sur la radiodiffusion à l'encontre de deux décisions rendues par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) — En 2015, le CRTC a imposé une politique ayant pour but de régir les ententes d'affiliation entre les entreprises de programmation (EP) et les entreprises de distribution de radiodiffusion (EDR) — Le CRTC a mis en œuvre cette politique par deux mesures : la Politique réglementaire de radiodiffusion 2015-438 (le Code sur la vente en gros de 2015 ou le Code) et l'Ordonnance de radiodiffusion 2015-439 (l'Ordonnance) — Le Code sur la vente en gros de 2015 établissait certains paramètres sur la négociation et le contenu des ententes d'affiliation — L'Ordonnance rendait le Code sur la vente en gros de 2015 exécutoire auprès des entreprises de distribution de radiodiffusion — L'Ordonnance a été rendue aux termes de l'art. 9(1)(h) de la Loi sur la radiodiffusion — Les appelantes ont soutenu que le Code sur la vente en

ss. 3(1)(f), 13(4); therefore, that 2015 Wholesale Code, Order ultra vires CRTC's powers — Main issues: which standard of review applied in present case; whether decision of Supreme Court of Canada in Reference re Broadcasting Regulatory Policy CRTC 2010-167 and Broadcasting Order CRTC 2010-168 (Cogeco) dispositive of issues in this appeal; whether CRTC reasonably concluding having power under Broadcasting Act, s. 9(1)(h) to issue Order, by implication, power to enforce 2015 Wholesale Code to extent that terms encompassed by Order — Per Woods J.A.: Agreeing with Rennie J.A.'s dissenting reasons, with exception of finding that CRTC reasonably concluding that Broadcasting Act, s. 9(1)(h) enabled CRTC to issue 2015 Wholesale Code, Order — Not reasonable to interpret s. 9(1)(h) as granting CRTC general power to regulate terms, conditions of affiliation agreements — Interpretation going far beyond ordinary meaning of language in Broadcasting Act, s. 9(1)(h); not reasonably supported by textual, contextual, purposive interpretation of legislation — Also not reasonable to apply doctrine of necessary implication in present case — General objectives set out in Broadcasting Act, s. 5(1) subject to specific powers granted to CRTC in other parts of legislation, which includes s. 9(1)(h) — Therefore, interpretation of Broadcasting Act, s. 9(1)(h) reflected in Order unreasonable — Appeal allowed, Rennie J.A. dissenting — Per Nadon J.A. (concurring): Broadcasting Act, s. 9(1)(h) not allowing CRTC to enact Order so as to give effect to 2015 Wholesale Code — Standard of reasonableness that both Rennie, Woods J.A. applying to whether Broadcasting Act, s. 9(1)(h) conferring authority to CRTC to issue Order not agreed upon — Correctness applicable standard on that issue — Parliament, by way of Broadcasting Act, s. 31(2) sending unequivocal signal that questions of law or jurisdiction, arising from decisions made by CRTC, to be determined by Federal Court of Appeal, which can only mean on standard of correctness — Parliament's intent regarding s. 9(1)(h) can only be determined by this Court, meaning that it is Court's responsibility to determine whether CRTC's view of Broadcasting Act, s. 9(1)(h) is correct view — Per Rennie J.A. (dissenting): Cogeco not dispositive of whether Broadcasting Act, s. 9(1)(h) authorizing CRTC to make Code binding — Standard of review to be applied to orders made under Broadcasting Act, s. 9(1)(h) previously determined by Federal Court of Appeal as reasonableness — Insofar as conflict between Copyright Act, Broadcasting Act concerned, applicable standard of review correctness — Appeal pivoting on intention of Parliament, whether Parliament intending, through Broadcasting Act, s. 9(1)(h) to give CRTC jurisdiction to enact measures directly affecting PUs — Order, Code not “too great a stretch” from what Parliament intended but directly within its contemplation — As to possible conflict of 2015 Wholesale Code with Copyright Act, some provisions of Code constraining how copyright holder may exercise its copyright by limiting some terms, conditions it is allowed to include in affiliation agreement — However, this not violating Copyright Act, ss. 3(1)(f) or 13(4).

gros de 2015 n'était pas autorisé par l'art. 9(1)(h) de la Loi sur la radiodiffusion; que le Code était contraire aux droits d'auteur de l'appelante garantis par les art. 3(1)(f) et 13(4) de la Loi sur le droit d'auteur; par conséquent, que le Code sur la vente en gros de 2015 et l'Ordonnance excédaient la compétence du CRTC — Il s'agissait principalement de savoir quelle était la norme de contrôle applicable dans la présente affaire; si la décision de la Cour suprême du Canada dans le Renvoi relatif à la Politique réglementaire de radiodiffusion CRTC 2010-167 et l'ordonnance de radiodiffusion CRTC 2010-168 (Cogeco) était déterminante quant aux questions faisant l'objet de l'appel; s'il était raisonnable pour le CRTC de conclure qu'il avait le pouvoir aux termes de l'art. 9(1)(h) de la Loi sur la radiodiffusion de rendre l'Ordonnance et, par voie de conséquence, le pouvoir de faire appliquer le Code sur la vente en gros de 2015 dans la mesure où ses modalités étaient couvertes par l'Ordonnance — La juge Woods, J.C.A. : Les motifs de dissidence du juge Rennie, J.C.A., à l'exception de la conclusion selon laquelle il était raisonnable pour le CRTC de conclure que l'art. 9(1)(h) de la Loi sur la radiodiffusion habilitait le CRTC à prendre le Code sur la vente en gros de 2015 et à rendre l'Ordonnance, ont été retenus — Il n'était pas raisonnable d'interpréter l'art. 9(1)(h) comme conférant au CRTC le pouvoir général de réglementer les modalités et conditions des ententes d'affiliation — Cette interprétation allait beaucoup plus loin que le sens courant du texte de l'art. 9(1)(h) de la Loi sur la radiodiffusion; elle n'était pas raisonnablement fondée sur l'interprétation textuelle, contextuelle et téléologique de la loi — Il n'était pas raisonnable non plus de suivre la doctrine de la déduction nécessaire en l'espèce — Les objectifs généraux énoncés à l'art. 5(1) de la Loi sur la radiodiffusion sont assujettis aux pouvoirs précis conférés au CRTC dans d'autres parties de la loi, ce qui inclut l'art. 9(1)(h) — L'interprétation de l'art. 9(1)(h) de la Loi sur la radiodiffusion qui figurait dans l'Ordonnance était donc déraisonnable — Appel accueilli, le juge Rennie, J.C.A., dissident — Le juge Nadon, J.C.A. (motifs concourants) : L'art. 9(1)(h) de la Loi sur la radiodiffusion n'autorise pas le CRTC à émettre l'Ordonnance de manière à donner effet au Code sur la vente en gros de 2015 — La norme de la décision raisonnable, que les juges Rennie et Woods, J.C.A. ont appliquée à la question de savoir si l'art. 9(1)(h) de la Loi sur la radiodiffusion conférait au CRTC le pouvoir de rendre l'Ordonnance, n'a pas été retenue — La norme applicable était celle de la décision correcte — Le législateur a porté un signal non équivoque, par l'art. 31(2) de la Loi sur la radiodiffusion, que les questions de droit ou de compétence qui découlent des décisions du CRTC doivent être tranchées par la Cour d'appel fédérale, ce qui signifie forcément que la norme de la décision correcte doit être suivie — Seule la Cour peut décider de l'intention du législateur relativement à l'art. 9(1)(h), ce qui signifie qu'il incombe à la Cour de déterminer si la façon dont le CRTC interprète l'art. 9(1)(h) de la Loi sur la radiodiffusion est la façon correcte — Le juge Rennie, J.C.A. (dissident) : L'affaire Cogeco n'a

pas permis de déterminer si l'art. 9(1)h de la Loi sur la radiodiffusion autorisait le CRTC à rendre le Code exécutoire — La Cour d'appel fédérale a déjà décidé que la norme de contrôle à appliquer aux ordonnances rendues en application de l'art. 9(1)h de la Loi sur la radiodiffusion était celle de la décision raisonnable — En ce qui concerne le conflit entre la Loi sur le droit d'auteur et la Loi sur la radiodiffusion, la norme de contrôle était celle de la décision correcte — Le nœud de l'appel résidait dans l'intention du législateur et dans la question de savoir s'il était dans son intention, au moyen de l'art. 9(1)h de la Loi sur la radiodiffusion, de donner au CRTC le pouvoir de promulguer des mesures touchant directement les EP — L'Ordonnance et le Code ne constituaient pas « une mesure trop éloignée » de l'intention du législateur, mais ils étaient en fait directement visés par cette intention — En ce qui concerne le conflit possible entre le Code sur la vente en gros de 2015 et la Loi sur le droit d'auteur, certaines dispositions du Code restreignaient la manière dont le titulaire du droit d'auteur pouvait exercer son droit d'auteur en limitant certaines des modalités et conditions que le titulaire était autorisé à inclure dans l'entente d'affiliation — Toutefois, cela n'était pas contraire aux art. 3(1)f ou 13(4) de la Loi sur le droit d'auteur.

This was an appeal under section 31 of the *Broadcasting Act* from two decisions made by the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC). In 2015, the CRTC imposed a policy to govern affiliation agreements between programming undertakings (PUs) and broadcasting distribution undertakings (BDUs). The CRTC implemented this policy through two decisions: Broadcasting Regulatory Policy CRTC 2015-438 (the 2015 Wholesale Code or the Code) and *Distribution of the programming of licensed programming [undertakings by broadcasting distribution undertakings]*, Broadcasting Order 2015-439] (the Order). The 2015 Wholesale Code establishes certain parameters on the negotiation and content of affiliation agreements. The Order makes the 2015 Wholesale Code binding on broadcasting distribution undertakings and requires them to distribute programs according to prescribed terms and conditions. The Order was issued under paragraph 9(1)(h) of the *Broadcasting Act* to enable the CRTC to enforce parts of the 2015 Wholesale Code.

The appellants asserted that the mandate vested in the CRTC by section 3 of the *Broadcasting Act* to implement the broadcasting policy for Canada does not authorize the CRTC to interfere in the economic relationship between BDUs and PUs. Their argument was twofold: the 2015 Wholesale Code is not authorized by paragraph 9(1)(h) of the *Broadcasting Act* and, secondly, the Code violates the appellant's copyright interests guaranteed under paragraph 3(1)(f) and subsection 13(4) of

Il s'agissait d'un appel interjeté en vertu de l'article 31 de la *Loi sur la radiodiffusion* à l'encontre de deux décisions rendues par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC). En 2015, le CRTC a imposé une politique ayant pour but de régir les ententes d'affiliation entre les entreprises de programmation (EP) et les entreprises de distribution de radiodiffusion (EDR). Le CRTC a mis en œuvre cette politique par deux mesures : la Politique réglementaire de radiodiffusion 2015-438 (le Code sur la vente en gros de 2015 ou le Code) et l'Ordonnance de radiodiffusion 2015-439 [*Distribution de la programmation des entreprises de programmation autorisées par les entreprises de distribution de radiodiffusion*] (l'Ordonnance). Le Code sur la vente en gros de 2015 établissait certains paramètres sur la négociation et le contenu des ententes d'affiliation. L'Ordonnance rendait le Code sur la vente en gros de 2015 exécutoire auprès des entreprises de distribution de radiodiffusion et les obligeait à distribuer les émissions suivant certaines modalités et conditions. L'Ordonnance a été rendue aux termes de l'alinéa 9(1)h de la *Loi sur la radiodiffusion* afin d'habiliter le CRTC à mettre en application des parties du Code sur la vente en gros de 2015.

Les appelantes ont soutenu que la mission conférée au CRTC par l'article 3 de la *Loi sur la radiodiffusion*, dans le but de mettre en œuvre la Politique canadienne de radiodiffusion, n'autorisait pas le CRTC à intervenir dans la relation économique entre les EDR et les EP. Leur argumentation comportait deux volets : premièrement, le Code sur la vente en gros de 2015 n'était pas autorisé par l'alinéa 9(1)h de la *Loi sur la radiodiffusion*; deuxièmement, le Code était contraire aux

the *Copyright Act*. In consequence, they submit that the 2015 Wholesale Code and Order are *ultra vires* the CRTC's powers.

The main issues were what was the standard of review in this case; whether the decision of the Supreme Court of Canada in *Reference re Broadcasting Regulatory Policy CRTC 2010-167 and Broadcasting Order CRTC 2010-168 (Cogeco)* was dispositive of the issues in this appeal (p. 9, item A.); and whether the CRTC reasonably concluded that it has the power under paragraph 9(1)(h) of the *Broadcasting Act* to issue the Order, and, by implication, the power to enforce the 2015 Wholesale Code to the extent that its terms are encompassed by the Order.

Held (Rennie J.A. dissenting), the appeal should be allowed.

Per Woods J.A.: The dissenting reasons, with the exception of the finding that the CRTC reasonably concluded that paragraph 9(1)(h) of the *Broadcasting Act* enables the CRTC to issue the 2015 Wholesale Code and the Order were agreed upon. It was not reasonable to interpret paragraph 9(1)(h) as granting the CRTC a general power to regulate the terms and conditions of affiliation agreements. This interpretation went far beyond the ordinary meaning of the language in paragraph 9(1)(h) and was not reasonably supported by a textual, contextual and purposive interpretation of the legislation. The ordinary meaning of paragraph 9(1)(h) does not encompass a general power to regulate the terms and conditions of carriage. Such regulation must relate to terms and conditions of programming services that the CRTC specifies and requires to be provided by a licensee. While the context and purpose of the legislation are important, they do not reasonably support an interpretation that the ordinary meaning of paragraph 9(1)(h) of the *Broadcasting Act* cannot bear. It was also not reasonable to apply the doctrine of necessary implication in this case. The general objectives set out in subsection 5(1) of the *Broadcasting Act* are subject to the specific powers granted to the CRTC in other parts of the legislation, which include paragraph 9(1)(h). Therefore, the interpretation of paragraph 9(1)(h) of the *Broadcasting Act* that is reflected in the Order was unreasonable.

Per Nadon J.A. (concurring): Paragraph 9(1)(h) of the *Broadcasting Act* does not allow the CRTC to enact the Order so as to give effect to the 2015 Wholesale Code. The standard of reasonableness that both Rennie and Woods J.A. concluded applied to whether paragraph 9(1)(h) of the *Broadcasting Act* confers authority to the CRTC to issue the Order was not

droits d'auteur de l'appelante garantis par l'alinéa 3(1)f) et le paragraphe 13(4) de la *Loi sur le droit d'auteur*. Par conséquent, ont-elles soutenu, le Code sur la vente en gros de 2015 et l'Ordonnance excédaient la compétence du CRTC.

Il s'agissait principalement de savoir quelle était la norme de contrôle applicable dans la présente affaire; si la décision de la Cour suprême du Canada dans le *Renvoi relatif à la Politique réglementaire de radiodiffusion CRTC 2010-167 et l'ordonnance de radiodiffusion CRTC 2010-168 (Cogeco)* était déterminante quant aux questions faisant l'objet de l'appel; et s'il était raisonnable pour le CRTC de conclure qu'il avait le pouvoir aux termes de l'alinéa 9(1)h) de la *Loi sur la radiodiffusion* de rendre l'Ordonnance et, par voie de conséquence, le pouvoir de faire appliquer le Code sur la vente en gros de 2015 dans la mesure où ses modalités étaient couvertes par l'Ordonnance.

Arrêt (le juge Rennie, J.C.A., dissident) : l'appel doit être accueilli.

La juge Woods, J.C.A. : Les motifs de dissidence, à l'exception de la conclusion selon laquelle il était raisonnable pour le CRTC de conclure que l'alinéa 9(1)h) de la *Loi sur la radiodiffusion* habilite le CRTC à prendre le Code sur la vente en gros de 2015 et à rendre l'Ordonnance, ont été retenus. Il n'était pas raisonnable d'interpréter l'alinéa 9(1)h) comme conférant au CRTC le pouvoir général de réglementer les modalités et conditions des ententes d'affiliation. Cette interprétation allait beaucoup plus loin que le sens courant du texte de l'alinéa 9(1)h) et elle n'était pas raisonnablement fondée sur l'interprétation textuelle, contextuelle et téléologique de la loi. Vu son sens ordinaire, cette disposition n'inclut pas le pouvoir général de régir les modalités et conditions relatives à la prestation des services. Le CRTC ne peut que régir les modalités et conditions des services de programmation qu'il précise et que doivent assurer les titulaires. Le contexte et le but de la loi sont importants, mais ils n'appuient pas raisonnablement une interprétation que ne peut soutenir le sens ordinaire de l'alinéa 9(1)h) de la *Loi sur la radiodiffusion*. Il n'était pas raisonnable non plus de suivre la doctrine de la déduction nécessaire en l'espèce. Les objectifs généraux énoncés au paragraphe 5(1) de la *Loi sur la radiodiffusion* sont assujettis aux pouvoirs précis conférés au CRTC dans d'autres parties de la loi, ce qui inclut l'alinéa 9(1)h). L'interprétation de l'alinéa 9(1)h) de la *Loi sur la radiodiffusion* qui figure dans l'Ordonnance était donc déraisonnable.

Le juge Nadon, J.C.A. (motifs concourants) : L'alinéa 9(1)h) de la *Loi sur la radiodiffusion* n'autorise pas le CRTC à émettre l'Ordonnance de manière à donner effet au Code sur la vente en gros de 2015. La norme de la décision raisonnable, qui de l'avis des juges Rennie et Woods, J.C.A., s'appliquait à la question de savoir si l'alinéa 9(1)h) de la *Loi sur la*

agreed upon. The applicable standard on that issue was correctness. The standard applied by the Supreme Court in *Cogeco* was binding and was therefore the standard that should be applied in the present matter. Parliament has clearly said, by way of subsection 31(2) of the *Broadcasting Act*, that appeals on questions of law or jurisdiction are to be taken to the Federal Court of Appeal upon leave. Thus, Parliament has sent an unequivocal signal that questions of law or of jurisdiction, arising from decisions made by the CRTC, are to be determined by this Court, which can only mean on a standard of correctness. The only possible interpretation of subsection 31(2) of the *Broadcasting Act* is that Parliament intended that courts provide the answers to the questions of law raised before them. Because Parliament did not intend courts to sanction incorrect interpretations of its legislation, it did not intend for the CRTC to interpret paragraph 9(1)(h) of the *Broadcasting Act* in a manner that was not in accordance with its intent. Parliament's intent with regard to paragraph 9(1)(h) can only be determined by this Court, meaning that it is the Court's responsibility to determine whether the CRTC's view of paragraph 9(1)(h) is the correct view. If it is not, then the Order cannot stand. When Parliament, as it has done here with subsection 31(2) of the *Broadcasting Act*, sends a message directing this Court to provide answers to legal questions arising from decisions made by the CRTC, this Court should determine, on a correctness standard, what the answers are to the legal questions.

Per Rennie J.A. (dissenting): *Cogeco* was not dispositive of whether paragraph 9(1)(h) of the *Broadcasting Act* authorizes the CRTC to make the Code binding. However, the principles of statutory interpretation employed by the Supreme Court of Canada in *Cogeco* to read the *Broadcasting Act* were binding. The standard of review to be applied to orders made under paragraph 9(1)(h) of the *Broadcasting Act* has previously been determined by this Court as reasonableness. Considerations such as the extent of deference and the nature of the question as well as the Court's previous rulings all weighed in favour of the conclusion that whether the 2015 Wholesale Code is authorized by paragraph 9(1)(h) was a "reasonableness" exercise for which there could be only one answer. Insofar as the conflict between the *Copyright Act* and the *Broadcasting Act* was concerned, the standard of review was correctness. This was a question of competing or conflicting legislative schemes and correctness governed the question whether the exercise of paragraph 9(1)(h) of the *Broadcasting Act* conflicted with the *Copyright Act*.

radiodiffusion confère au CRTC le pouvoir de rendre l'Ordonnance, n'a pas été retenue. La norme applicable était celle de la décision correcte. La norme appliquée par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Cogeco* était obligatoire et constituait donc la norme qui devait être appliquée en l'espèce. Le législateur a clairement décidé, par le paragraphe 31(2) de la *Loi sur la radiodiffusion*, que les appels des questions de droit ou de compétence doivent être présentés devant la Cour d'appel fédérale avec l'autorisation de celle-ci. Ainsi, le législateur a porté un signal non équivoque que les questions de droit ou de compétence qui découlent des décisions du CRTC doivent être tranchées par cette Cour, ce qui signifie forcément que la norme de la décision correcte doit être suivie. La seule interprétation possible du paragraphe 31(2) de la *Loi sur la radiodiffusion* est que le législateur voulait que les juges tranchent les questions de droit qui leur sont déférées. Puisqu'il n'avait pas pour intention que les juges sanctionnent les interprétations incorrectes de la législation, le législateur ne souhaitait pas que le CRTC interprète l'alinéa 9(1)(h) de la *Loi sur la radiodiffusion* d'une manière qui n'était pas conforme à son intention. Seule la Cour peut décider de l'intention du législateur relativement à l'alinéa 9(1)(h), ce qui signifie qu'il incombe à la Cour de déterminer si la façon dont le CRTC interprète l'alinéa 9(1)(h) est la façon correcte. Si ce n'est pas le cas, l'Ordonnance ne peut être maintenue. Lorsque le législateur, comme il l'a fait en l'espèce au paragraphe 31(2) de la *Loi sur la radiodiffusion*, porte le message enjoignant la Cour de répondre aux questions de droit qui découlent des décisions prises par le CRTC, la Cour doit décider, selon la norme de la décision correcte, quelles sont les réponses aux questions de droit.

Le juge Rennie, J.C.A. (dissident) : L'affaire *Cogeco* n'a pas permis de déterminer si l'alinéa 9(1)(h) de la *Loi sur la radiodiffusion* autorise le CRTC à rendre le Code exécutoire. Toutefois, les principes d'interprétation des lois que la Cour suprême du Canada a suivis dans *Cogeco* pour lire la *Loi sur la radiodiffusion* s'imposaient. La Cour a déjà décidé que la norme de contrôle à appliquer aux ordonnances rendues en application de l'alinéa 9(1)(h) de la *Loi sur la radiodiffusion* était celle de la décision raisonnable. Les considérations comme la portée de la retenue et la nature de la question ainsi que les décisions antérieures de la Cour militaient toutes en faveur de la conclusion selon laquelle la question de savoir si le Code sur la vente en gros de 2015 était autorisé aux termes de l'alinéa 9(1)(h) devait être examinée selon le critère de la raisonnabilité, et il ne pouvait y avoir qu'une seule réponse. En ce qui concerne le conflit entre la *Loi sur le droit d'auteur* et la *Loi sur la radiodiffusion*, la norme de contrôle était celle de la décision correcte. Il s'agissait d'une question de régimes législatifs contradictoires ou concurrents, et la norme de la décision correcte régissait la question de savoir si l'application de l'alinéa 9(1)(h) de la *Loi sur la radiodiffusion* entraînait en conflit avec la *Loi sur le droit d'auteur*.

This appeal pivoted on the intention of Parliament and whether Parliament intended, through paragraph 9(1)(h) of the *Broadcasting Act*, to give the CRTC jurisdiction to enact measures directly affecting PUs. The Order and the Code which it makes binding are not “too great a stretch” from what Parliament intended but, in fact, are directly within its contemplation. On the basis of the context within which paragraph 9(1)(h) is situated, the Order and the Code are within the CRTC’s jurisdiction. Also, since the terms and conditions of affiliation agreements directly dictate the terms on which consumers are offered programming services, by necessary implication, paragraph 9(1)(h) of the *Broadcasting Act* must include the ability to affect affiliation agreements. The CRTC could not effectively impose broadcasting policy on the distribution of programming services without regulating affiliation agreements, either through a mechanism like the 2015 Wholesale Code or through conditions of licence.

As to a possible conflict of the 2015 Wholesale Code with the *Copyright Act*, some provisions of the Code constrain how the copyright holder may exercise its copyright by limiting some of the terms and conditions it is allowed to include in the affiliation agreement. This does not violate paragraph 3(1)(f) or subsection 13(4) of the *Copyright Act*. The Code preserves the copyright holder’s right to choose *whether* to communicate its work or not. The PU is free to reject the terms offered at any time. The appellants retain their right to exclude anyone from using their works if they choose to do so. Thus, adherence to both the Code and the *Copyright Act* is possible and there is no operational conflict between the Code and paragraph 3(1)(f) or subsection 13(4) of the *Copyright Act*.

Le nœud du présent appel résidait dans l’intention du législateur et dans la question de savoir s’il était dans son intention, au moyen de l’alinéa 9(1)h) de la *Loi sur la radiodiffusion*, de donner au CRTC le pouvoir de promulguer des mesures touchant directement les EP. L’Ordonnance et le Code qui la rendait obligatoire ne constituaient pas « une mesure trop éloignée » de l’intention du législateur, mais ils étaient en fait directement visés par cette intention. À la lumière du contexte de l’alinéa 9(1)h), l’Ordonnance et le Code relevaient du pouvoir du CRTC. De plus, puisque les modalités et conditions des ententes d’affiliation dictent directement les modalités selon lesquelles les services de programmation sont offerts aux clients, par déduction nécessaire, l’alinéa 9(1)h) de la *Loi sur la radiodiffusion* doit inclure la possibilité d’influencer les ententes d’affiliation. Le CRTC n’a pas pu imposer efficacement la politique de la radiodiffusion sur la distribution de services de programmation sans régler les ententes d’affiliation, soit par le truchement d’un mécanisme comme le Code sur la vente en gros de 2015, soit par le truchement de conditions de licence.

En ce qui concerne le conflit possible entre le Code sur la vente en gros de 2015 et la *Loi sur le droit d’auteur*, certaines dispositions du Code restreignaient la manière dont le titulaire du droit d’auteur pouvait exercer son droit d’auteur en limitant certaines des modalités et conditions que le titulaire était autorisé à inclure dans l’entente d’affiliation. Cela n’était pas contraire à l’alinéa 3(1)f) ou au paragraphe 13(4) de la *Loi sur le droit d’auteur*. Le Code préservait le droit du titulaire du droit d’auteur de choisir s’il devait communiquer ses œuvres ou non. L’EP était libre de rejeter les modalités offertes en tout temps. Les appelantes se réservaient le droit d’empêcher toute personne d’utiliser leurs œuvres si elles choisissaient de le faire. Ainsi, l’adhésion tant au Code qu’à la *Loi sur le droit d’auteur* était possible, et par conséquent, il n’y avait aucun conflit entre le Code et l’alinéa 3(1)f) ou le paragraphe 13(4) de la *Loi sur le droit d’auteur*.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Broadcasting Act, S.C. 1991, c. 11, ss. 2 “distribution undertaking”, “programming undertaking” 3, 5(1), 9, 10, 31.
Broadcasting Distribution Regulations, SOR/97-555, ss. 12(4), 15, 12–15.02.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].
Canadian Radio-television and Telecommunications Commission Act, R.S.C., 1985, c. C-22.
Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34, s. 32.
Copyright Act, R.S.C. 1985, c. C-42, ss. 2 “broadcaster”, 3, 13(4), 21, 31.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].
Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), ch. C-34, art. 32.
Loi sur la radiodiffusion, L.C. 1991, ch. 11, art. 2 « entreprise de distribution », « entreprise de programmation », 3, 5(1), 9, 10, 31.
Loi sur le Conseil de la Radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, L.R.C. (1985), ch. C-22.
Loi sur le droit d’auteur, L.R.C. (1985), ch. C-42, art. 2 « radiodiffuseur », 3, 13(4), 21, 31.
Loi sur le statut de l’artiste, L.C. 1992, ch. 33.

Occupational Health and Safety Regulation, B.C. Reg. 296/97, s. 26.2(1).
Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 78–103.
Status of the Artist Act, S.C. 1992, c. 33.
Telecommunications Act, S.C. 1993, c. 38.

CASES CITED

CONSIDERED:

Reference re Broadcasting Regulatory Policy CRTC 2010-167 and Broadcasting Order CRTC 2010-168, 2012 SCC 68, [2012] 3 S.C.R. 489; *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609; *West Fraser Mills Ltd. v. British Columbia (Workers' Compensation Appeal Tribunal)*, 2018 SCC 22, [2018] 1 S.C.R. 635, [2018] 6 W.W.R. 211; *Re Minister for Immigration and Multicultural Affairs; Ex parte Miah*, [2001] HCA 22 (AustLII), (2001), 206 C.L.R. 57; *Bulk Gas Users Group v. Attorney General*, [1983] NZLR 129 (C.A.); *City of Arlington, Texas v. Federal Communications Commission*, 569 U.S. 290 (2013); *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2018 SCC 31, [2018] 2 S.C.R. 230; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895; *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, 2003 SCC 29, [2003] 1 S.C.R. 539; *Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) v. Canada*, 2018 FCA 58, 422 D.L.R. (4th) 112; *Edmonton (City) v. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 SCC 47, [2016] 2 S.C.R. 293; *Canada (Attorney General) v. Canadian Human Rights Commission*, 2013 FCA 75, 444 N.R. 120; *Canada (Attorney General) v. Almon Equipment Limited*, 2010 FCA 193, [2011] 4 F.C.R. 203; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678; *ATCO Gas & Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy & Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, (1999), 171 D.L.R. (4th) 577; *David Suzuki Foundation v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2012 FCA 40, [2013] 4 F.C.R. 155; *Pham v. Secretary of State for the Home Office*, 2015 UKSC 19 (BAILII), [2015] 1 All E.R. 1015; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 154 D.L.R. (4th) 193; *Canadian Artists' Representation v. National Gallery of Canada*, 2014 SCC 42, [2014] 2 S.C.R. 197; *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336; *Astral Media inc. and its licensed subsidiaries*, Broadcasting Decision CRTC 2013-310.

Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 78–103.
Loi sur les télécommunications, L.C. 1993, ch. 38.
Occupational Health and Safety Regulation, B.C. Reg. 296/97, art. 26.2(1).
Règlement sur la distribution de la radiodiffusion, DORS/97-555, art. 12(4), 15, 12–15.02.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Renvoi relatif à la Politique réglementaire de radiodiffusion CRTC 2010-167 et l'ordonnance de radiodiffusion CRTC 2010-168, 2012 CSC 68, [2012] 3 R.C.S. 489; *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609; *West Fraser Mills Ltd. c. Colombi-Britannique (Workers' Compensation Appeal Tribunal)*, 2018 CSC 22, [2018] 1 R.C.S. 635; *Re Minister for Immigration and Multicultural Affairs; Ex parte Miah*, [2001] HCA 22 (AustLII), (2001), 206 C.L.R. 57; *Bulk Gas Users Group v. Attorney General*, [1983] NZLR 129 (C.A.); *City of Arlington, Texas v. Federal Communications Commission*, 569 U.S. 290 (2013); *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2018 CSC 31, [2018] 2 R.C.S. 230; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *S.C.F.P. c. Ontario (Canadian Region)*, 2003 CSC 29, [2003] 1 R.C.S. 539; *Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) c. Canada*, 2018 CAF 58; *Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 CSC 47, [2016] 2 R.C.S. 293; *Canada (Procureur général) c. Commission canadienne des droits de la personne*, 2013 CAF 75; *Canada (Procureur général) c. Almon Equipment Limited*, 2010 FCA 193, [2011] 4 R.C.F. 203; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678; *ATCO Gas & Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy & Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *David Suzuki Foundation c. Canada (Pêches et Océans)*, 2012 CAF 40, [2013] 4 R.C.F. 155; *Pham v. Secretary of State for the Home Office*, 2015 UKSC 19 (BAILII), [2015] 1 All E.R. 1015; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Front des artistes canadiens c. Musée des beaux-arts du Canada*, 2014 CSC 42, [2014] 2 R.C.S. 197; *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336; *Astral Media inc. et ses filiales autorisées*, Décision de radiodiffusion CRTC 2013-310.

REFERRED TO:

Quinn v. Leathem, [1901] A.C. 495 (H.L.); *Bell Canada v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 249, [2018] 4 F.C.R. 300, 154 C.P.R. (4th) 85, leave to appeal to S.C.C. granted, [2018] 1 S.C.R. v.; *Miller v. Canada (Attorney General)*, 2002 FCA 370, 220 D.L.R. (4th) 149; *Wilson v. Atomic Energy of Canada Ltd.*, 2016 SCC 29, [2016] 1 S.C.R. 770; *Kanthisamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 61, [2015] 3 S.C.R. 909; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City)*, 2004 SCC 19, [2004] 1 S.C.R. 485; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General)*, 2014 SCC 40, [2014] 2 S.C.R. 135; *Canada (Attorney General) v. Boogaard*, 2015 FCA 150, 474 N.R. 121; *Garneau Community League v. Edmonton (City)*, 2017 ABCA 374 (CanLII), 26 Admin. L.R. (6th) 304; *Delta Air Lines Inc. v. Lukács*, 2018 SCC 2, [2018] 1 S.C.R. 6, 416 D.L.R. (4th) 579; *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722, (1989), 60 D.L.R. (4th) 682; *Genex Communications v. Canada (Attorney General)*, 2005 FCA 283, [2006] 2 F.C.R. 199; *Thibodeau v. Air Canada*, 2014 SCC 67, [2014] 3 S.C.R. 340; *Harvard College v. Canada (Commissioner of Patents)*, 2002 SCC 76, [2002] 4 S.C.R. 45; *ProLife Alliance, R. (on the application of) v. British Broadcasting Corporation*, 2003 UKHL 23 (BAILII), [2004] A.C. 185; *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Tran*, 2015 FCA 237, [2016] 2 F.C.R. 459.

AUTHORS CITED

Allan, Trevor R.S. "Human Rights and Judicial Review: A Critique of 'Due Deference'" (2006), 65:3 *Cambridge L.J.* 671.

Allan, Trevor R.S. *The Sovereignty of Law: Freedom, Constitution, and Common Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

Canadian Radio-television and Telecommunications Commission. *Interpretation of the Wholesale Code* (24 September 2015), Broadcasting Information Bulletin CRTC 2015-440.

Canadian Radio-television and Telecommunications Commission. *Lets Talk TV* (19 March 2015), Broadcasting Regulatory Policy CRTC 2015-96.

Canadian Radio-television and Telecommunications Commission. *Practices and procedures for staff-assisted mediation, final offer arbitration and expedited hearing* (28 November 2013), Broadcasting and Telecom Information Bulletin CRTC 2013-637.

DÉCISIONS CITÉES :

Quinn v. Leathem, [1901] A.C. 495 (H.L.); *Bell Canada c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 249, [2018] 4 R.C.F. 300, autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée, [2018] 1 R.C.S. v.; *Miller c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 370; *Wilson c. Énergie Atomique du Canada Ltée*, 2016 CSC 29, [2016] 1 R.C.S. 770; *Kanthisamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 61, [2015] 3 R.C.S. 909; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)*, 2004 CSC 19, [2004] 1 R.C.S. 485; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2014 CSC 40, [2014] 2 R.C.S. 135; *Canada (Procureur général) c. Boogaard*, 2015 CAF 150; *Garneau Community League v. Edmonton (City)*, 2017 ABCA 374 (CanLII), 26 Admin. L.R. (6th) 304; *Delta Air Lines Inc. c. Lukács*, 2018 CSC 2, [2018] 1 R.C.S. 6; *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722; *Genex Communications c. Canada (Procureur général)*, 2005 FCA 283, [2006] 2 R.C.F. 199; *Thibodeau c. Air Canada*, 2014 CSC 67, [2014] 3 R.C.S. 340; *Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, 2002 CSC 76, [2002] 4 R.C.S. 45; *ProLife Alliance, R. (on the application of) v. British Broadcasting Corporation*, 2003 UKHL 23 (BAILII), [2004] A.C. 185; *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Tran*, 2015 CAF 237, [2016] 2 R.C.F. 459.

DOCTRINE CITÉE

Allan, Trevor R.S. « Human Rights and Judicial Review : A Critique of 'Due Deference' » (2006), 65:3 *Cambridge L.J.* 671.

Allan, Trevor R.S. *The Sovereignty of Law : Freedom, Constitution, and Common Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

Chambre des communes. Comité permanent des communications et de la culture. *Recommandations concernant une nouvelle loi sur la radiodiffusion : le sixième rapport à la Chambre*, Ottawa : Imprimeur de la Reine pour le Canada, 1987.

Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. *Cadre réglementaire relatif à l'intégration verticale* (21 septembre 2011), Politique réglementaire de radiodiffusion CRTC 2011-601.

Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. *Code sur la vente en gros* (24 septembre 2015), Politique réglementaire de radiodiffusion CRTC 2015-438.

- Canadian Radio-television and Telecommunications Commission. *Regulatory framework relating to vertical integration* (21 September 2011), Broadcasting Regulatory Policy CRTC 2011-601.
- Canadian Radio-television and Telecommunications Commission. *The Wholesale Code* (24 September 2015), Broadcasting Regulatory Policy CRTC 2015-438.
- Cromwell, Thomas. “Appellate Review: Policy and Pragmatism” in *2006 Isaac Pitblado Lectures, Appellate Courts: Policy, Law and Practice*. Winnipeg: Law Society of Manitoba, 2006.
- Daly, Paul. “Dunsmuir’s Demise & The Rise of Disguised Correctness Review (The Hon. Joseph T. Robertson)” September 15, 2018, online: <<https://www.administrativelawmatters.com/blog/2018/02/15/dunsmuir-demise-the-rise-of-disguised-correctness-review-the-hon-joseph-t-robertson/>>.
- Daly, Paul. “Dunsmuir’s Flaws Exposed: Recent Decisions on Standard of Review” (2012), 58:2 *McGill L.J.* 483.
- Daly, Paul. “The Dunsmuir Decade/10 ans de Dunsmuir” (11 January 2018), online: <<https://www.administrativelawmatters.com/blog/2018/01/11/the-dunsmuir-decade10-ans-de-dunsmuir/>>.
- Daly, Paul. “The Scope and Meaning of Reasonableness Review” (2015), 52:4 *Alta. L. Rev.* 799.
- Daly, Paul. “The Signal and the Noise in Administrative Law” (2017), 68 *U.N.B.L.J.* 68.
- Daly, Paul. “Uncovering Disguised Correctness Review? *Wilson v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 SCC 47”, October 28, 2015, online: <<https://www.administrativelawmatters.com/blog/2015/10/28/>>.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- Gall, Peter A. QC, “Dunsmuir: Reasonableness and the Rule of Law” (6 March 2018), Administrative Law Matters, online: <<https://www.administrativelawmatters.com/blog/2018/03/06/dunsmuir-reasonableness-and-the-rule-of-law-peter-a-gall-qc/>>.
- House of Commons. Standing Committee on Communications and Culture, *Sixth Report to the House: Recommendations for a New Broadcasting Act*, Ottawa: Queen’s Printer for Canada, 1987.
- Knight, Dean R. *Vigilance and Restraint in the Common Law of Judicial Review*, New York: Cambridge University Press, 2018.
- Lewans, Mark. *Administrative Law and Judicial Deference*, Oxford: Hart Publishing, 2016.
- Mancini, Mark. “10 Things I Dislike About Administrative Law” (10 September 2018), Double Aspect, online: <<https://doubleaspect.blog/2018/09/10/10-things-i-dislike-about-administrative-law/>>.
- Mancini, Mark. “Dark Art of Deference: Dubious assumptions of expertise on home statute interpretation” (6 March 2018), Double Aspect, online: <<https://doubleaspect.blog/2018/03/06/dunsmuir-reasonableness-and-the-rule-of-law-peter-a-gall-qc/>>.
- Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. *Interprétation du Code sur la vente en gros* (24 septembre 2015), Bulletin d’information de radiodiffusion CRTC 2015-440.
- Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. *Parlons télé* (19 mars 2015), Politique réglementaire de radiodiffusion CRTC 2015-96.
- Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. *Pratiques et procédures concernant la médiation assistée par le personnel, l’arbitrage de l’offre finale et les audiences accélérées* (28 novembre 2013), Bulletin de radiodiffusion et de télécommunication CRTC 2013-637.
- Cromwell, Thomas. « Appellate Review : Policy and Pragmatism » dans *2006 Isaac Pitblado Lectures, Appellate Courts : Policy, Law and Practice*. Winnipeg : Law Society of Manitoba, 2006.
- Daly, Paul. « Dunsmuir’s Demise & The Rise of Disguised Correctness Review (The Hon. Joseph T. Robertson) » 15 septembre 2018, en ligne : <<https://www.administrativelawmatters.com/blog/2018/02/15/dunsmuir-demise-the-rise-of-disguised-correctness-review-the-hon-joseph-t-robertson/>>.
- Daly, Paul. « Dunsmuir’s Flaws Exposed : Recent Decisions on Standard of Review » (2012), 58:2 *R.D. McGill* 483.
- Daly, Paul. « The Dunsmuir Decade/10 ans de Dunsmuir » (11 janvier 2018), en ligne : <<https://www.administrativelawmatters.com/blog/2018/01/11/the-dunsmuir-decade10-ans-de-dunsmuir/>>.
- Daly, Paul. « The Scope and Meaning of Reasonableness Review » (2015), 52:4 *Alta. L. Rev.* 799.
- Daly, Paul. « The Signal and the Noise in Administrative Law » (2017), 68 *R.D. U.N.-B.* 68.
- Daly, Paul. « Uncovering Disguised Correctness Review? *Wilson v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 SCC 47 », 28 octobre 2015, en ligne : <<https://www.administrativelawmatters.com/blog/2015/10/28/>>.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2^e éd. Toronto : Butterworths, 1983.
- Gall, Peter A. c.r. « Dunsmuir : Reasonableness and the Rule of Law » (6 mars 2018), Administrative Law Matters, en ligne : <<https://www.administrativelawmatters.com/blog/2018/03/06/dunsmuir-reasonableness-and-the-rule-of-law-peter-a-gall-qc/>>.
- Knight, Dean R. *Vigilance and Restraint in the Common Law of Judicial Review*, New York : Cambridge University Press, 2018.
- Lewans, Mark. *Administrative Law and Judicial Deference*, Oxford : Hart Publishing, 2016.
- Mancini, Mark. « 10 Things I Dislike About Administrative Law » (10 septembre 2018), Double Aspect, en ligne :

- 2018), Double Aspect, online: <<https://doubleaspect.blog/2018/03/06/the-dark-art-of-deference/>>.
- Mancini, Mark. “Not Just a Pillowfight: How the S.C.C. Has Muddied the Standard of Review” in *Advocates for the Rule of Law* (blog), online: <<http://www.ruleoflaw.ca/not-just-a-pillowfight-how-the-scc-has-muddied-the-standard-of-review/>>.
- Sossin L. “Why the Standard of Review Matters (or at least why it should)!” (September 25, 2018), online: <<http://sossinblog.osgoode.yorku.ca/2018/09/why-the-standard-of-review-matters-or-at-least-why-it-should/>>.
- Stratas, David. “Looking Past Dunsmuir: Beginning Afresh” in *Double Aspect* (blog), online: <<https://doubleaspect.blog/2018/03/08/looking-past-dunsmuir-beginning-afresh/>>.
- Stratas, David. “The Canadian Law of Judicial Review: A Plea for Doctrinal Coherence and Consistency” (2016), 42 *Queen’s L.J.* 27.
- Stratas, David. “The Canadian Law of Judicial Review: Some Doctrine and Cases”, September 18, 2018, online: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2924049>.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2014.
- <<https://doubleaspect.blog/2018/09/10/10-things-i-dislike-about-administrative-law/>>.
- Mancini, Mark. « Dark Art of Deference : Dubious assumptions of expertise on home statute interpretation » (6 mars 2018), Double Aspect, en ligne : <<https://doubleaspect.blog/2018/03/06/the-dark-art-of-deference/>>.
- Mancini, Mark. « Not Just a Pillowfight : How the S.C.C. Has Muddied the Standard of Review » dans *Advocates for the Rule of Law* (blogue), en ligne : <<http://www.ruleoflaw.ca/not-just-a-pillowfight-how-the-scc-has-muddied-the-standard-of-review/>>.
- Sossin L. « Why the Standard of Review Matters (or at least why it should)! » (25 septembre 2018), en ligne : <<http://sossinblog.osgoode.yorku.ca/2018/09/why-the-standard-of-review-matters-or-at-least-why-it-should/>>.
- Stratas, David. « Looking Past Dunsmuir : Beginning Afresh » dans *Double Aspect* (blogue), en ligne : <<https://doubleaspect.blog/2018/03/08/looking-past-dunsmuir-beginning-afresh/>>.
- Stratas, David. « The Canadian Law of Judicial Review : A Plea for Doctrinal Coherence and Consistency » (2016), 42 *Queen’s L.J.* 27.
- Stratas, David. « The Canadian Law of Judicial Review : Some Doctrine and Cases », 18 septembre 2018, en ligne : <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2924049>.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6^e éd. Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2014.

APPEAL from two decisions of the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (Broadcasting Regulatory Policy CRTC 2015-438 (the 2015 Wholesale Code) and Broadcasting Order 2015-439 (the Order)) whereby the 2015 Wholesale Code establishes certain parameters on the negotiation and content of affiliation agreements and the Order makes the 2015 Wholesale Code binding on broadcasting distribution undertakings. Appeal allowed, Rennie J.A. dissenting.

APPEL interjeté à l’encontre de deux décisions du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (la Politique réglementaire de radiodiffusion 2015-438 (le Code sur la vente en gros de 2015) et l’Ordonnance de radiodiffusion 2015-439 (l’Ordonnance)), par lesquelles le Code sur la vente en gros de 2015 établit certains paramètres sur la négociation et le contenu des ententes d’affiliation et l’Ordonnance rend le Code sur la vente en gros de 2015 exécutoire auprès des entreprises de distribution de radiodiffusion. Appel accueilli, le juge Rennie, J.C.A., dissident.

APPEARANCES

Steve Mason, Brandon Kain and Richard J. Lizius for appellants.

Christian Leblanc and Michael Shortt for respondents Blue Ant Media Inc. et al.

ONT COMPARU :

Steve Mason, Brandon Kain et Richard J. Lizius pour les appelantes.

Christian Leblanc et Michael Shortt pour les intimées Blue Ant Media Inc. et al.

Judith Robinson and Eric Bellemare for respondent Cogeco Communications Inc.
Michael H. Ryan and Christopher C. Rootham for respondent Telus.

Judith Robinson et Eric Bellemare pour l'intimée Cogeco Communications Inc.
Michael H. Ryan et Christopher C. Rootham pour l'intimée Telus.

SOLICITORS OF RECORD

McCarthy Tétrault LLP, Toronto, for appellants.
Fasken Martineau DuMoulin LLP, Montréal, for respondents Blue Ant Media Inc. et al.
Norton Rose Fulbright Canada LLP, Montréal, for respondent Cogeco Communications Inc.
Nelligan O'Brien Payne LLP, Ottawa, for respondent Telus.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

McCarthy Tétrault S.E.N.C.R.L., s.r.l., Toronto, pour les appelantes.
Fasken Martineau DuMoulin S.E.N.C.R.L., s.r.l., Montréal, pour les intimées Blue Ant Media Inc. et al.
Norton Rose Fulbright Canada S.E.N.C.R.L., s.r.l., Montréal, pour l'intimée Cogeco Communications Inc.
Nelligan O'Brien Payne s.r.l., Ottawa, pour l'intimée Telus.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par

RENNIE J.A. (dissenting):

LE JUGE RENNIE, J.C.A. (dissident) :

I. Introduction

I. Introduction

[1] Television services are provided to Canadians through the interaction of two types of commercial entities. Programming undertakings create content, either on their own or under licence from others. They transmit their programs to broadcasting distribution undertakings, which retransmit the programs through their networks, whether cable, satellite or broadband. There is, in effect, a symbiotic relationship between programming undertakings and broadcasting distribution undertakings, the commercial terms of which are negotiated and reflected in “affiliation agreements”.

[1] Les services télévisuels sont assurés aux Canadiens par l'interaction de deux types d'entités commerciales. Les entreprises de programmation créent le contenu, en leur propre compte ou en application d'une licence d'autres entreprises. Elles transmettent leurs émissions aux entreprises de distribution de radiodiffusion, lesquelles retransmettent les émissions par l'intermédiaire de leurs réseaux, soit par câble, satellite ou large bande. Il existe, en effet, une relation symbiotique entre les entreprises de programmation et les entreprises de distribution de radiodiffusion, dont les modalités commerciales sont négociées et reflétées dans les « ententes d'affiliation ».

[2] In 2015, the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) imposed a policy to govern affiliation agreements, or simply, the contracts, between programming undertakings (PUs) and broadcasting distribution undertakings (BDUs). The CRTC implemented this policy through two decisions: Broadcasting Regulatory Policy CRTC 2015-438 [*The Wholesale Code* (24 September 2015)] (the

[2] En 2015, le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) a imposé une politique ayant pour but de régir les ententes d'affiliation ou, simplement, les contrats entre les entreprises de programmation (EP) et les entreprises de distribution de radiodiffusion (EDR). Le CRTC a mis en œuvre cette politique par deux mesures : la Politique réglementaire de radiodiffusion 2015-438 [*Code sur la vente*

2015 Wholesale Code or the Code), and Broadcasting Order 2015-439 [*Distribution of the programming of licensed programming undertakings by broadcasting distribution undertakings*] (the Order). The 2015 Wholesale Code establishes certain parameters on the negotiation and content of affiliation agreements. The Order makes the 2015 Wholesale Code binding on broadcasting distribution undertakings and requires them to distribute programs according to prescribed terms and conditions.

[3] I will turn to the 2015 Wholesale Code and its implications for affiliation agreements shortly, but pause to emphasize that while the Code, via the Order, is expressly binding only on BDUs (distribution licensees), it necessarily affects those that are counter-party to any negotiation and contract with a BDU, namely the programming undertakings.

[4] Bell Canada and Bell Media Inc. appeal these decisions under section 31 of the *Broadcasting Act*, S.C. 1991, c. 11. Bell asserts that the mandate vested in the CRTC by section 3 of the *Broadcasting Act* to implement the broadcasting policy for Canada does not authorize the CRTC to interfere in the economic relationship between BDUs and PUs. Its argument is twofold: the 2015 Wholesale Code is not authorized by paragraph 9(1)(h) of the *Broadcasting Act* and secondly, the Code violates Bell's copyright interests guaranteed under paragraph 3(1)(f) and subsection 13(4) of the *Copyright Act*, R.S.C., 1985, c. C-42. In consequence, the 2015 Wholesale Code and Order are *ultra vires* the CRTC's powers.

[5] There is no doubt that the exercise by the CRTC of its authority in respect of BDUs will have effects, both direct and consequential, on PUs. The question in their appeal, however, is whether, given the reach of the Code and its effects, it is "too great a stretch from the core purposes [of] ... and from the powers granted to the CRTC under the *Broadcasting Act*" (*Reference re Broadcasting Regulatory Policy CRTC 2010-167 and Broadcasting*

en gros (24 septembre 2015)] (le Code sur la vente en gros de 2015, ou le Code) et l'Ordonnance de radiodiffusion 2015-439 [*Distribution de la programmation des entreprises de programmation autorisées par les entreprises de distribution de radiodiffusion*] (l'Ordonnance). Le Code sur la vente en gros de 2015 établit certains paramètres sur la négociation et le contenu des ententes d'affiliation. L'Ordonnance rend le Code sur la vente en gros de 2015 exécutoire auprès des EDR et les oblige à distribuer les émissions suivant certaines modalités et conditions.

[3] Je me pencherai sur le Code sur la vente en gros de 2015 et ses incidences sur les ententes d'affiliation, mais je soulignerai d'abord que, tandis que le Code, au moyen de l'Ordonnance, est expressément contraignante à l'égard des EDR seulement (titulaires de licence de distribution), il influe nécessairement sur les entreprises qui sont des contreparties dans le cadre d'une négociation et d'un contrat avec une EDR, c'est-à-dire les EP.

[4] Bell Canada et Bell Média Inc. interjettent appel de ces décisions en vertu de l'article 31 de la *Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, ch. 11. Bell soutient que la mission conférée au CRTC par l'article 3 de la *Loi sur la radiodiffusion*, dans le but de mettre en œuvre la Politique canadienne de radiodiffusion, n'autorise pas le CRTC à intervenir dans la relation économique entre les EDR et les EP. Son argumentation comporte deux volets : premièrement le Code sur la vente en gros de 2015 n'est pas autorisé par l'alinéa 9(1)(h) de la *Loi sur la radiodiffusion*; deuxièmement, le Code est contraire aux droits d'auteur de Bell garantis par l'alinéa 3(1)(f) et le paragraphe 13(4) de la *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), ch. C-42. Par conséquent, le Code sur la vente en gros de 2015 et l'Ordonnance excèdent la compétence du CRTC.

[5] Il ne fait aucun doute que l'exercice par le CRTC de sa compétence en matière d'EDR aura une incidence, à la fois directe et moins directe, sur les EP. La question en appel consiste cependant à savoir si, compte tenu de la portée du Code et de ses effets, il constitue une « mesure beaucoup trop éloignée des objectifs fondamentaux [...] et des pouvoirs conférés au CRTC par la *Loi sur la radiodiffusion* » (*Renvoi relatif à la Politique réglementaire*

Order CRTC 2010-168, 2012 SCC 68, [2012] 3 S.C.R. 489 (*Cogeco*), at paragraph 33, per Rothstein J.).

[6] In order to understand the issues in this appeal some context is necessary.

II. Background

[7] The Broadcasting Information Bulletin CRTC 2015-440 [*Interpretation of the Wholesale Code* (24 September 2015)] (the Bulletin), released contemporaneously with the Code, explains that the Code and the implementing Order arise from a concern on the part of the CRTC about increasing vertical integration of programming and broadcasting distribution entities and resulting concentration of market power. Beginning in 2011, the CRTC responded to this change in the commercial landscape through measures aimed at ensuring that vertical integration did not occur at the expense of a healthy wholesale market for the sale of program content, programming diversity and consumer choice as to types and combinations of programs they wish to receive and the platform or means by which they would receive programs. Those measures included:

- issuing non-binding guidelines for the negotiation of commercial agreements between PUs and BDUs, such as the Broadcasting Regulatory Policy CRTC 2011-601 [*Regulatory framework relating to vertical integration* (21 September 2011)] (Ottawa: CRTC, 2011) (amended in 2011-601-1) (the 2011 Wholesale Code or the 2011 Code);
- imposing conditions of licence and group-based licence renewals on a case by case basis; and
- establishing a dispute resolution process to address impasses in negotiations between PUs and BDUs (*Broadcasting Distribution Regulations*, SOR/97-555, ss. 12–15.02).

de radiodiffusion CRTC 2010-167 et l'ordonnance de radiodiffusion CRTC 2010-168, 2012 CSC 68, [2012] 3 R.C.S. 489 (*Cogeco*), au paragraphe 33, sous la plume du juge Rothstein).

[6] Comprendre les questions soulevées dans le présent appel, l'on ne peut faire abstraction du contexte.

II. Faits et procédures

[7] Le Bulletin d'information de radiodiffusion CRTC 2015-440 [*Interprétation du Code sur la vente en gros* (24 septembre 2015)] (le Bulletin), publié en même temps que le Code, explique que le Code et l'Ordonnance de mise en œuvre ont été motivés par l'inquiétude du CRTC concernant l'intégration verticale croissante des entités de distribution de programmation et de radiodiffusion, et de la concentration de la puissance commerciale qui en résulte. À partir de 2011, le CRTC a répondu à cette évolution de la situation commerciale en prenant des mesures pour veiller à ce que l'intégration verticale ne se fasse pas au détriment d'un marché de gros en bonne santé pour la vente du contenu des émissions, la diversité de la programmation et le choix des consommateurs quant aux types et aux combinaisons d'émissions qu'ils souhaitent voir et à la plateforme ou au moyen de réception des émissions. Ces mesures incluaient notamment :

- l'établissement de lignes directrices non contraignantes pour la négociation d'ententes commerciales entre les EP et les EDR, par exemple, la Politique réglementaire de radiodiffusion CRTC 2011-601 [*Cadre réglementaire relatif à l'intégration verticale* (21 septembre 2011)] (Ottawa : CRTC, 2011) (modifiée avec la version 2011-601-1) (le Code sur la vente en gros de 2011 ou le Code de 2011);
- l'imposition, au cas par cas, de conditions de licence et de renouvellements de licence par groupe;
- la mise en place d'un processus de règlement des différends afin de remédier aux impasses dans les négociations entre les EP et les EDR (*Règlement sur la distribution de la radiodiffusion*, DORS/97-555, articles 12 à 15.02).

[8] In 2015, the CRTC replaced the voluntary 2011 Code with the more comprehensive Wholesale Code and, via the 9(1)(h) Order, required existing licensees to “abide” by the provisions in the 2015 Wholesale Code.

A. *The 2015 Wholesale Code*

[9] The Code is divided into five parts:

- Application (sections 1–3);
- Prohibitions (section 4);
- Commercially unreasonable practices (section 5);
- Commercially reasonable practices (sections 6–12); and
- Affiliation agreements (sections 13–15).

[10] The 2015 Wholesale Code applies to “licensed programming and distribution undertakings” (sections 1–3). BDUs and PUs are both defined terms under the *Broadcasting Act*:

Definitions

2 (1) In this Act,

...

distribution undertaking means an undertaking for the reception of broadcasting and the retransmission thereof by radio waves or other means of telecommunication to more than one permanent or temporary residence or dwelling unit or to another such undertaking; (*entreprise de distribution*)

...

programming undertaking means an undertaking for the transmission of programs, either directly by radio waves or other means of telecommunication or indirectly through a distribution undertaking, for reception by the public by means of broadcasting receiving apparatus; (*entreprise de programmation*) [Emphasis added.]

[8] En 2015, le CRTC a remplacé le Code volontaire de 2011 par un Code sur la vente en gros plus détaillé et, aux termes de l’alinéa 9(1)(h) de l’Ordonnance, il a exigé que les détenteurs de licence existants « respectent » les dispositions du Code sur la vente en gros de 2015.

A. *Le Code sur la vente en gros de 2015*

[9] Ce document se subdivise en cinq parties :

- Application (sections 1 à 3)
- Interdictions (section 4)
- Pratiques déraisonnables sur le plan commercial (section 5)
- Pratiques raisonnables sur le plan commercial (sections 6 à 12)
- Ententes d’affiliation (sections 13 à 15)

[10] Le Code sur la vente en gros de 2015 vise les « entreprises de programmation et de distribution autorisées » (sections 1 à 3). Les EDR, tout comme les EP, sont définies dans la *Loi sur la radiodiffusion* :

Définitions

2 (1) Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

[...]

entreprise de distribution Entreprise de réception de radiodiffusion pour retransmission, à l’aide d’ondes radioélectriques ou d’un autre moyen de télécommunication, en vue de sa réception dans plusieurs résidences permanentes ou temporaires ou locaux d’habitation, ou en vue de sa réception par une autre entreprise semblable. (*distribution undertaking*)

[...]

entreprise de programmation Entreprise de transmission d’émissions soit directement à l’aide d’ondes radioélectriques ou d’un autre moyen de télécommunication, soit par l’intermédiaire d’une entreprise de distribution, en vue de leur réception par le public à l’aide d’un récepteur. (*programming undertaking*) [Soulignement ajouté.]

[11] In the policy statement accompanying the Code, the CRTC explains that it intends to gradually “impose the Wholesale Code on all licensed [BDUs and PUs] by means of a condition of licence with a view to ultimately repealing the 9(1)(h) order” (at paragraph 137). Indeed, many of the requirements of the Code are already included as conditions in the appellants’ licences (see Blue Ant memorandum of fact and law, Appendix B). The Order, which requires licensees to “abide” by the Code, bridges the gap between licence renewals and presumably seeks to ensure some degree of equivalency in licence conditions across the regulated industry.

[12] Section 4 of the Code sets out seven specific terms that are not permitted in affiliation agreements between PUs and BDUs. They include:

- (a) terms that prohibit the distribution of programming services on a stand-alone basis;
- (b) terms that prohibit the offering of programming services on a build-your-own-package or small package basis;
- (c) provisions that unilaterally grandfather distribution on the same terms and conditions as the previously negotiated agreement;
- (d) veto rights by PUs of BDU packaging changes;
- (e) requirements to mirror existing analog tiers in a digital offering;
- (f) most favoured nation (MFN) provisions, or any similarly worded provision that has the effect of guaranteeing terms as favourable as those agreed to with other parties in other affiliation agreements; and
- (g) minimum penetration, revenue or subscription levels, except where negotiated by an independent programming service.

[11] Dans l’énoncé de politique qui accompagne le Code, le CRTC explique son intention d’« imposer [graduellement] le Code sur la vente en gros [...] à toutes les entreprises de programmation et de distribution autorisées, dans le but ultime d’abroger l’ordonnance rendue en vertu de l’article 9(1)(h) » (au paragraphe 137). En effet, bon nombre des exigences du Code sont déjà intégrées à titre de conditions aux licences des appelantes (consulter le mémoire des faits et du droit de Blue Ant, Annexe B). L’Ordonnance, qui impose aux détenteurs de licence de « respecter » le Code, comble l’écart entre les renouvellements de licence et vise vraisemblablement à assurer une certaine équivalence des conditions de licence dans l’ensemble de l’industrie réglementée.

[12] La section 4 du Code énonce sept conditions précises qui sont interdites dans les ententes d’affiliation entre les EP et les EDR. Il s’agit des conditions suivantes :

- a) toute condition interdisant la distribution d’un service de programmation sur une base individuelle;
- b) toute condition interdisant l’offre d’un service de programmation dans un forfait sur mesure ou dans un petit forfait;
- c) toute clause transitoire qui impose unilatéralement la distribution aux mêmes modalités et conditions que celles énoncées dans l’entente précédente;
- d) tout droit de veto d’une entreprise de programmation sur les modifications que souhaiterait apporter une EDR à ses forfaits;
- e) toute exigence de dédoubler les volets de services analogiques existants en mode numérique;
- f) toute clause dite de la « nation la plus favorisée » ou toute clause formulée de manière similaire et ayant pour effet de garantir des conditions aussi favorables que celles accordées à d’autres parties dans d’autres ententes d’affiliation;
- g) tout seuil minimum pour le taux de pénétration, le taux de revenu ou le nombre d’abonnés, sauf s’il est négocié par un service de programmation indépendant.

[13] Section 5 precludes commercially unreasonable practices, including:

- (a) requiring an unreasonable rate (defined as other than fair market value);
- (b) requiring an unreasonable volume-based rate card;
- (c) requiring an unreasonable penetration-based rate card;
- (d) requiring the acquisition of a program or service in order to obtain another program or service (tied-selling);
- (e) imposing unreasonable terms and conditions that restrict the ability of a BDU to provide consumer choice; and
- (f) imposing unreasonable terms and conditions that restrict a programming service or a BDU from providing programming on multiple distribution platforms.

[14] Section 6 describes what the CRTC considers to be commercially reasonable practices. It mandates that seven factors—6(a) to 6(g)—be considered during negotiations to establish the fair market value of the wholesale rate for programming. Sections 7 to 12 are aimed at preventing vertically-integrated entities from discriminating against independent programming services. In particular, sections 7 to 10 are aimed at the packaging and marketing of independent programming services, and sections 11 and 12 at ensuring multiplatform access to independent programming services.

[15] Where an affiliation agreement has not been renewed by 120 days before its expiration date and where both parties confirm in writing their intention to renew, the Code requires that the dispute be referred to the CRTC for dispute resolution (section 13). As I will explain, this requirement is a key component of Bell's argument.

[13] La section 5 exclut les pratiques déraisonnables sur le plan commercial, notamment :

- a) l'imposition d'un tarif déraisonnable (c.-à-d. qui n'est pas fondé sur la juste valeur marchande);
- b) l'imposition d'une carte de tarification déraisonnable liée au volume;
- c) l'imposition d'une carte de tarification déraisonnable liée à la pénétration;
- d) l'imposition de l'acquisition d'un service ou d'une émission pour obtenir un autre service ou une autre émission (vente jumelée);
- e) l'imposition de conditions déraisonnables qui restreignent la capacité d'une EDR à donner le libre choix aux consommateurs;
- f) l'imposition de conditions déraisonnables qui empêche un service de programmation ou une EDR d'assurer les programmations sur des plateformes multiples de distribution.

[14] La section 6 présente les pratiques que le CRTC considère comme raisonnables sur le plan commercial. Elle impose la prise en compte de sept facteurs — 6(a) à 6(g) — au cours de négociations visant à établir la juste valeur marchande d'un tarif de gros pour un service de programmation. Les sections 7 à 12 visent à empêcher les entités intégrées verticalement de subir une discrimination par rapport aux services de programmation indépendants. Plus précisément, les sections 7 à 10 visent l'assemblage et la commercialisation des services de programmation indépendants, et les sections 11 et 12, ont pour but d'assurer l'accessibilité des services de programmation indépendants sur de multiples plateformes.

[15] Lorsqu'une entente d'affiliation n'a pas été renouvelée 120 jours avant la date d'expiration de cette entente et que les deux parties confirment par écrit leur intention de la renouveler, le Code prévoit que les parties renvoient l'affaire au CRTC qui règle le différend (section 13). Comme je l'expliquerai, cette exigence est un élément clé de l'argumentaire de Bell.

[16] Finally, affiliation agreements and all other agreements regarding programming services are to be filed with the CRTC (sections 14–15).

[17] With the context having been set, I turn to the substantive issues.

III. Issues

[18] Bell contends that the Code, and its enabling Order, are *ultra vires* the CRTC's powers insofar as they affect its interests as a programming undertaking. Whether that argument succeeds lies in the answer to three subsidiary questions:

- A. Is the decision of the Supreme Court of Canada in *Cogeco* dispositive of the issues in this appeal?
- B. If *Cogeco* is not dispositive, is the Code within the power of the CRTC under paragraph 9(1)(h) of the *Broadcasting Act*?
- C. Does the Code conflict, in operation or purpose, with the *Copyright Act*?

[19] I will address the applicable standard of review in the context of issues B and C. Blue Ant Media, a respondent, raises the additional argument that the Court should, in the exercise of its discretion, bar Bell from any remedy by reason of its conduct. This will be addressed at the end of these reasons.

IV. Analysis

- A. *Is the decision of the Supreme Court of Canada in Cogeco dispositive of the issues in this appeal?*

[20] Bell submits *Cogeco* stands for the principle that the CRTC cannot regulate any aspect of the economic and commercial relationship between PUs and BDUs. Bell contends that as the Code directly interferes in the manner and content of affiliation agreements and effectively

[16] Enfin, les ententes d'affiliation et toutes les autres ententes concernant les services de programmation doivent être déposées auprès du CRTC (sections 14 et 15).

[17] Le contexte ayant été défini, je me penche à présent sur les questions de fond.

III. Questions en litige

[18] Bell soutient que le Code et l'Ordonnance qui s'y rattache excèdent les compétences du CRTC dans la mesure où ils ont une incidence sur ses intérêts en tant qu'entreprise de programmation. La validité de cet argument repose sur la réponse aux trois questions subsidiaires suivantes :

- A. La jurisprudence *Cogeco* de la Cour suprême du Canada est-elle déterminante quant aux questions faisant l'objet du présent appel?
- B. Si la jurisprudence *Cogeco* n'est pas déterminante, le Code relève-t-il du pouvoir conféré au CRTC par l'alinéa 9(1)h) de la *Loi sur la radiodiffusion*?
- C. Y a-t-il conflit entre le Code et le texte ou l'objectif de la *Loi sur le droit d'auteur*?

[19] Je discuterai la norme de contrôle applicable dans le cadre des questions B et C. Blue Ant Media, une des intimées, soutient également que la Cour doit, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, refuser à Bell tout recours en raison de sa conduite. Cet argument sera traité à la fin des présents motifs.

IV. Analyse

- A. *La jurisprudence Cogeco de la Cour suprême du Canada est-elle déterminante quant aux questions faisant l'objet du présent appel?*

[20] Bell soutient que la jurisprudence *Cogeco* enseigne que le CRTC ne peut régir aucun aspect des rapports économiques et commerciaux entre les EP et les EDR. Bell soutient que puisque le Code affecte directement le mode et le contenu des ententes d'affiliation

limits, dilutes or negates some of its rights under the *Copyright Act*, the Code falls squarely within the scope of the prohibition in *Cogeco*. Bell's argument requires careful consideration of what *Cogeco* decided.

[21] The issue in *Cogeco* was “whether the CRTC ha[d] the jurisdiction to implement the proposed value for signal regime” (VSR) (*Cogeco*, at paragraph 14). The VSR, what it was and what it did, is critical to understanding *Cogeco*.

[22] In 2010, the CRTC was concerned about the economic viability of broadcasters (which, in effect, meant only PUs because BDUs are not included in the definition of “broadcaster” under section 2 of the *Copyright Act*). In order to ensure that the public would continue to benefit from the diversity of programming offered by broadcasters, and relying on subsection 3(1) of the *Broadcasting Act* as the source of its jurisdiction, the CRTC proposed to create the VSR (*Cogeco*, at paragraphs 1, 6–7, 21).

[23] The VSR sought to alleviate the financial challenges faced by broadcasters by granting them new and exclusive rights to control the exploitation of their communication signals or works by retransmission. The VSR allowed broadcasters to negotiate directly with BDUs for the retransmission of all of their signals. When broadcasters were unable to agree with a BDU on compensation for the distribution of their programming services, the VSR would have given broadcasters “deletion rights”, thereby preventing their retransmission by BDUs (*Cogeco*, at paragraphs 7, 19, 69).

[24] In so doing, the VSR dealt directly with the subject matter of sections 21 and 31 of the *Copyright Act*. Subsection 21(1) of the *Copyright Act* grants a broadcaster

et, de fait, limite, affaiblit ou rend caducs certains des droits qu'elle tire de la *Loi sur le droit d'auteur*, le Code s'inscrit parfaitement dans le cadre de l'interdiction consacrée par la jurisprudence *Cogeco*. L'argumentation de Bell appelle un examen attentif de la jurisprudence *Cogeco*.

[21] La question dans l'affaire *Cogeco* consistait à savoir « si le CRTC [avait] compétence pour mettre en œuvre le régime de compensation pour la valeur des signaux proposé » (*Cogeco*, au paragraphe 14). Pour comprendre cette jurisprudence, il est essentiel de savoir ce qu'était le régime de compensation pour la valeur des signaux et les résultats qu'il a eus.

[22] En 2010, le CRTC était préoccupé par la viabilité économique des radiodiffuseurs (lesquels, en fait, désignaient uniquement les EP, car les EDR ne relèvent pas de la définition de « radiodiffuseur » de l'article 2 de la *Loi sur le droit d'auteur*). Afin que le public continue de profiter de la diversité de la programmation offerte par les radiodiffuseurs, et fondant sa compétence sur le paragraphe 3(1) de la *Loi sur la radiodiffusion*, le CRTC a proposé la création du régime de compensation pour la valeur des signaux (*Cogeco*, aux paragraphes 1, 6, 7 et 21).

[23] Le régime de compensation pour la valeur des signaux avait pour but d'alléger le fardeau financier des radiodiffuseurs en leur accordant des droits nouveaux et exclusifs de contrôle de l'exploitation de leurs signaux de communication ou de leurs œuvres par retransmission. Le régime de compensation pour la valeur des signaux permettait aux radiodiffuseurs de négocier directement avec les EDR la retransmission de tous leurs signaux. Lorsque les radiodiffuseurs n'arrivaient pas à s'entendre avec une EDR sur la compensation pour la distribution de leurs services de programmation, le régime de compensation pour la valeur des signaux donnait aux radiodiffuseurs le « droit d'exiger le retrait », empêchant ainsi leur retransmission par les EDR (arrêt *Cogeco*, aux paragraphes 7, 19 et 69).

[24] Ce faisant, le régime de compensation pour la valeur des signaux a porté directement sur l'objet des articles 21 et 31 de la *Loi sur le droit d'auteur*. Le

an exclusive, limited copyright in the communication signals it broadcasts, with paragraph (c) giving it the sole right to authorize or prohibit the simultaneous retransmission by another broadcaster to the public. Since BDUs are not considered “broadcasters” under section 2 of the *Copyright Act*, a broadcaster’s exclusive copyright under section 21 does not include a right to prohibit a BDU from retransmitting its communication signals (*Cogeco*, at paragraphs 48–50). This is critical, as the salient feature of the VSR was the right of broadcasters to prohibit BDUs from retransmitting their signals (*Cogeco*, at paragraphs 19, 69).

[25] Importantly, paragraph 3(1)(f) of the *Copyright Act* protects the right of copyright holders to distribute their work by various means, including telecommunication. However, section 31 of the *Copyright Act* creates a “user right” (or, an exception to copyright infringement) that allows BDUs to retransmit copyright protected works carried in local and distant (over-the-air) signals without the authorization of the copyright holder. The copyright holders in those works do not have the right to block the retransmission by BDUs of local and distant signals carrying their works (*Cogeco*, at paragraphs 56, 58). The decision in *Cogeco* pivots on the CRTC’s “creation of exclusive control rights over signals or programs” and the “right” of a broadcaster to require a BDU “to delete any program owned by the broadcaster” (*Cogeco*, at paragraphs 7, 13, 31–33), notwithstanding the rights granted under sections 21 and 31 of the *Copyright Act*.

[26] The Supreme Court held that the VSR was not authorized by any provision in the *Broadcasting Act*, including paragraph 9(1)(h), and that it conflicted with the purposes of sections 21 and 31 of the *Copyright Act*. For the Court, Rothstein J. said [at paragraph 13]:

paragraphe 21(1) de la *Loi sur le droit d’auteur* confère au radiodiffuseur un droit d’auteur exclusif et limité à l’égard des signaux de communication qu’il émet, et l’alinéa c) lui confère le droit exclusif d’autoriser un autre radiodiffuseur à les retransmettre au public simultanément à son émission ou de lui interdire de le faire. Étant donné que les EDR ne sont pas considérées comme des « radiodiffuseurs » au sens de l’article 2 de la *Loi sur le droit d’auteur*, le droit d’auteur exclusif conféré à un radiodiffuseur aux termes de l’article 21 n’inclut pas le droit d’interdire à une EDR de retransmettre ses signaux de communication (*Cogeco*, aux paragraphes 48 à 50). Ce point est essentiel, car la principale caractéristique du régime de compensation pour la valeur des signaux est le droit qu’ont les radiodiffuseurs d’interdire aux EDR de retransmettre leurs signaux (*Cogeco*, aux paragraphes 19 et 69).

[25] Chose importante à souligner, l’alinéa 3(1)(f) de la *Loi sur le droit d’auteur* protège le droit des titulaires de droits d’auteur de communiquer leur œuvre par divers moyens, notamment par télécommunication. Cependant, l’article 31 de la *Loi sur le droit d’auteur* crée un « droit de l’utilisateur » (ou une exception à la violation du droit d’auteur) qui autorise les EDR à retransmettre, sans l’autorisation du titulaire du droit d’auteur, les œuvres protégées par ce droit qui sont diffusées par des signaux locaux ou éloignés (en direct). Les titulaires du droit d’auteur sur ces œuvres n’ont pas le droit de bloquer la retransmission par des EDR de signaux locaux ou éloignés portant leurs œuvres (*Cogeco*, aux paragraphes 56 et 58). La décision rendue dans la jurisprudence *Cogeco* repose sur la « création de droits de contrôle exclusifs sur les signaux ou les émissions » par le CRTC et le « droit » du radiodiffuseur d’obliger une EDR « à retirer [...] toute émission appartenant au radiodiffuseur » (*Cogeco*, aux paragraphes 7, 13 et 31 à 33), nonobstant les droits conférés aux termes des articles 21 et 31 de la *Loi sur le droit d’auteur*.

[26] La Cour suprême a décidé que le régime de compensation pour la valeur des signaux n’était pas autorisé par les dispositions de la *Loi sur la radiodiffusion*, notamment par l’alinéa 9(1)(h), et qu’il était incompatible avec l’objet des articles 21 et 31 de la *Loi sur le droit d’auteur*. La Cour a observé [au paragraphe 13] sous la plume du juge Rothstein :

In my respectful opinion, for two reasons, the provisions of the *Broadcasting Act*, considered in their entire context, may not be interpreted as authorizing the CRTC to implement the proposed value for signal regime. First, a contextual reading of the provisions of the *Broadcasting Act* themselves reveals that they were not meant to authorize the CRTC to create exclusive rights for broadcasters to control the exploitation of their signals or works by retransmission. Second, the proposed regime would conflict with specific provisions enacted by Parliament in the *Copyright Act*.

(See also paragraph 68 of *Cogeco*.)

[27] With respect to the *Broadcasting Act*, the Court ruled that the broad licensing and regulatory powers in sections 9 and 10 had to be read in light of the *Broadcasting Act* as a whole. It found that not all links, however tenuous, between a licensing requirement and a broadcasting policy objective described in subsection 3(1) were sufficient to establish jurisdiction in the CRTC (*Cogeco*, at paragraphs 25, 28–29).

[28] In its reasoning, the Supreme Court observed that, in contrast to the *Telecommunications Act*, S.C. 1993, c. 38, which expressly granted the CRTC jurisdiction to ensure rates charged by Canadian carriers were just and reasonable, “none of the specific fields for regulation set out in s. 10(1) pertain to the ... control [of] the direct economic relationship between the BDUs and the broadcasters [that is, programming undertakings]” (*Cogeco*, at paragraphs 26, 29).

[29] This phrase is the foundation of Bell’s argument in this appeal. It submits that none of the specific fields in subsection 9(1) pertain to the control of the direct economic relationship between BDUs and PUs.

À mon humble avis, lorsqu’on les interprète à la lumière de leur contexte global, on ne peut, et ce pour deux raisons, considérer que les dispositions de la *Loi sur la radiodiffusion* ont pour effet d’autoriser le CRTC à mettre en œuvre le régime proposé de compensation pour la valeur des signaux. Premièrement, l’interprétation contextuelle des dispositions de la *Loi sur la radiodiffusion* révèle qu’elles ne visent pas à autoriser le CRTC à créer, en faveur des radiodiffuseurs, des droits exclusifs habilitant ces derniers à contrôler l’exploitation de leurs signaux ou de leurs œuvres par retransmission. Deuxièmement, le régime proposé entrerait en conflit avec certaines dispositions précises édictées par le Parlement dans la *Loi sur le droit d’auteur*.

(Voir aussi le paragraphe 68 de l’arrêt *Cogeco*.)

[27] À l’égard de la *Loi sur la radiodiffusion*, la Cour a décidé que les larges pouvoirs d’attribution de licences et de réglementation conférés par les articles 9 et 10 doivent être lus au regard de la *Loi sur la radiodiffusion* dans son ensemble. Elle a conclu que les liens, aussi ténus soient-ils, entre l’exigence d’attribution de licences et l’objectif de la politique de radiodiffusion présentée au paragraphe 3(1) ne suffisent pas tous à établir la compétence du CRTC (*Cogeco*, aux paragraphes 25, 28 et 29).

[28] Dans son raisonnement, la Cour suprême a fait observer que, contrairement à la *Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, ch. 38, laquelle confère expressément au CRTC la compétence de s’assurer que les tarifs imposés par les entreprises canadiennes sont justes et raisonnables, « aucun des sujets précis et susceptibles d’être réglementés qui sont énumérés au par. 10(1) ne se rapporte à la création de droits exclusifs qui permettraient [...] de contrôler les rapports économiques directs entre les EDR et les radiodiffuseurs [c’est-à-dire les entreprises de programmation] » (*Cogeco*, aux paragraphes 26 et 29).

[29] Cette citation constitue le fondement de l’argumentation de Bell dans le présent appel. Bell soutient qu’aucune des matières précises du paragraphe 9(1) ne se rapporte au contrôle des rapports économiques directs entre les EDR et les EP.

[30] Significantly, the passages from *Cogeco* reproduced in paragraphs 78 and 80 of Bell’s memorandum omit a key sentence from *Cogeco* (bolded below) [at paragraphs 30–31]:

However, the broadcasters submit that s. 10(1)(g), which enables the CRTC to make regulations “respecting the carriage of any foreign or other programming services”, and s. 9(1)(h), which empowers the CRTC to require a licensed BDU “to carry ... programming services specified by the Commission”, together with the broad wording of ss. 10(1)(k) and 9(1)(b)(i), empower the CRTC to “dictate the terms of the carriage relationship between broadcasters and BDUs” (R.F., at para. 65). Thus, the CRTC would, in their opinion, have jurisdiction to implement the proposed regime.

I cannot agree. On their face, ss. 9(1)(h) and 10(1)(g) could, for example, allow the CRTC to require the BDUs to distribute to Canadians certain types of programs, arguably, because they are deemed to be important for the country’s cultural fabric. However, it is a far cry from concluding that, coupled with ss. 10(1)(k) and 9(1)(b)(i), they entitle the CRTC to create exclusive control rights for broadcasters. [Emphasis added.]

[31] When read in its context, the Supreme Court’s statement “I cannot agree”, was in response to the last sentence in paragraph 30. Indeed, as is clear from the last sentence in paragraph 31 of the decision, and the point on which the case turned, was that paragraph 9(1)(h) did not “entitle the CRTC to create exclusive control rights”.

[32] A reading of *Cogeco*, keeping in mind the particular exclusive control right created by the VSR, reveals that it cannot be interpreted as widely as urged by Bell. The Supreme Court decided whether the CRTC could give PUs “an exclusive right to require deletion of the programming to which they hold exhibition rights from all signals transmitted by the BDU” (*Cogeco*, at paragraph 19), not whether the CRTC can regulate *any* aspect of the economic relationship between PUs and BDUs. In relation to the *latter*, the Supreme Court merely stated

[30] Chose importante, les extraits de l’arrêt *Cogeco* qui ont été reproduits aux paragraphes 78 et 80 du mémoire de Bell omettent une phrase clé de cet arrêt (soulignée ci-dessous) [aux paragraphes 30 et 31] :

Cependant, les radiodiffuseurs affirment que l’al. 10(1)(g), aux termes duquel le CRTC peut, par règlement, « régir la fourniture de services de programmation — même étrangers — par les entreprises de distribution », ainsi que l’al. 9(1)(h), qui permet au CRTC d’obliger les titulaires de licences d’exploitation d’entreprises de distribution « à offrir certains services de programmation selon les modalités qu’il précise », conjugués aux dispositions générales que sont les al. 10(1)(k) et 9(1)(b), habilite le CRTC à [TRADUCTION] « dicter les modalités des rapports entre les radiodiffuseurs et les EDR en ce qui concerne la fourniture des services de programmation » (m.i., par. 65). Par conséquent, le CRTC aurait, de l’avis des radiodiffuseurs, compétence pour mettre en œuvre le régime proposé.

Je ne partage pas cet avis. À première vue, les al. 9(1)(h) et 10(1)(g) pourraient, par exemple, permettre au CRTC d’obliger les EDR à distribuer aux Canadiens certains types d’émissions, au motif que celles-ci seraient considérées importantes pour la structure culturelle du Canada. Toutefois, cela n’équivaut pas vraiment à conclure que, conjugués aux al. 10(1)(k) et 9(1)(b), les alinéas susmentionnés autorisent le CRTC à conférer aux radiodiffuseurs des droits de contrôle exclusifs. [Non souligné dans l’original.]

[31] Lorsqu’on les lit au regard du contexte, on comprend que l’observation « Je ne partage pas cet avis » de la Cour suprême constitue la réponse à la dernière phrase du paragraphe 30. En effet, comme l’indique clairement la dernière phrase du paragraphe 31 de la décision, et le point en jeu dans l’affaire, l’alinéa 9(1)(h) n’avait pas pour but « [d’autoriser] le CRTC à conférer [...] des droits de contrôle exclusifs ».

[32] En lisant l’arrêt *Cogeco*, sans perdre de vue le droit de contrôle exclusif et particulier qu’a créé le régime de compensation pour la valeur des signaux, on constate qu’il ne peut être interprété aussi largement que Bell l’a fait valoir. La Cour suprême a tranché la question de savoir si le CRTC peut donner à une EP « le droit exclusif d’exiger le retrait des émissions dont [elle] a acquis les droits de diffusion de tous les signaux émis par une EDR » (*Cogeco*, au paragraphe 19), et non pas si le CRTC peut réglementer *n’importe quel* aspect des rapports

that the fields of regulation in subsection 10(1) of the *Broadcasting Act* do not expressly authorize control of “the direct economic relationship between BDUs and the [PUs]” (*Cogeco*, at paragraph 29). This statement has to be read and understood in light of what the VSR attempted to do and the question the Court was asked to decide.

[33] I do not understand the Supreme Court to have concluded that any and all exercises of authority under paragraph 9(1)(h), which may have an effect, direct or incidental, on PUs, would be an overreach. In the result, the extent to which paragraph 9(1)(h) authorizes the CRTC to impose terms and conditions on the carriage of “programming services” by BDUs, which will incidentally affect PUs, remains an open question. I therefore agree with the respondents that *Cogeco* is not dispositive of whether paragraph 9(1)(h) authorizes the CRTC to make the Code binding.

[34] For similar reasons, *Cogeco* is also not determinative of the copyright conflict issue in this appeal. The Supreme Court decided that the CRTC could not, by granting an *exclusive control* right, create a functional equivalent to a copyright for broadcasters (PUs as copyright owners) that was deliberately withheld from the *Copyright Act*. In section 21 of that Act, Parliament set out a carefully tailored regime relating to the specific kind of copyright with respect to communication signals and a specific type of user right with respect to works transmitted in over-the-air signals under section 31 of the *Copyright Act*. The VSR, however, created exclusive control rights “for broadcasters to control the exploitation of their [over-the-air] signals or works by retransmission” (*Cogeco*, at paragraphs 13, 19, 31, 33, 69–70). The VSR, in effect, created new copyright, and conflicted with the purpose of sections 21 and 31 of the *Copyright Act* (*Cogeco*, at paragraphs 13, 62–64, 67–70, 75–76). As I will explain, in contrast to the VSR, the Code does not create a “special right” akin to that contemplated by the VSR.

économiques entre les EP et les EDR. Concernant ce dernier point, la Cour suprême a simplement indiqué que les matières susceptibles d’être réglementées qui sont énumérées au paragraphe 10(1) de la *Loi sur la radiodiffusion* n’autorisent pas expressément le contrôle « [d]es rapports économiques directs entre les EDR et les [EP] » (*Cogeco*, au paragraphe 29). Cette observation doit être lue et comprise au regard de l’objectif du régime de compensation pour la valeur des signaux et de la question que la Cour a été appelée à trancher.

[33] Si je comprends bien la Cour suprême, elle n’as pas conclu que tout exercice des pouvoirs prévus à l’alinéa 9(1)(h), lesquels peuvent avoir un effet direct ou accessoire sur les EP, serait excessif. En conséquence, la mesure dans laquelle l’alinéa 9(1)(h) autorise le CRTC à imposer les modalités des « services de programmation » offerts par les EDR, qui toucheront accessoirement les EP, demeure une question en suspens. Par conséquent, j’abonde dans le sens des intimées : la jurisprudence *Cogeco* ne permet pas de déterminer si l’alinéa 9(1)(h) autorise le CRTC à rendre le Code exécutoire.

[34] Pour des raisons similaires, la jurisprudence *Cogeco* n’est pas déterminante pour la question en litige dans le présent appel, un différend entourant le droit d’auteur. La Cour suprême a décidé que le CRTC ne pouvait pas, en conférant un *droit de contrôle exclusif*, créer pour les radiodiffuseurs (les EP à titre de titulaires des droits d’auteur) l’équivalent fonctionnel du droit d’auteur qu’on a délibérément refusé dans la *Loi sur le droit d’auteur*. À l’article 21 de cette loi, le législateur a conçu un régime soigneusement adapté au type précis de droit d’auteur relatif aux signaux de communication ainsi qu’un type précis de droit de l’utilisateur à l’égard des œuvres diffusées par des signaux en direct aux termes de l’article 31 de la *Loi sur le droit d’auteur*. Cependant, le régime de compensation pour la valeur des signaux a créé, « en faveur des radiodiffuseurs, des droits exclusifs habilitant ces derniers à contrôler l’exploitation de leurs signaux [en direct] ou de leurs œuvres par retransmission » (*Cogeco*, aux paragraphes 13, 19, 31, 33, 69 et 70). En substance, le régime de compensation pour la valeur des signaux a créé un nouveau droit d’auteur et est incompatible avec l’objet des articles 21 et 31 de la *Loi sur le droit d’auteur* (*Cogeco*, aux paragraphes 13, 62 à 64, 67 à 70, 75 et 76).

[35] In considering the effect of *Cogeco*, guidance can be found in the principle expressed in *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609 (*Henry*), at paragraph 53, citing *Quinn v. Leathem*, [1901] A.C. 495 (H.L.), that “a case is only an authority for what it actually decides”. Of particular resonance in this appeal is Binnie J.’s observation at paragraph 57 that:

.... All *obiter* do not have, and are not intended to have, the same weight. The weight decreases as one moves from the dispositive *ratio decidendi* to a wider circle of analysis which is obviously intended for guidance and which should be accepted as authoritative.

[36] Having concluded that *Cogeco* is not dispositive does not mean that it is of no consequence to this appeal. To the contrary, and consistent with *Henry*, the principles of statutory interpretation employed by the Supreme Court of Canada to read the *Broadcasting Act* are binding. I note, in particular, Rothstein J.’s observation at paragraph 23 of *Cogeco* that references to the *Broadcasting Act*’s policy objectives in subsection 3(1) are, without more, insufficient to ground jurisdiction. Of equal force and effect is the Court’s recognition that the property interests created by the *Copyright Act* cannot be constrained or diminished unless authorized by Parliament. This bears on the second branch of Bell’s argument which is founded on its copyright interests.

[37] In conclusion, whether, to borrow the language of Rothstein J., the 2015 Wholesale Code “is too great a stretch from the core purposes intended by Parliament” and from the power granted to the CRTC under the *Broadcasting Act* (*Cogeco*, at paragraph 33) and engages in the direct economic relationship in a manner not contemplated by Parliament remains a live question, the

Comme je l’expliquerai, contrairement au régime de compensation pour la valeur des signaux, le Code ne crée aucun « droit spécial » comparable à celui que prévoit ledit régime.

[35] Pour apprécier l’incidence de la jurisprudence *Cogeco*, on a pour guide le principe retenu par l’arrêt *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609 (*Henry*), au paragraphe 53, qui cite la doctrine professée par la jurisprudence *Quinn v. Leathem*, [1901] A.C. 495 (H.L.) : « “une décision ne fait autorité qu’à l’égard des questions qu’elle tranche effectivement” ». L’observation du juge Binnie au paragraphe 57 a une résonance particulière dans le présent appel :

[...] Les remarques incidentes n’ont pas et ne sont pas censées avoir toutes la même importance. Leur poids diminue lorsqu’elles s’éloignent de la stricte *ratio decidendi* pour s’inscrire dans un cadre d’analyse plus large dont le but est manifestement de fournir des balises et qui devrait être accepté comme faisant autorité.

[36] La conclusion que la jurisprudence *Cogeco* n’est pas déterminante ne signifie pas qu’elle n’a aucune conséquence sur le présent appel. Au contraire, conformément à la jurisprudence *Henry*, les principes d’interprétation des lois que la Cour suprême du Canada a suivis pour lire la *Loi sur la radiodiffusion* s’imposent. Je remarque plus précisément l’observation du juge Rothstein, au paragraphe 23 de l’arrêt *Cogeco*, selon laquelle les objectifs de politique de la *Loi sur la radiodiffusion* qui sont énoncés au paragraphe 3(1) sont, sans plus, insuffisants pour établir la compétence. Le fait que la Cour ait reconnu que les droits de propriété créés par la *Loi sur le droit d’auteur* ne peuvent être circonscrits, ni amoindris sans l’autorisation du législateur a tout autant de force. Cela a un rapport avec le deuxième volet de l’argumentation de Bell, qui repose sur ses intérêts en matière de droit d’auteur.

[37] En conclusion, reste ouverte la question de savoir, pour reprendre les observations du juge Rothstein, le Code sur la vente en gros de 2015 « constitue une mesure beaucoup trop éloignée des objectifs fondamentaux visés par le législateur et des pouvoirs conférés au CRTC par la *Loi sur la radiodiffusion* » (*Cogeco*, au paragraphe 33) et s’il s’immisce dans les rapports économiques directs

answers to which lie in an understanding of the intention of Parliament in enacting paragraph 9(1)(h). Whether the Code diminishes or conflicts with Bell's copyright interests also remains unsettled.

B. *What is the standard of review?*

[38] The parties do not agree on the standard of review. Bell contends that the question whether the Code is authorized by paragraph 9(1)(h) of the *Broadcasting Act* is jurisdictional and attracts a correctness standard of review. The respondents contend that the question is simply a matter of interpretation of a home statute by a tribunal and that the standard of review is reasonableness. Insofar as the conflict with the *Copyright Act* is concerned, Bell says that this too should be examined through a correctness lens, as that act is not the home statute of the CRTC.

[39] The parties pressed their positions with respect to standard of review. Given the jurisprudence it is easy to understand why that was so. From the respondents' perspective, reasonableness triggers the presumption which requires the Court to defer to the CRTC's interpretation of its home statute. This makes short work of the appeal. A favourable result is virtually assured by the near-irrefutable nature of that presumption. From the appellants' perspective, correctness opens the door, at least a crack, to a closer analysis of the legislation and potentially a different result.

[40] Bell makes a compelling case that this is a jurisdictional question. Parliament made a clear and express choice to limit the CRTC's power to make orders under paragraph 9(1)(h) to BDUs and the "programming services" which they carry. In Bell's view, the Code derogates from Bell's rights under the *Copyright Act* and circumvents Parliament's clear language with respect to copyright.

d'une manière que le législateur n'avait pas prévue. Les réponses à ces questions se trouvent dans la saisie de l'intention du législateur lors de la promulgation de l'alinéa 9(1)h). Reste également ouverte la questions de savoir si le Code affaiblit les droits de Bell en matière de droit d'auteur ou entre en conflit avec ces intérêts.

B. *Quelle est la norme de contrôle applicable?*

[38] Est controversée entre les parties la question de la norme de contrôle. Bell soutient que la question de savoir si le Code est autorisé en application de l'alinéa 9(1)h) de la *Loi sur la radiodiffusion* en est une de compétence et qu'elle doit être examinée selon la norme de la décision correcte. Les intimées soutiennent que la question est simplement une question d'interprétation d'une loi constitutive par le juge et que la norme de contrôle est celle de la décision raisonnable. En ce qui concerne le conflit avec la *Loi sur le droit d'auteur*, Bell affirme que cette question doit aussi être examinée du point de vue de la norme de la décision correcte, puisque cette loi n'est pas la loi constitutive du CRTC.

[39] Les parties ont défendu leurs positions relativement à la norme de contrôle. Compte tenu de la jurisprudence, il est facile de comprendre pourquoi. Du point de vue des intimées, la norme de la décision raisonnable donne lieu à la présomption qui impose à la Cour de s'en remettre à l'interprétation du CRTC de sa loi constitutive. Cela simplifie l'appel. Une issue favorable est virtuellement garanti par la nature quasi irréfutable de cette présomption. Du point de vue des appelantes, la norme de la décision correcte ouvre la porte, du moins une brèche, à une analyse plus approfondie de la législation et peut-être à une issue différente.

[40] Bell défend avec force la thèse portant qu'il s'agit d'une question de compétence. Le législateur a fait le choix clair et délibéré de limiter le pouvoir du CRTC de rendre des ordonnances en vertu de l'alinéa 9(1)h) aux entreprises de distribution de radiodiffusion (EDR) et aux « services de programmation » que celles-ci offrent. De l'avis de Bell, le Code déroge aux droits que tire Bell de la *Loi sur le droit d'auteur* et contourne le texte clair du législateur quant au droit d'auteur.

[41] Jurisdictional questions are, however, difficult to identify. We know that a jurisdictional question is one the answer to which must be correct. But this sheds little light on the defining characteristics of a jurisdictional question. As observed by Brown J. in *West Fraser Mills Ltd. v. British Columbia (Workers' Compensation Appeal Tribunal)*, 2018 SCC 22, [2018] 1 S.C.R. 635 (*West Fraser*) “the distinction between matters of statutory interpretation which implicate truly jurisdictional questions and those going solely to a statutory delegate’s application of its enabling statute will be, at best, elusive” (at paragraph 124). The definitional challenges around jurisdictional questions continue to vex courts, here and abroad.

[42] The distinction between jurisdictional and non-jurisdictional questions has been described by one judge of the High Court of Australia as “chimerical” (*Re Minister for Immigration and Multicultural Affairs; Ex parte Miah*, [2001] HCA 22 (AustLII), (2001), 206 C.L.R. 57 (*Ex parte Miah*), at paragraph 212), as a “vague and probably undefinable concept” by the New Zealand Court of Appeal (*Bulk Gas Users Group v. Attorney General*, [1983] NZLR 129 (C.A.), at page 136) and as a “mirage” by the Supreme Court of the United States (*City of Arlington, Texas v. Federal Communications Commission*, 569 U.S. 290 (2013), at paragraph 5). Academics have been no less restrained in their criticism. Professor Daly notes “the weak theoretical basis for the category and the historical difficulty in applying the concept ... in a clear and coherent manner” [footnote omitted] (Paul Daly, “*Dunsmuir’s Flaws Exposed: Recent Decisions on Standard of Review*” (2012), 58:2 *McGill L.J.* 483, at page 492 (Daly, *Dunsmuir’s Flaws Exposed*)).

[43] The Supreme Court of Canada, echoing the suggestion of the High Court of Australia that the concept be “interred” (*Ex parte Miah*, at paragraph 212) (Kirby J.), has hinted that it might “euthanize” this category of review (*Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2018 SCC 31, [2018] 2 S.C.R. 230 (*CHRC*), at paragraph 41, citing Binnie J. in *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v.*

[41] Les questions de compétence sont toutefois difficiles à cerner. Nous savons qu’une question de compétence est une question à laquelle la réponse doit être correcte. Mais cela nous éclaire peu quant aux caractéristiques fondamentales d’une question de compétence. Ainsi que l’observe le juge Brown dans l’arrêt *West Fraser Mills Ltd. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Appeal Tribunal)*, 2018 CSC 22, [2018] 1 R.C.S. 635 (*West Fraser*) « la distinction entre une affaire qui soulève une véritable question de compétence et celle qui fait seulement intervenir l’application de la loi habilitante par le délégué sera au mieux insaisissable » (paragraphe 124). Les problèmes de définition touchant les questions de compétence continuent de troubler les juridictions judiciaires, au Canada comme à l’étranger.

[42] La distinction entre les questions de compétence et celles ne relevant pas de la compétence a été qualifiée de [TRADUCTION] « chimérique » par un juge de la Haute Cour d’Australie (*Re Minister for Immigration and Multicultural Affairs; Ex parte Miah*, [2001] HCA 22 (AustLII), (2001), 206 C.L.R. 57 (*Ex parte Miah*), au paragraphe 212), de [TRADUCTION] « concept vague et probablement indéfinissable » par la Cour d’appel de la Nouvelle-Zélande (*Bulk Gas Users Group v. Attorney General*, [1983] NZLR 129 (C.A.), à la page 136) et de [TRADUCTION] « mirage » par la Cour suprême des États-Unis (*City of Arlington, Texas v. Federal Communications Commission*, 569 U.S. 290 (2013), au paragraphe 5). La doctrine se montre tout aussi critique. Le professeur Daly souligne [TRADUCTION] « la base théorique faible pour la catégorie et la difficulté historique d’appliquer le concept [...] d’une manière claire et cohérente » [note en bas de page omise] (Paul Daly, « *Dunsmuir’s Flaws Exposed: Recent Decisions on Standard of Review* » (2012), 58:2 *R.D. McGill* 483, à la page 492 (Daly, *Dunsmuir’s Flaws Exposed*)).

[43] La Cour suprême du Canada, reprenant la conclusion de la Haute Cour d’Australie selon laquelle le concept est [TRADUCTION] « tombé dans l’oubli » (*Ex parte Miah*, au paragraphe 212, sous la plume du juge Kirby), a laissé entendre qu’elle pourrait « en finir avec » cette grille d’examen de questions (*Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2018 CSC 31, [2018] 2 R.C.S. 654

Alberta Teachers' Association, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654 (*Alberta Teachers*), at paragraph 88).

[44] That said, the Supreme Court has also confirmed the centrality of jurisdictional issues in ensuring that Parliamentary intention is respected. Even *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), at paragraph 30 notes that “the rule of law is affirmed by assuring that the courts have the final say on the jurisdictional limits of a tribunal’s authority” (citing Thomas A. Cromwell, “Appellate Review: Policy and Pragmatism” in *2006 Isaac Pitblado Lectures, Appellate Courts: Policy, Law and Practice*, V-1, p. V-12). As Cromwell J. noted in *Alberta Teachers* [at paragraph 94]:

I agree that the use of the terms “jurisdiction” and “*vires*” have often proved unhelpful to the standard of review analysis. This, however, should not distract us from the fundamental principles: as a matter of either constitutional law or legislative intent, a tribunal must be correct on certain issues in the sense that the courts and not the tribunal have the last word on what is “correct”.

[45] There is also considerable thoughtful and compelling academic commentary in support of the concept (see e.g. T.R.S. Allan, “Judicial Review: A Critique of ‘Due Deference’” (2006), 65:3 *Cambridge L.J.* 671). Professor Daly recognizes that the “category” of jurisdictional error could be removed “without undermining the availability of review for correctness” (Daly, *Dunsmuir’s Flaws Exposed*, at page 492, note 36). Put otherwise, the problem lies in the category, not with the principles which it embodies.

[46] Thus, as Brown J. observed in *CHRC*, at paragraph 110, “[w]hile ... one might ‘euthanize’ the category of true jurisdictional questions, it would not follow that *such questions themselves* will disappear” [italics in original]. This is because there is a symbiotic relationship between the rule of law and jurisdiction. Jurisdictional issues are a label given to a fundamental

(*CCDP*), au paragraphe 41, citant le juge Binnie dans l’arrêt *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers’ Association*, 2011 CSC 61 [2011] 3 R.C.S. 654 (*Alberta Teachers*), au paragraphe 88).

[44] Cela dit, la Cour suprême a également confirmé l’importance des questions de compétence pour garantir le respect de l’intention du législateur. Même l’arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), au paragraphe 30, indique que « [TRADUCTION] la primauté du droit est consacrée par le pouvoir d’une cour de justice de statuer en dernier ressort sur l’étendue de la compétence d’un tribunal administratif » (citant Thomas A. Cromwell, « Appellate Review : Policy and Pragmatism », dans *2006 Isaac Pitblado Lectures, Appellate Courts : Policy, Law and Practice*, V-1, p. V-12). Comme le juge Cromwell l’a noté dans l’arrêt *Alberta Teachers* [au paragraphe 94] :

Je conviens que l’emploi du mot « compétence » s’est souvent révélé inutile dans l’analyse relative à la norme de contrôle. Il ne faut cependant pas perdre de vue les principes fondamentaux : suivant le droit constitutionnel ou l’intention du législateur, la décision du tribunal administratif sur certaines questions doit être correcte, et ce sont les cours de justice qui décident en dernier ressort quelle est la décision « correcte ».

[45] Il y a également une abondante doctrine réfléchie et convaincante à l’appui de ce concept (voir notamment T.R.S. Allan, « Human Rights and Judicial Review : A Critique of ‘Due Deference’ » (2006), 65:3 *Cambridge L.J.* 671). Le professeur Daly reconnaît que la [TRADUCTION] « catégorie » de l’erreur de compétence pourrait être retirée [TRADUCTION] « sans miner la disponibilité d’un examen selon la norme de la décision correcte » (Daly, *Dunsmuir’s Flaws Exposed*, à la page 492, note 36). En d’autres termes, le problème repose sur la catégorie et non sur les principes qu’elle représente.

[46] Ainsi, comme le juge Brown l’a observé au paragraphe 110 de l’arrêt *CCDP*, « bien que l’on puisse ‘en finir avec’ la catégorie des questions touchant véritablement à la compétence, cela ne veut pas dire que *ces questions elles-mêmes* disparaîtront » [italiques dans l’original]. Cela s’explique par la relation symbiotique entre la primauté du droit et la compétence. Les questions de

principle—that all exercises of power by public authorities must be authorized by law. Parliament is acutely cognizant of this principle. In granting rights of appeal or judicial review, Parliament recognizes the incompatibility of an unfettered discretion in tribunals to decide the scope of their jurisdiction with the fundamentals of the Westminster parliamentary democracy, and mandates the courts to demarcate the boundaries.

[47] The persistency of jurisdictional questions is telling. They have coursed through our jurisprudence for over half a century, playing an integral role in ensuring the rule of law remains more than mere words. Efforts to categorize jurisdiction may have floundered, but this should not be understood either as a problem with the principle or as a rationale for its elimination.

[48] As observed by Brown J. in *CHRC*, despite definitional challenges of jurisdictional questions, the underlying principle that tribunals must remain squarely within the limits of the mandate that *Parliament* (and not the tribunal itself) determined, cannot be erased: “[T]here will remain questions that tend more to the former, including matters which are still widely regarded as jurisdictional by lower courts” (*CHRC*, at paragraph 111). The question as to the CRTC’s authority under the *Broadcasting Act* in this appeal is precisely of that nature. It is one that *tends* to the jurisdictional, so much so that there is only one reasonable interpretation.

[49] We do not, however, need to decide whether the question in this appeal is jurisdictional. The standard of review to be applied to orders made under paragraph 9(1)(h) has previously been determined by this Court as reasonableness (*Bell Canada v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 249, [2018] 4 F.C.R. 300, 154 C.P.R. (4th) 85 (*NFL*), at paragraph 9, leave to appeal to S.C.C. granted, 37896 (10 May 2018) [[2018] 1 S.C.R. v]). *Stare decisis* requires that it should be followed and applied here (*Miller*

compétence sont une étiquette apposée sur un principe fondamental, à savoir que tout exercice du pouvoir par une autorité publique doit être autorisé par la loi. Le législateur est pleinement conscient de ce principe. En accordant le droit d’appel ou de contrôle judiciaire, le législateur reconnaît qu’un pouvoir discrétionnaire illimité des juridictions judiciaires de décider de la portée de leur compétence est incompatible avec les principes fondamentaux de la démocratie parlementaire de Westminster, et demande aux juges de définir les limites.

[47] La persistance des questions de compétence est éloquente. Ces questions ont parcouru notre jurisprudence depuis plus d’un demi-siècle, contribuant de manière cruciale à garantir que la primauté du droit ne soit pas lettre morte. Les efforts pour catégoriser la compétence ont peut-être échoué, mais cela ne doit pas être perçu comme un problème touchant le principe ni comme un fondement à son élimination.

[48] Ainsi que l’a observé le juge Brown dans l’arrêt *CCDP*, malgré les problèmes de définition touchant les questions de compétence, on ne peut effacer le principe de fond selon lequel les juridictions judiciaires doivent demeurer strictement dans les limites de la mission établie par le *législateur* (et non la juridiction elle-même) : « Il reste cependant des questions qui s’apparentent davantage à la première catégorie, notamment celles encore largement reconnues comme des questions de compétence par les juridictions inférieures » (*CCDP*, au paragraphe 111). La question de l’autorité du CRTC aux termes de la *Loi sur la radiodiffusion* dans le présent appel est précisément de cette nature. Elle *tend* à être une question de compétence, tant et si bien qu’il n’existe qu’une seule interprétation raisonnable.

[49] Toutefois, nous ne sommes pas appelés à décider si la question dans le présent appel en est une de compétence. La Cour a déjà décidé que la norme de contrôle à appliquer aux ordonnances rendues en application de l’alinéa 9(1)h est celle de la décision raisonnable (*Bell Canada c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 249, [2018] 4 R.C.F. 300 (*NFL*), au paragraphe 9 — autorisation d’appel devant la C.S.C. accordée, 37896, 10 mai 2018 [[2018] 1 R.C.S. v]). La doctrine du

v. *Canada (Attorney General)*, 2002 FCA 370, 220 D.L.R. (4th) 149).

[50] That said, reasonableness “is a deceptively simple omnibus term” (*Alberta Teachers*, at paragraph 87 (per Binnie J.)) and, if it is to be applied, it must be given definition and content. The Court should be transparent about what it means when it conducts a reasonableness review, and identify the factors which shape the degree of scrutiny or intensity of review it intends to bring to the question. To that end, I begin with a few observations about reasonableness and deference.

[51] Reasonableness, in its conception, is a highly elastic concept. Notwithstanding rule of law considerations, it tolerates the proposition that different decision makers can reach contradictory interpretations and both be reasonable (*McLean v. British Columbia (Securities Commission)*, 2013 SCC 67, [2013] 3 S.C.R. 895 (*McLean*), at paragraphs 32–33; *CHRC*, at paragraph 52; *Wilson v. Atomic Energy of Canada Ltd.*, 2016 SCC 29, [2016] 1 S.C.R. 770, at paragraph 17 (per Abella J. (*Wilson*), see also paragraphs 70–71 wherein McLachlin C.J.C., Karakatsanis, Wagner, Gascon, Cromwell JJ. concurred on this point)). The other end of the spectrum also contemplates circumstances where there can be only one reasonable interpretation, and “no degree of deference can justify [the] acceptance” of any other interpretation (*McLean*, at paragraph 38).

[52] Reasonableness also applies, without differentiation, across a wide range of decisions made by a broad spectrum of decision makers: *ad hoc* arbitrators, quasi-judicial tribunals, permit and licensing authorities and large specialized standing quasi-judicial tribunals supported by professional staff, such as the CRTC, the National Energy Board and the Canadian Transportation Agency, for example. It also applies to ministers of the Crown and the Governor in Council, whether acting under prerogative or statute. Reasonableness also embraces,

précédent obligatoire exige que la norme de la décision raisonnable soit suivie et appliquée ici (*Miller c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 370).

[50] Cela dit, la raisonabilité « est une notion générale d’apparence trompeusement simple » (*Alberta Teachers*, au paragraphe 87, sous la plume du juge Binnie) et, si elle doit être appliquée, sa définition et son contenu doivent être précisés. La Cour doit être transparente quant à la signification de la raisonabilité lorsqu’elle effectue un contrôle selon la norme de la décision raisonnable, et indiquer les facteurs qui déterminent le degré d’intensité du contrôle qu’elle a l’intention d’appliquer à la question en jeu. À cette fin, je commence par quelques observations au sujet de la norme de la décision raisonnable et de la déférence.

[51] Dans sa conception, la norme de la décision raisonnable est une notion très large. Malgré les considérations liées à la primauté du droit, elle admet l’idée voulant que des décideurs différents puissent parvenir à des interprétations divergentes et qu’elles soient toutes deux raisonnables (*McLean c. Colombie Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895 (*McLean*), aux paragraphes 32 et 33; *CCDP*, au paragraphe 52; *Wilson c. Énergie Atomique du Canada Ltée*, 2016 CSC 29, [2016] 1 R.C.S. 770, au paragraphe 17 (sous la plume de la juge Abella (*Wilson*), voir aussi les paragraphes 70 et 71, où la juge en chef McLachlin et les juges Karakatsanis, Wagner, Gascon et Cromwell étaient d’accord sur ce point)). Par ailleurs, il existe des circonstances où une seule interprétation raisonnable est possible, et « nul droit à la déférence ne peut justifier [la] confirmation » de toute autre interprétation (*McLean*, au paragraphe 38).

[52] La norme de la décision raisonnable s’applique aussi, sans distinction, à un large éventail de décisions rendues par un grand nombre de décideurs : des arbitres ponctuels, des tribunaux quasi judiciaires, des organismes chargés de l’attribution de permis et de licences et d’importants tribunaux quasi judiciaires spécialisés permanents, soutenus par un personnel professionnel, notamment le CRTC, l’Office national de l’énergie et l’Office des transports du Canada. La norme s’applique également aux ministres et au gouverneur en conseil,

without distinction, entirely distinct functions and responsibilities. At one end of the continuum stand administrative and adjudicative decisions affecting the interests of a single party on a discrete set of facts. At the other end are highly discretionary, policy-infused decisions, such as those of the Governor in Council as to whether a certain matter is in the public interest. There are many points in between, depending on the legal and factual matrix.

[53] The existing administrative law framework, predicated as it is on categories, forces a choice between reasonableness or correctness review. It assumes that there is a bright line between jurisdictional questions and all other types of decisions. But the line between the two, if there is one, becomes blurred as the range of reasonable outcomes narrows. When it tapers to only one reasonable outcome, correctness and reasonableness review merge and become indistinguishable. This can arise in the context of near-jurisdictional issues (*Wilson*, at paragraph 27) as well as in the context of specific exercises of discretion: *Kanhasamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 61, [2015] 3 S.C.R. 909.

[54] The challenges inherent with categorization and classification as an over-arching framework were identified as early as 2003. Writing prior to *Dunsmuir*, the Supreme Court observed that the standard of review should focus on “the polar star of legislative intent” based on “principled analysis rather than categories” (*C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, 2003 SCC 29, [2003] 1 S.C.R. 539, at paragraph 149). More recently, in *Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) v. Canada*, 2018 FCA 58, 422 D.L.R. (4th) 112, Stratas J.A. observed [at paragraph 58]:

Put another way, the issue whether an administrative tribunal is inside or outside the “jurisdictional” fences set up by Parliament is really an issue of where those fences are—in other words, an interpretation of what the legislation says about what the administrative decision-maker can or cannot do.

qu’ils interviennent en vertu d’une prérogative ou d’une loi. La norme de la décision raisonnable concerne aussi, sans distinction, des fonctions et des charges complètement différentes. À une extrémité du continuum, on trouve les décisions administratives et judiciaires touchant les intérêts d’une seule partie, au regard d’un ensemble de faits distincts. À l’autre extrémité, on trouve les décisions hautement discrétionnaires découlant de politiques, comme celles du gouverneur en conseil qui tranchent si une question précise concerne un aspect d’intérêt public. Entre les deux, on trouve de nombreux éléments, selon le fondement juridique ou factuel.

[53] Le régime de droit administratif actuel, fondé sur des catégories, appelle un choix entre un contrôle fondé sur la décision raisonnable ou sur la décision correcte. Il part du principe qu’il existe une ligne de démarcation très nette entre les questions de compétence et les autres types de décisions. Toutefois, la ligne de démarcation entre les deux, s’il en existe une, s’estompe à mesure que la gamme des issues raisonnables diminue. Lorsqu’il ne reste plus qu’une seule issue raisonnable, la norme de la décision correcte et celle de la décision raisonnable se confondent et deviennent impossibles à distinguer. Une telle situation peut découler de quasi-questions de compétence (*Wilson*, au paragraphe 27) ainsi que de cas où des pouvoirs discrétionnaires sont exercés de manière très précise : *Kanhasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 61, [2015] 3 R.C.S. 909.

[54] Les défis inhérents à la catégorisation et à la classification comme cadre général ont été définis dès 2003. Dans un arrêt antérieur à l’arrêt *Dunsmuir*, la Cour suprême a noté que la norme de contrôle doit reposer sur « l’intention du législateur, qui doit nous guider », selon « une analyse fondée sur des principes » (*S.C.F.P. c. Ontario (Canadian Region)*, 2003 CSC 29, [2003] 1 S.C.R. 539, au paragraphe 149). Plus récemment, dans l’arrêt *Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) c. Canada*, 2018 CAF 58, le juge Stratas a noté ce qui suit [au paragraphe 58] :

Autrement dit, la question de savoir si un tribunal administratif agit à l’intérieur ou à l’extérieur des limites de « compétence » définies par le législateur consiste en réalité à savoir où se situent ces limites. Autrement dit, il s’agit d’interpréter ce que la loi prévoit quand à ce que le décideur administratif peut ou ne peut pas faire.

[55] Stratas J.A. continued and concluded [at paragraph 75] “[t]here comes a point where an administrative decision-maker adopts a view of its statutory powers and the statutory scope of its authority that is neither acceptable nor defensible. When that happens, reviewing courts acting under the reasonableness standard will quash the administrative decision, thereby keeping the administrative decision-maker within its authority.”

[56] In sum, the focus of the standard of review analysis should be on discerning legislative intent according to received principles of interpretation—not on choosing categories and applying *a priori* presumptions. If, after considering the statute, a court concludes that the decision was not authorized by the legislation, it cannot stand. The label applied to the exercise—whether unreasonable or jurisdictional—is of no consequence.

[57] As manifested by the arguments in this appeal, the stark choice between reasonableness and correctness has repercussions for both the parties and the courts.

[58] First, as Binnie J. cautioned in *Dunsmuir*, threshold debates about standard of review lead to lengthy and arcane discussions, which have little to do with the merits of the case. This truism has given rise to the contemporary view that the focus of judicial review should be on answering whether the particular power or decision was authorized by law, not on debating the category of review (see generally the contributions listed in Paul Daly, “The *Dunsmuir* Decade/10 ans de *Dunsmuir*” (11 January 2018), online: *Administrative Law Matters* <<http://www.administrativelawmatters.com/blog/2018/01/11/the-dunsmuir-decade10-ans-de-dunsmuir/>>, (A Decade of *Dunsmuir* / Les 10 ans de *Dunsmuir*, forthcoming *C.J.A.L.P.*, Fall 2018).

[59] Binnie J. also urged that the courts move the parties away from arguing about tests and back to arguing

[55] Le juge Stratas a ensuite conclu [au paragraphe 75] : « Il vient un moment où le décideur administratif adopte une vision des pouvoirs que lui confère la loi et de la portée de sa compétence qui n’est ni acceptable ni défendable. Lorsque cela se produit, les cours de révisions annulent la décision administrative en appliquant la norme du caractère raisonnable et empêchent le décideur administratif d’outrepasser les limites de sa compétence. »

[56] En résumé, l’accent de l’analyse de la norme de contrôle applicable doit être de dégager l’intention du législateur, selon des principes d’interprétation établis, et non de choisir des catégories et d’appliquer des hypothèses *a priori*. Si, après examen de la loi, le juge conclut que la décision ne peut s’appuyer sur le texte législatif, elle ne peut être maintenue. La qualification de l’approche, que ce soit le caractère raisonnable ou la compétence, est sans conséquence.

[57] Comme il découle des moyens invoqués en l’espèce, le choix sans ambiguïté à faire entre la norme de la décision raisonnable et celle de la décision correcte a des conséquences pour les parties et pour les juges.

[58] En premier lieu, comme le juge Binnie l’a signalé à l’occasion de l’affaire *Dunsmuir*, les débats préliminaires portant sur les critères applicables en matière de norme de contrôle aboutissent à de longues discussions ésotériques qui ont peu à voir avec le fond de l’affaire. Cette évidence a donné lieu au consensus actuel selon lequel le recours en contrôle judiciaire doit consister à décider si la décision visée ou le pouvoir particulier s’appuie sur la loi, plutôt que de consister en un débat concernant la catégorie du contrôle (voir, de manière générale, les contributions énoncées dans le billet du professeur Paul Daly intitulé « The *Dunsmuir* Decade/10 ans de *Dunsmuir* » (11 janvier 2018), en ligne : *Administrative Law Matters* <<http://www.administrativelawmatters.com/blog/2018/01/11/the-dunsmuir-decade10-ans-de-dunsmuir/>>, (A Decade of *Dunsmuir* / Les 10 ans de *Dunsmuir*, prochaine publication de la *C.J.A.L.P.*, automne 2018).

[59] Le juge Binnie a également exhorté les juges à amener les parties à cesser de débattre les critères applicables

about the substantive merits of their cases. In collapsing three standards of review into two, Binnie J. wrote “the result of today’s decision may be like the bold innovations of a traffic engineer that in the end do no more than shift rush hour congestion from one road intersection to another without any overall saving to motorists in time or expense” (*Dunsmuir*, at paragraph 139). This has proven prescient. As noted by Professor D.R. Knight, in *Vigilance and Restraint in the Common Law of Judicial Review* (New York: Cambridge University Press, 2018), at page 195 (Knight, *Vigilance and Restraint*), “[j]udicial review doctrines which mostly concentrate on judicial methodology, without strongly elaborating norms for the administration, undermines its effectiveness. Again, the Canadian experience illustrates this criticism”.

[60] The second consequence arising from the stark choice between “categories” is that the compelling points of law and legal policy encompassed by the standard of review that is rejected are jettisoned, in their entirety (see e.g. dissenting opinions in *Edmonton (City) v. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 SCC 47, [2016] 2 S.C.R. 293 (*Edmonton East*), at paragraph 63 (*per* Côté, Brown JJ., McLachlin C.J.C., Moldaver J. concurring) and in *West Fraser*, at paragraphs 52–111 (*per* Côté J.), at paragraphs 112–125 (*per* Brown J.); see also the reasons concurring in the result of Côté, Rowe JJ. in *CHRC*, at paragraphs 73–81). The adverse policy consequences of the categorical approach are also detailed by L. Sossin in “Why the Standard of Review Matters (or at least why it should!)” (September 25, 2018), online: Sossin’s Law Blog <<http://sossinblog.osgoode.yorku.ca/2018/09/why-the-standard-of-review-matters-or-at-least-why-it-should/>>.

[61] Reasonableness, nevertheless, grants reviewing judges “a broad discretion to choose from a variety of levels of scrutiny from the relatively intense to the not so intense” (*Alberta Teachers*, at paragraph 87 (*per*

et fassent plutôt valoir leurs moyens sur le fond. En réduisant le nombre de normes de contrôle de trois à deux, le juge Binnie a observé : « Le résultat du présent arrêt pourrait bien s’apparenter dans les faits à celui obtenu par un ingénieur de la circulation routière dont les mesures audacieuses visant à réduire la congestion à l’heure de pointe ne font en fin de compte que déplacer le problème d’une intersection à une autre sans économie globale de temps ou d’argent pour les automobilistes » (*Dunsmuir*, au paragraphe 139). Cela s’est avéré prémonitoire. Comme l’a souligné le professeur D.R. Knight dans son traité intitulé *Vigilance and Restraint in the Common Law of Judicial Review* (New York : Cambridge University Press, 2018), à la page 195 (Knight, *Vigilance and Restraint*), [TRADUCTION] « [I]es principes portant sur le contrôle judiciaire qui se concentrent sur la démarche judiciaire, sans élaborer de normes fermes pour l’administration, minent l’efficacité de cette démarche. Une fois de plus, la pratique canadienne illustre cette critique ».

[60] La deuxième conséquence du choix difficile à faire entre les « catégories » est l’abandon de l’ensemble des points de droit et de la politique juridique compris dans la norme de contrôle rejetée (voir notamment les opinions dissidentes des arrêts *Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 CSC 47, [2016] 2 R.C.S. 293 (*Edmonton East*), au paragraphe 63 (sous la plume des juges Côté et Brown, avec l’accord de la juge en chef McLachlin et du juge Moldaver) et *West Fraser*, aux paragraphes 52 à 111 (sous la plume de la juge Côté), aux paragraphes 112 à 125 (sous la plume du juge Brown); voir aussi les motifs conjoints concordants des juges Côté et Rowe dans l’arrêt *CCDP*, aux paragraphes 73 à 81). Les conséquences politiques néfastes de l’approche fondée sur des catégories sont aussi recensées par le professeur L. Sossin dans son billet intitulé « Why the Standard of Review Matters (or at least why it should!) » (25 septembre 2018) : Sossin’s Law Blog, en ligne, <<http://sossinblog.osgoode.yorku.ca/2018/09/why-the-standard-of-review-matters-or-at-least-why-it-should/>>.

[61] La « raisonabilité » confère néanmoins au juge réformateur « le pouvoir discrétionnaire de choisir entre divers degrés d’examen, allant de celui relativement intense à celui qui l’est moins » (*Alberta Teachers*, au

Binnie J.)). In *Canada (Attorney General) v. Canadian Human Rights Commission*, 2013 FCA 75, 444 N.R. 120, at paragraphs 12–14, Stratas J.A. articulated a number of factors which, “while situated comfortably in the context of a deferential application of reasonableness review”, nevertheless point to intense scrutiny and narrowing of reasonable outcomes. The most critical of these is whether the decision turned on statutory interpretation, as in this appeal.

[62] Factors both internal and external to the decision under review inform the intensity of scrutiny. The use of these contextual factors has a long provenance. From *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, (1998), 160 D.L.R. (4th) 193, at paragraphs 29–38 to *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193 to *Dunsmuir*, at paragraphs 62 to 64 to *West Fraser*, contextual factors have been considered constructive in informing the answer to the question as to the role Parliament intended the court to play in relation to any particular decision. While contextualism has its critics, its use has not led to a proliferation of litigation. To the contrary, it cannot be avoided without turning a blind eye to Parliamentary intention and the stakes at hand for the parties.

[63] There are also other advantages. As noted by Brown J. in *West Fraser*, at paragraph 124, the intensity of review allows for “sufficient flexibility to reflect the varied nature of administrative bodies, the question before them, their decisions, their expertise and their mandates”. Brown J. continued and noted that an intensity of review approach, which focuses on the language of Parliament and the nature of the issue is consistent “with the dual constitutional functions performed by judicial review: upholding the rule of law, and maintaining legislative supremacy (*Dunsmuir*, at paras. 27 and 30)” (*West Fraser*, at paragraph 124).

[64] This observation reflects an underlying concern, in both the jurisprudence and academic commentary, about the consistency of a binding presumption of deference

paragraphe 87 (sous la plume du juge Binnie)). Dans l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Commission canadienne des droits de la personne*, 2013 CAF 75, aux paragraphes 12 à 14, le juge Stratas a formulé plusieurs facteurs qui, [TRADUCTION] « bien qu’appliqués sans difficulté dans le cadre d’une demande de contrôle du caractère raisonnable appelant un degré de retenue », signalent un examen rigoureux et la réduction des issues raisonnables. Le critère le plus essentiel consiste à rechercher si la décision porte sur l’interprétation d’un texte de loi, comme dans le présent appel.

[62] Les facteurs externes et internes à la décision faisant l’objet du contrôle sont instructifs sur le degré de l’examen. Le recours à ces facteurs contextuels ne date pas d’hier. De l’arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, aux paragraphes 29 à 38, en passant par les arrêts *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, *Dunsmuir*, aux paragraphes 62 à 64, et *West Fraser*, les facteurs contextuels ont été jugés utiles pour répondre à la question de l’intention du législateur quant au rôle de la cour à l’égard d’une décision donnée. Bien que la contextualisation soit parfois critiquée, son utilisation n’a pas résulté en une multiplication des litiges. Au contraire, ne pas y recourir reviendrait à faire fi de l’intention du législateur et des intérêts particuliers des parties.

[63] Elle présente également d’autres avantages. Comme l’a noté le juge Brown au paragraphe 124 de l’arrêt *West Fraser*, le degré de contrôle doit être « suffisamment souple pour tenir compte de la diversité des organismes administratifs, des questions dont ils sont saisis, de leurs décisions, de leur expertise et de leurs mandats ». Le juge Brown a ensuite noté que la portée d’une approche de contrôle qui se concentre sur la formulation employée par le législateur et la nature de la question est conforme à « la double fonction constitutionnelle du contrôle judiciaire, à savoir maintenir la primauté du droit et assurer la suprématie législative (*Dunsmuir*, par. 27 et 30) » (*West Fraser*, au paragraphe 124).

[64] Cette observation indique une préoccupation sous-jacente, à la fois dans la jurisprudence et la doctrine, concernant la cohérence entre une présomption de

to tribunal interpretations of statutes with Parliamentary intent reflected in rights of appeal or review, the rule of law and legislative supremacy. I will turn to this issue shortly in the discussion of the degree of deference to be accorded the decision under appeal.

[65] Reasonableness as a standard of review has been described as points on a continuum from reasonable to the unreasonable, as a single standard which applies with increased focus or scrutiny or, as Professor Knight aptly notes, “[r]easonableness ... ‘floats’ along an infinite spectrum of deference” (Knight, *Vigilance and Restraint*, at page 206). These metaphors describe that which is a single question—what role did Parliament intend the reviewing court play in relation to the issue before it, and what are the criteria or markers which guide the court in conducting its review? These contextual factors ensure that judicial review does not become an entirely subjective enterprise, with a consequential erosion of predictability and efficacy of administrative bodies.

[66] The legislation is the first and controlling point of reference in answering the question as to the role a court should play in relation to the decision in question. The degree of judicial scrutiny may be calibrated by the existence of a privative clause; whether Parliament granted a right of appeal or a more limited recourse in judicial review; the nature of the decision (the extent to which it is adjudicative as opposed to policy or legislative); the extent of the discretion granted and the degree to which it truly draws on expertise unique to a tribunal; the question before the court and its consequences for the parties; and importantly, rule of law considerations. These are all beacons that guide the answer to the question of the degree of scrutiny with which the decision is to be assessed.

[67] The language of Parliament can inform the intensity of review in another fashion. The legislature may be prescriptive about the decision making process and the factors to be considered by a tribunal. That, along with

déférence contraignante applicable à l’interprétation des textes législatifs par les juges et l’intention du législateur, laquelle s’illustre par les droits d’interjeter appel ou de demander un contrôle, la primauté du droit et la suprématie législative. Je me pencherai bientôt sur cette question, lors de la discussion concernant le degré de déférence à accorder à la décision portée en appel.

[65] La norme de la décision raisonnable a été décrite comme des points sur un continuum, allant de raisonnable à déraisonnable, comme une norme unique qui s’applique avec une attention accrue ou encore, comme le professeur Knight le souligne à juste titre, [TRADUCTION] « [l]e caractère raisonnable [...] “varie” sur un éventail infini de déférence » (Knight, *Vigilance and Restraint*, à la page 206). Ces métaphores décrivent ce qui constitue une seule question : quel est le rôle que le législateur avait l’intention d’accorder à la cour réformatrice concernant la question dont elle est saisie et quels sont les critères ou les indications qui guident la cour dans la réalisation de l’examen? Ces facteurs contextuels assurent que le contrôle judiciaire ne se transforme pas en une initiative complètement subjective résultant en l’effritement de la prévisibilité et de l’efficacité des instances administratives.

[66] Le texte législatif est le premier point et le point directeur de référence pour déterminer le rôle que la cour doit jouer relativement à la décision en cause. Le degré de l’examen judiciaire peut être ajusté en fonction de l’existence d’une clause privative, de l’octroi par le législateur d’un droit d’appel ou d’un recours plus limité sous la forme d’un contrôle judiciaire, de la nature de la décision (la mesure dans laquelle elle est décisionnelle plutôt que politique ou législative), de la portée du pouvoir discrétionnaire accordé et du degré du recours véritable à l’expertise unique d’un tribunal, de la question dont la cour est saisie et de ses conséquences pour les parties et, surtout, des considérations portant sur la primauté du droit. Ces éléments sont tous des balises qui permettent de répondre à la question concernant le degré d’examen auquel la décision doit être soumise.

[67] Le texte adopté par le législateur peut, d’une autre manière, renseigner sur le degré d’examen. Le législateur peut prescrire le processus décisionnel et les facteurs qu’un tribunal doit examiner. Cette prescription

a grant of judicial oversight, supports close scrutiny. As noted by Stratas J.A. in *Canada (Attorney General) v. Almon Equipment Limited*, 2010 FCA 193, [2011] 4 F.C.R. 203, the more prescriptive and directive Parliament is to the content of decision making, the lesser the discretion and the greater the scrutiny. In contrast stand cases involving a broad discretion, resulting in a range of possible outcomes and diminished scrutiny.

[68] How then, should the Court consider reasonableness of the decision in this case? What indicia or markers inform the degree of scrutiny the Court should apply to the question whether the 2015 Wholesale Code is authorized by paragraph 9(1)(h)?

- (1) What Parliament said about the role of the court

[69] The legitimacy of standard of review as doctrine depends on its respect for Parliament's intention. Consequently, any consideration of the standard of review begins with an inquiry into the role Parliament intended the supervisory court to play in relation to any particular decision.

[70] If the standard of review is premised on respect for legislative intention, the words of section 31 of the *Broadcasting Act* must be given meaning. Parliament said that, subject to relevant statutory provisions in the *Broadcasting Act*, decisions of the CRTC are "final and conclusive" (*Broadcasting Act*, subsection 31(1)). It also said that appeals lie to this Court on "a question of law or a question of jurisdiction" (*Broadcasting Act*, subsection 31(2)). Parliament was concerned about the CRTC and its jurisdiction—so much so that the term appears no fewer than eight times in the *Broadcasting Act*, six of which are relevant for this purpose. (This is not to suggest that the weight of the argument increases with the number of words.)

ainsi que l'attribution d'une surveillance judiciaire vont dans le sens d'un examen minutieux. Comme l'a noté le juge Stratas à l'occasion de l'affaire *Canada (Procureur général) c. Almon Equipment Limited*, 2010 CAF 193, [2011] 4 R.C.F. 203, plus le législateur est prescriptif et directif concernant le contenu de la décision, moins le pouvoir discrétionnaire est important et plus l'examen est minutieux. À l'inverse, il existe des cas qui appellent l'exercice d'un large pouvoir discrétionnaire, lequel donne ouverture à diverses issues possibles et diminue le degré d'examen.

[68] Par conséquent, comment la Cour doit-elle examiner le caractère raisonnable de la décision en l'espèce? Quels indices renseignent la Cour sur le degré d'intensité qu'elle doit appliquer à l'examen de la question de savoir si le Code sur la vente en gros est permis par l'alinéa 9(1)h)?

- 1) Ce que dit le législateur à propos du rôle de la cour

[69] La légitimité de la norme de contrôle comme principe dépend du respect accordé à l'intention du législateur. Par conséquent, tout examen de la norme de contrôle applicable commence par une recherche du rôle que le législateur avait l'intention d'accorder à la cour réformatrice concernant toute décision particulière.

[70] Si la norme de contrôle repose sur le respect de l'intention du législateur, un sens doit être accordé aux termes employés à l'article 31 de *Loi sur la radiodiffusion*. Le législateur a dit que, sous réserve des dispositions législatives pertinentes figurant dans la *Loi sur la radiodiffusion*, les décisions du CRTC sont « définitives et sans appel » (*Loi sur la radiodiffusion*, paragraphe 31(1)). Il a aussi dit que notre Cour peut entendre des appels sur « une question de droit ou de compétence » (*Loi sur la radiodiffusion*, paragraphe 31(2)). Le législateur était préoccupé par le CRTC et sa compétence, si bien que le mot figure à huit reprises dans la *Loi sur la radiodiffusion*, dont six sont pertinentes à cet égard. (Cela ne veut pas dire que le poids de l'argument augmente avec le nombre de mots.)

[71] Although a “privative clause[] deter[s] judicial intervention, a statutory right of appeal may be at ease with it, depending on its terms” (*Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at paragraph 55). In other words, a privative clause is not determinative. It is a factor which must be considered in calibrating the degree of scrutiny.

[72] Section 31 of the *Broadcasting Act* is a clear indication that there are limits to the remit of Parliament’s mandate to the CRTC. By these words, Parliament indicated that it wanted the Court to demarcate the borders of the CRTC’s jurisdiction as the word is commonly understood. Indeed, to conclude otherwise would be to say that Parliament delegated an unfettered mandate to the agency to decide the scope of its own jurisdiction. Were that the case, section 31 would have been unnecessary.

(2) Nature of the question

[73] The nature of the question will also inform the degree of scrutiny. Questions of law merit close review although the intensity may vary with the nature of the question. Discretionary decisions, which are highly fact based or infused by policy, merit a highly deferential approach. This requires a precise definition of the true question before the Court.

[74] The answer to the question before us is one of statutory interpretation—text, context and purpose. This question is not a specific, narrow question focused on a discrete set of facts, nor does it turn on the understanding of technical matters which would be in the domain of the CRTC; rather the question probes whether paragraph 9(1)(h) allows the CRTC to directly or incidentally affect entities not expressly mentioned within paragraph 9(1)(h).

[75] Nor does the question ask us to review an adjudicative decision. The Order, and the Code which it mandates, is quasi-legislative in nature. The distinction between the two types of power has been recognized

[71] Bien que « les clauses privatives dissuadent l’intervention judiciaire, un droit d’appel prévu par la loi peut s’en accommoder, selon son libellé » (*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, au paragraphe 55). Autrement dit, une clause privative n’est pas déterminante. Il s’agit d’un facteur qui doit être examiné pour ajuster le degré d’examen.

[72] L’article 31 de la *Loi sur la radiodiffusion* indique clairement que le législateur voulait limiter la portée de la mission conférée au CRTC. Il ressort du texte adopté par le législateur qu’il voulait que la Cour délimite la compétence du CRTC, au sens habituel du terme. D’ailleurs, tirer une conclusion différente reviendrait à dire que le législateur a conféré une mission sans restrictions à l’organisme lui permettant de décider de l’étendue de sa propre compétence. Si tel avait été le cas, l’article 31 aurait été inutile.

2) Nature de la question

[73] La nature de la question est aussi instructive quant au degré d’examen. Les questions de droit doivent faire l’objet d’un examen minutieux, bien que son intensité puisse varier selon la nature de la question. Les décisions discrétionnaires, qui sont étroitement fondées sur les faits ou les politiques, appellent un grand degré de retenue. Elles nécessitent que la véritable question dont la Cour est saisie soit définie de manière précise.

[74] La question dont nous sommes saisis en est une d’interprétation des lois comportant trois volets : le libellé, le contexte et l’objet de la loi. Ce n’est pas une question particulière précise centrée sur un ensemble de faits distincts, ni une question portant sur la compréhension de questions techniques, qui seraient du ressort du CRTC; il s’agit plutôt de rechercher si l’alinéa 9(1)h) permet au CRTC d’imposer des conditions, de manière directe ou incidente, à des entités qui ne sont pas expressément prévues par le paragraphe 9(1)h).

[75] Cette question n’exige pas non plus que nous examinions une décision tranchant un contentieux. L’ordonnance et le Code qu’elle met en œuvre sont de nature quasi législative. La distinction entre les deux types

(*United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta v. Calgary (City)*, 2004 SCC 19, [2004] 1 S.C.R. 485, at paragraph 5; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Attorney General)*, 2014 SCC 40, [2014] 2 S.C.R. 135, at paragraphs 51–52). There cannot be two equally reasonable answers where the question asks whether Parliament intended the CRTC to have the power to regulate affiliation agreements. It either did or it did not. It is not possible to have a range of outcomes here.

[76] Bell does not challenge the substantive content of the Order. Its point, and it is an important one, is that it is of no consequence whether the terms of the Code are reasonable—the CRTC has no business imposing conditions on PUs, reasonable or unreasonable. In this regard, “reasonableness” does a disservice to the substance of the argument before the Court. The struggle between the parties over the standard of review is a distraction from the question of legislative intention, and diverts attention to consideration as to whether or not the Code is reasonable—a non-issue. The question of whether the CRTC has the authority to impose the Code cannot depend on the reasonableness of the conditions. The “appropriateness” of the terms of the Code is not the same question as whether the Code can apply to PUs.

[77] *West Fraser*, contrary to the respondents' submissions, does not advance their case. The decision in *West Fraser* did not collapse the question of the authority to make a regulation into the question whether the regulations are a valid exercise of a delegated power. The majority in *West Fraser* found that the Board's enactment of the regulation did not involve a question “of *vires* in the traditional sense” (*West Fraser*, at paragraph 23).

[78] Fairly characterized, Bell's argument is not a disguised attempt to challenge the merits of the regulatory scheme encompassed by the Code. The issue before this Court does not go to the reasonableness of the Code, rather it asks whether it has the authority to enact the Code *at all* (*West Fraser*, at paragraph 56 (*per* Côté J. (dissenting))); *Canadian Copyright Licensing Agency*

de pouvoir est reconnue (*United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)*, 2004 CSC 19, [2004] 1 R.C.S. 485, au paragraphe 5; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2014 CSC 40, [2014] 2 R.C.S. 135, aux paragraphes 51 et 52). Il ne peut exister deux réponses également raisonnables lorsque la question consiste à rechercher si le législateur avait l'intention de conférer au CTRC le pouvoir de réglementer les ententes d'affiliation. C'est soit l'un, soit l'autre. Il ne peut y avoir un éventail d'issues.

[76] Bell ne conteste pas le fond de l'ordonnance. Sa thèse, et elle est importante, porte qu'il n'est pas important que les modalités du Code soient raisonnables, puisque le CTRC n'a aucun pouvoir d'imposer des conditions aux EP, que ces conditions soient raisonnables ou déraisonnables. À cet égard, le « caractère raisonnable » nuit au fond de la question dont la Cour est saisie. Le débat entre les parties concernant la norme de contrôle applicable fait perdre de vue la question de l'intention du législateur et attire l'attention sur la question de savoir si le Code est raisonnable, ce qui ne concerne pas le litige. La question de savoir si le CRTC a le pouvoir d'imposer le Code ne peut dépendre du caractère raisonnable des conditions. Le « bien-fondé » des modalités du Code est une question différente de celle de savoir si le Code peut s'appliquer aux EP.

[77] La jurisprudence *West Fraser*, contrairement aux observations des intimées, ne conforte pas leur thèse. Cette jurisprudence n'a pas dissout la question sur le pouvoir d'adopter un règlement dans la question de savoir si les règlements constituent un exercice valide du pouvoir délégué. Par l'arrêt *West Fraser*, la majorité a conclu que l'adoption du règlement par la Commission ne soulevait pas une question de « compétence au sens traditionnel » (arrêt *West Fraser*, au paragraphe 23).

[78] On peut raisonnablement dire que l'argument de Bell n'est pas une tentative déguisée de contester la valeur du régime réglementaire compris dans le Code. La question dont notre Cour est saisie ne concerne pas le caractère raisonnable du Code; il s'agit plutôt de savoir si le CRTC a *même seulement* le pouvoir d'adopter le Code (*West Fraser*, au paragraphe 56 (sous la plume de la juge Côté

(*Access Copyright*) v. *Canada*, 2018 FCA 58, 422 D.L.R. (4th) 112 [cited above], at paragraph 80). The question is “a broad question of the tribunal’s authority” (*Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678, at paragraph 34) and which, in essence, calls for a determination of Parliament’s intent in enacting paragraph 9(1)(h).

[79] Thus viewed, the distinction between reasonableness and correctness standards of review is of no consequence. Regardless of the choice of label or category, the answer orbits around the same question of Parliamentary intent. If, following consideration of the statute, Parliament did not authorize the CRTC to affect third party commercial interests, then any decision to the contrary is unreasonable. It is unreasonable because it was not authorized to do so by Parliament. The categorization of the standard of review is of little guidance in circumstances such as this.

(3) The extent of deference

[80] The respondents place great emphasis on the deference accorded to tribunals in the interpretation of home statutes and, in particular, the statement in *Edmonton East*, at paragraph 33, that “expertise is something that inheres in a tribunal itself as an institution”. If the CRTC has discretion to make orders it considers “appropriate”, its expertise extends to determining both the content of the orders, and, importantly for the purposes of this appeal, to whom they should apply.

[81] While deference is a principle of judicial review, its application must be nuanced.

[82] In *ATCO Gas & Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy & Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140 (*ATCO*), at paragraphs 21, 27, the Supreme Court held that deference has no role to play in determining the jurisdiction of a tribunal’s mandate and that the expertise of a tribunal is not engaged when deciding the scope of

(motifs dissidents)); *Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) c. Canada*, 2018 CAF 58 [précité], au paragraphe 80). La question en est une de « question générale de la compétence du tribunal » (*Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678, au paragraphe 34); il s’agit essentiellement de rechercher l’intention du législateur quant à l’adoption de l’alinéa 9(1)(h).

[79] Vue ainsi, la distinction entre la norme de la décision raisonnable et celle de la décision correcte est sans conséquence. Quelle que soit la qualification ou la catégorie choisie, la question demeure la même : l’intention du législateur. Si, après examen du texte législatif, il apparaît que le législateur n’a pas autorisé le CRTC à imposer des conditions concernant les intérêts commerciaux de tiers, alors toute décision contraire est déraisonnable. Elle est déraisonnable parce que le législateur ne l’a pas autorisée. La qualification de la norme de contrôle n’est d’aucune utilité dans les circonstances de l’espèce.

3) L’étendue de la déférence

[80] Les intimées insistent beaucoup sur la déférence accordée aux tribunaux en matière d’interprétation des textes législatifs habilitants et, plus précisément, sur l’observation figurant dans l’arrêt *Edmonton East*, au paragraphe 33, selon laquelle « [l’expertise est] quelque chose d’inhérent au tribunal administratif en tant qu’institution ». Si le CRTC dispose du pouvoir discrétionnaire de rendre les ordonnances qu’il juge « appropriées », son expertise lui permet également de décider de la teneur des ordonnances et, plus important encore aux fins du présent appel, des parties visées.

[81] Bien que la déférence soit un principe incontournable en matière de procédure de contrôle judiciaire, son application doit être nuancée.

[82] Par l’arrêt *ATCO Gas & Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy & Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140 (*ATCO*), aux paragraphes 21 et 27, la Cour suprême a conclu que la détermination de la compétence d’un tribunal n’appelle nulle déférence et que l’expertise d’un tribunal n’est pas en jeu lorsqu’il

its own powers. This statement has been overtaken by, or subordinated to, the strength of the presumption of deference on which the respondents rely.

[83] Deference informs, but does not determine, the degree of scrutiny. Whether the term or provision being interpreted is truly *sui generis* to the tribunal's unique expertise, or is equally capable of consideration by courts, is a necessary element in considering the degree or extent of deference to be accorded. The rationale which underlies or is said to justify deference also varies. In the case of highly policy-based, public interest decisions, those of a minister of the Crown or Cabinet, deference is justified on the basis of democratic accountability—Parliamentarians are elected to make these decisions, not judges. At the other end of the spectrum, deference is warranted in highly specialized areas. But under our existing framework, deference is now a presumption, applied across the board, to all decision makers, in all types of decisions. Deference may be the result, but it should arise as a consequence of a close analysis of the statute, the question before the court and its consequences.

[84] Deference plays, without question, a central role in considering the substantive, technical content of the Code. Deference applies to the *how*, the means and measures employed. However, in answering the question *whether* the CRTC can affect PU's under paragraph 9(1)(h), there are no indicia that the CRTC has any greater expertise than that of the Court in reading the statute. Deference, according to Professor Daly, is most active where there is choice or ambiguity (Paul Daly "The Scope and Meaning of Reasonableness Review" (2015), 52:4 *Alta. L. Rev.* 799, at page 821). To the same effect, Professor Knight notes, "[t]rue deference only arises where there is a range of outcomes that all meet the test of justification" (Knight, *Vigilance and Restraint*, at pages 215–216); see also *Canada (Attorney General) v. Boogaard*, 2015 FCA 150, 474 N.R. 121). Here, there is no palette fitted with an assortment of hues and colours from which the CRTC may

se prononce sur l'étendue de ses propres pouvoirs. Cette observation a été surpassée, ou est régie, par la force de la présomption de déférence sur laquelle les intimées se fondent.

[83] La notion de déférence est instructive quant au degré d'examen, mais n'est pas déterminante. Lors de l'examen du degré ou de la mesure de la déférence qu'il y a lieu d'accorder, il est nécessaire de déterminer si le mot ou la disposition à interpréter relèvent véritablement de l'expertise unique du tribunal ou s'ils peuvent également être examinés par les juridictions judiciaires. Le fondement ou la justification prétendue de la déférence peuvent aussi changer. Dans les cas de décisions d'intérêt public hautement fondées sur des considérations politiques, soit celles d'un ministre ou d'un membre du Cabinet, la déférence est justifiée par l'obligation de rendre compte en démocratie : les parlementaires sont élus pour rendre ces décisions, alors que tel n'est pas le cas des juges. Par ailleurs, la déférence est justifiée dans des domaines hautement spécialisés. Toutefois, selon notre régime actuel, la déférence constitue maintenant une présomption appliquée de manière générale à l'ensemble des décideurs et pour tout type de décisions. La déférence peut être le résultat, mais elle doit découler d'une analyse minutieuse de la loi, de la question dont la cour est saisie et de ses conséquences.

[84] Il ne fait aucun doute que la déférence occupe une place centrale lors de l'examen des éléments de fond et techniques du Code. La déférence s'applique à la *manière*, aux moyens et aux mesures employés. Toutefois, pour répondre à la question *de savoir si* le CRTC peut imposer des conditions aux EP, aux termes de l'alinéa 9(1)h, rien n'indique qu'il possède plus d'expertise que la Cour pour interpréter la loi. La déférence, selon le professeur Daly, joue davantage lorsqu'un choix ou une ambiguïté se présente (Paul Daly, « The Scope and Meaning of Reasonableness Review » (2015), 52:4 *Alta. L. Rev.* 799, à la page 821). Dans le même sens, le professeur Knight observe : [TRADUCTION] « [l]a véritable déférence s'impose uniquement lorsqu'il existe diverses issues possibles qui respectent toutes le critère relatif de justification » (Knight, *Vigilance and Restraint*, aux pages 215 et 216); voir aussi *Canada (Procureur*

choose—the CRTC either has the authority to affect third parties or it does not.

[85] The argument advanced by the respondents triggers the caution of Cromwell J. writing in *Alberta Teachers*, at paragraph 94, that “the fact that a legislative provision is in a ‘home statute’ has become a virtually unchallengeable proxy for legislative intent” and poses concerns for both rule of law and legislative supremacy principles. This observation was echoed in *Edmonton East*, at paragraph 85, where the dissenting justices wrote that the assumption of an unlimited inherent expertise, including on matters of interpretation, “risks transforming the presumption of deference into an ir rebuttable rule”. Côté and Brown JJ. further noted that “[r]espect for legislative supremacy must leave open to the legislature the possibility of creating a non-expert administrative decision maker, or creating an administrative decision maker with expertise in some areas but not others” (*Edmonton East*, at paragraph 85).

[86] The need for a tailored and nuanced consideration of deference is also demonstrated by Professor Allan, who notes in his book, *The Sovereignty of Law: Freedom, Constitution, and Common Law* (Oxford: Oxford University Press, 2013), at pages 268–269 (Allan, *The Sovereignty of Law*):

...The appropriate degree of deference is dictated, in each case, by analysis of the substantive legal issues arising. If properly conducted, the analysis will indicate the correct division of responsibilities between court and agency, making all due allowance for the exercise of administrative discretion and recourse to specialist expertise. That division of responsibilities is itself the *outcome* of legal analysis attuned to the specific questions of legality arising: it cannot determine these questions, a priori, on the basis of general features of the separation of powers divorced from the specific constitutional context. [Emphasis added in original.]

[87] Deference, then, is part of the context, not an *a priori* determination of the outcome. As Professor Allan

général) c. *Boogaard*, 2015 CAF 150). En l’espèce, le CTRC ne fait pas face à une multitude de choix : soit il a le pouvoir d’imposer des conditions à des tiers, soit il ne l’a pas.

[85] L’argument invoqué par les intimées appelle la mise en garde exprimée par le juge Cromwell, au paragraphe 94 de l’arrêt *Alberta Teachers* : « la présence d’une disposition dans une loi constitutive est devenue l’expression presque incontestable de l’intention du législateur », et le même argument est problématique quant aux principes de primauté du droit et de suprématie législative. Cette observation a été reprise dans l’arrêt *Edmonton East*, au paragraphe 85, où les juges dissidents ont écrit que l’hypothèse d’une expertise inhérente illimitée, y compris en matière d’interprétation, « risque de transformer la présomption de déférence en une règle irréfutable ». Les juges Côté et Brown ont également observé que le « respect de la suprématie législative doit laisser la porte ouverte à la possibilité pour le législateur de créer un décideur administratif sans expertise ou doté d’une expertise dans certains domaines, et non dans d’autres » (*Edmonton East*, au paragraphe 85).

[86] La nécessité d’une analyse adaptée et nuancée en matière de déférence est également illustrée par le professeur Allan, qui note ce qui suit dans son traité intitulé *The Sovereignty of Law : Freedom, Constitution, and Common Law* (Oxford : Oxford University Press, 2013), aux pages 268 et 269 (Allan, *The Sovereignty of Law*) :

[TRADUCTION] [...] Le degré approprié de déférence est dicté, dans chaque cas, par l’analyse des questions juridiques de fond soulevées. L’analyse réalisée correctement indiquera la répartition appropriée des responsabilités entre les juridictions judiciaires et les organismes, permettant de bien tenir compte de l’exercice du pouvoir discrétionnaire administratif et du recours à une expertise précise. Cette division des responsabilités constitue elle-même le *résultat* de l’analyse juridique adaptée aux questions de légalité précises soulevées : ces questions ne peuvent être tranchées *a priori*, en fonction des éléments généraux de la séparation des pouvoirs, sans s’arrêter sur le contexte constitutionnel particulier. [Italique dans l’original.]

[87] Par conséquent, la déférence fait partie du contexte, il ne s’agit pas d’une détermination *a priori* de

notes, if deference is viewed as part of the context, rather than as pre-determined rule, it dissolves the antagonism between the rule of law and parliamentary supremacy (Allan, *The Sovereignty of Law*, at page 228).

[88] The degree of deference owed is gleaned from the statutory interpretation exercise. Consideration should be given to what Parliament has said about the structure of the tribunal or agency, the tenure and mandate of its decision makers, whether it is a large standing body with large professional staff, or individual *ad hoc* decision makers. Subordinating a statute to a broad and uncritical presumption of expertise in all aspects of a tribunal's mandate, with the consequential displacement of Parliament's express expectation that the courts are to perform a role in demarcating the boundaries of its legislation, lies at the heart of much of the tension in the current jurisprudence.

[89] Failing to consider whether there are parameters on the presumption of expertise has consequences. If the presumption of expertise-based deference extends to the determination, by the tribunal itself, of the limits of its jurisdiction, then paragraph 9(1)(h) amounts to an unfettered discretion. Rothstein J. noted the point in *Cogeco*, at paragraphs 27–28:

This broad, express grant of jurisdiction authorized the CRTC to create and use the deferral accounts at issue in [*Bell Canada v. Bell Aliant Regional Communications*, 2009 SCC 40, [2009] 2 S.C.R. 764]. This stands in marked contrast to the provisions on which the broadcasters seek to rely in this case, which consist of a general power to make regulations under s. 10(1)(k) and a broad licensing power under s. 9(1)(b)(i). Jurisdiction-granting provisions are not analogous to general regulation making or licensing authority because the former are express grants of specific authority from Parliament while the latter must be interpreted so as not to confer unfettered discretion not contemplated by the jurisdiction-granting provisions of the legislation.

l'issue de la cause. Comme le signale le professeur Allan, si la déférence est considérée comme faisant partie du contexte, plutôt que comme une règle préétablie, elle permet de résoudre la tension entre la primauté du droit et la souveraineté du Parlement (Allan, *The Sovereignty of Law*, à la page 228).

[88] Le degré de déférence dont la cour doit faire preuve provient de l'exercice d'interprétation des lois. Il faut tenir compte de la décision du législateur concernant la structure du tribunal ou de l'organisme et la mission de ses décideurs, c'est-à-dire s'il s'agit d'un organisme permanent important avec de nombreux employés professionnels ou de décideurs individuels ponctuels. La subordination d'un texte législatif à une importante présomption d'expertise irréfutable, à l'égard de tous les aspects de la mission du tribunal, avec pour conséquence l'éviction de l'attente expresse du législateur voulant que les juridictions judiciaires se chargent de tracer les frontières de la compétence du tribunal, alimente une grande partie des divergences dans la jurisprudence actuelle.

[89] Le défaut d'examiner s'il existe des limites à la présomption d'expertise a des conséquences. Si la présomption de déférence fondée sur l'expertise comprend la définition, par le tribunal même, des limites de sa compétence, alors l'alinéa 9(1)h) constitue en substance un pouvoir discrétionnaire absolu. Le juge Rothstein a souligné le point dans l'arrêt *Cogeco*, aux paragraphes 27 et 28 :

Dans *Bell Aliant*, la vaste compétence expresse ainsi attribuée au CRTC lui permettait de créer et d'utiliser les comptes de report en litige [*Bell Canada c. Bell Aliant Communications régionales*, 2009 CSC 40, [2009] 2 R.C.S. 764]. Cette situation se distingue nettement du présent cas et des dispositions invoquées par les radiodiffuseurs en l'espèce, à savoir le pouvoir général de prendre des règlements prévu à l'al. 10(1)k) et le large pouvoir d'attribution de licences prévu à l'al. 9(1)b)(i). Une disposition attributive de compétence n'est pas analogue à une disposition accordant un pouvoir général de prendre des règlements ou d'attribuer des licences. En effet, alors que par le premier type de dispositions le législateur accorde expressément une compétence précise, par le second il confère un pouvoir général qui doit être interprété de manière à éviter de reconnaître un pouvoir discrétionnaire illimité que n'envisagent pas les dispositions attributives de compétence de la loi en cause.

That is the fundamental point. Were the only constraint on the CRTC's powers under s. 10(1) to be found in whether the enacted regulation goes towards a policy objective in s. 3(1), the only limit to the CRTC's regulatory power would be its own discretionary determination of the wisdom of its proposed regulation in light of any policy objective in s. 3(1). This would be akin to unfettered discretion. Rather,

discretion is to be exercised within the confines of the statutory regime and principles generally applicable to regulatory matters, for which the legislature is assumed to have had regard in passing that legislation. (citing *ATCO* at para. 50).

[90] Deference, which originated in the *application* of the law has migrated to the *interpretation* of the law. The application of the presumption of deference to the interpretation of statutes by decision makers of all types, including decisions of the executive, has implications for rules of law and legislative supremacy. In effect, the twin rationales which underlie a presumption of deference in the interpretation of the law (a high degree of specialization for technical matters or democratic accountability for public interest decisions), have been extended, effectively, to the legal advice given by public servants to tribunals or ministers.

[91] Deference must be calibrated to the circumstances. Although speaking in the context of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*], Iacobucci J.'s observation in *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, at paragraph 79 is equally apposite in this context: "The question of deference, ..., is intimately tied up with the nature of the particular claim or evidence at issue and not in the general application of the s. 1 test; it can only be discussed in relation to such specific claims or evidence and not at the outset of the analysis."

[92] Academics, reflecting on the Canadian jurisprudence, have expressed a well-founded concern that "a doctrine of deference will collapse in practice into a doctrine of non-justiciability, leaving regions of governmental

Il s'agit là de l'aspect fondamental. Si la seule limite restreignant les pouvoirs conférés au CRTC par le par. 10(1) était l'obligation que le règlement concerné favorise la réalisation d'un des objectifs de politique énoncés au par. 3(1), la seule limite à laquelle serait assujéti le pouvoir de réglementation du CRTC serait sa propre appréciation de l'opportunité du règlement proposé à la lumière de l'un ou l'autre des objectifs en question, ce qui reviendrait à lui reconnaître un pouvoir discrétionnaire illimité. Au contraire, l'organisme

doit [...] exercer [son pouvoir discrétionnaire] en respectant le cadre législatif et les principes généralement applicables en matière de réglementation, dont le législateur est présumé avoir tenu compte en adoptant ces lois [citant l'arrêt *ATCO*, par. 50].

[90] La déférence, qui émane de l'*application* de la loi, est passée à l'*interprétation* de la loi. L'application de la présomption de déférence à l'interprétation des textes législatifs par tous les types de décideurs, notamment les décisions rendues par le pouvoir exécutif, a des répercussions sur la primauté du droit et la suprématie législative. En effet, les fondements jumeaux qui sous-tendent une présomption de déférence concernant l'interprétation de la loi (un degré élevé d'expertise dans le cas des questions techniques ou l'obligation de rendre compte en démocratie dans le cas des décisions d'intérêt public) ont été effectivement étendus aux avis juridiques formulés par des fonctionnaires et destinés aux tribunaux ou aux ministres.

[91] La déférence doit être adaptée aux circonstances. Même s'il s'exprimait dans le cadre de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*], l'observation du juge Iacobucci dans l'arrêt *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, au paragraphe 79, est également à propos en l'espèce : « La question de la retenue [...] est étroitement liée à la nature de la demande ou des preuves en cause et non à l'application générale du critère relatif à l'article premier; elle ne peut être abordée qu'en rapport avec ces demandes ou preuves particulières et non dès le début de l'analyse ».

[92] La doctrine, à la suite d'une réflexion sur la jurisprudence canadienne, a exprimé une préoccupation justifiée selon laquelle [TRADUCTION] « en pratique, un principe de déférence sera transformé en un principe de

decision-making invulnerable to legal challenge” (Allan, *The Sovereignty of Law*, at page 274). Jurists have also observed that uncritical presumptions of expertise and deference, when coupled with the broad-church doctrine of reasonableness, is inconsistent with the purported objective of sustaining legislative supremacy (see, for example, *Garneau Community League v. Edmonton (City)*, 2017 ABCA 374 (CanLII), 26 Admin. L.R. (6th) 304, per Slatter J., at paragraphs 93–95, per Watson J., at paragraphs 59–74; see also e.g. Mark Mancini, “Dark Art of Deference: Dubious assumptions of expertise on home statute interpretation” (6 March 2018), Double Aspect, online: <<https://doubleaspect.blog/2018/03/06/the-dark-art-of-deference/>>; Peter A. Gall QC, “Dunsmuir: Reasonableness and the Rule of Law” (6 March 2018), Administrative Law Matters, online: <<https://www.administrativelawmatters.com/blog/2018/03/06/dunsmuir-reasonableness-and-the-rule-of-law-peter-a-gall-qc/>>). On this view, the requirement to defer should not be based on “abstracted notions of expertise”, but only when and to the extent that the statute indicates that such deference is, in fact, warranted. That analysis necessarily encompasses, and gives considerable weight to, provisions granting recourse by way of appeal or judicial review to a court on questions of law, jurisdiction or otherwise.

[93] These observations, however, must be set aside. The law on the question of presumed expertise and which we are required to follow, is clear (*Edmonton East*, at paragraph 33).

[94] The unilateral application of the presumption, de-contextualized from the nature of the decision maker, the nature of the question and in particular, what Parliament has said about rights of appeal or review, may erode, rather than sustain, the rule of law. The point was made by Mainville J.A. (then of this Court), in *David Suzuki Foundation v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2012 FCA 40, [2013] 4 F.C.R. 155, at paragraph 98, where he wrote that the presumption that the executive’s

non-justiciabilité, protégeant ainsi des parties du processus décisionnel gouvernemental d’une contestation judiciaire » (Allan, *The Sovereignty of Law*, à la page 274). Des juristes ont aussi fait remarquer que des présomptions d’expertise et de déférence irréfutables, lorsque jumelées au principe du caractère raisonnable, qui accueille des courants très divers, vont à l’encontre de l’objectif avoué du maintien de la suprématie législative (voir notamment *Garneau Community League v. Edmonton (City)*, 2017 ABCA 374 (CanLII), 26 Admin. L.R. (6th) 304, sous la plume du juge Slatter, aux paragraphes 93 à 95, sous la plume du juge Watson, aux paragraphes 59 à 74; ainsi que le billet de Mark Mancini, « Dark Art of Deference : Dubious assumptions of expertise on home statute interpretation » (6 mars 2018), Double Aspect, en ligne : <<https://doubleaspect.blog/2018/03/06/the-dark-art-of-deference/>>; et le billet de Peter A. Gall, c.r., « Dunsmuir : Reasonableness and the Rule of Law » (6 mars 2018), Administrative Law Matters, en ligne : <<https://www.administrativelawmatters.com/blog/2018/03/06/dunsmuir-reasonableness-and-the-rule-of-law-peter-a-gall-qc/>>). À cet égard, l’obligation de faire preuve de déférence ne doit pas reposer sur [TRADUCTION] « des notions abstraites liées à l’expertise » et, en outre, elle doit s’appliquer seulement lorsque la loi prescrit qu’une telle déférence soit effectivement nécessaire, et ce, dans la mesure édictée par la loi. Cette analyse englobe nécessairement les dispositions, auxquelles elle accorde un grand poids, qui autorisent un recours devant un tribunal, par voie d’appel ou de contrôle judiciaire, sur des questions de droit, de compétence ou d’autres questions.

[93] Ces observations doivent toutefois être écartées. Le droit sur la question de l’expertise présumée est clair et nous sommes tenus de le respecter (*Edmonton East*, au paragraphe 33).

[94] L’application unilatérale de la présomption, privée du contexte concernant la nature du décideur, la nature de la question et, plus précisément, les déclarations du législateur à propos du droit d’appel ou de contrôle, peut affaiblir le principe de la primauté du droit, plus que de le maintenir. Le juge Mainville (alors juge de la Cour) s’est exprimé à ce sujet dans l’arrêt *David Suzuki Foundation c. Canada (Pêches et Océans)*, 2012 CAF 40, [2013] 4 R.C.F. 155, au paragraphe 98, où il a observé que la

interpretation of the law prevails unless the citizen can discharge an onus on him or her to prove that it is unreasonable (something which in practice is not easily done) “harks back to the time before the Bill of Rights of 1688 where the Crown reserved the right to interpret and apply Parliament’s laws to suit its own policy objectives”.

[95] In sum, justifications for the presumption untethered from a close examination of the statute and in particular, whether Parliament has granted a right of appeal or review, as it has here, must lie elsewhere than in sustaining the rule of law. To be faithful to the principle of respecting Parliamentary intent, any weight given to a presumption must be tailored, nuanced or situated in light of the statutory scheme in question. The point was made in *Pham v. Secretary of State for the Home Office*, 2015 UKSC 19 (BAILII), [2015] 1 All E.R. 1015, at paragraph 107. After noting that “the question of balance” is for the decision maker, Lord Sumption continued:

.... It is for the court to assess how broad the range of rational decisions is in the circumstances of any given case. That must necessarily depend on the significance of the right interfered with, the degree of interference involved, and notably the extent to which, even on a statutory appeal, the court is competent to reassess the balance which the decision-maker was called on to make given the subject-matter.

[96] Nor is the presumption of deference to tribunal interpretations an easy fit in circumstances such as this where the decision maker has provided no reasons. If there are no reasons, there is nothing to be deferred to (see *West Fraser*, at paragraph 69 (*per* Côté J.)). In imposing the Code, the CRTC was exercising a non-adjudicative function. It gave no reasons as to why it had the authority to impose the Code on PUs when paragraph 9(1)(h) refers only to BDUs. Nor is this a case where a court can supplement an otherwise deficient set of reasons (*Delta Air Lines Inc. v. Lukács*, 2018 SCC 2, [2018] 1 S.C.R. 6, 416 D.L.R. (4th) 579, at paragraph 23). Deference here

présomption selon laquelle l’interprétation des lois par le pouvoir exécutif a préséance, à moins que le citoyen s’acquitte du fardeau de prouver que l’interprétation est déraisonnable (il est difficile d’y parvenir, en pratique), « nous [ramène] à l’époque qui a précédé le Bill of Rights de 1688, où la Couronne se réservait le droit d’interpréter et d’appliquer les lois du Parlement en fonction de ses propres objectifs politiques ».

[95] En résumé, les raisons justifiant la présomption qui ne sont pas liées à un examen minutieux du texte législatif et, plus précisément, à la question de savoir si le législateur a accordé un droit d’appel ou de contrôle, comme c’est le cas en l’espèce, doivent reposer sur un autre élément que le maintien de la primauté du droit. Afin d’être fidèle au principe visant le respect de l’intention du législateur, tout poids accordé à une présomption doit être adapté, nuancé ou situé dans le contexte du régime législatif en cause. Cette question a été discutée dans l’arrêt *Pham v. Secretary of State for the Home Office*, 2015 UKSC 19 (BAILII), [2015] 1 All E.R. 1015, au paragraphe 107. Après avoir noté que [TRADUCTION] « la question de la prépondérance des inconvénients » revenait au décideur, Lord Sumption a poursuivi ainsi :

[TRADUCTION] [...] C’est à la cour qu’il revient d’évaluer l’éventail des décisions raisonnables, compte tenu des circonstances d’une affaire précise. Cette étendue dépend forcément de l’importance du droit enfreint, du degré de l’infraction et, notamment, de la mesure dans laquelle, même à l’occasion d’un appel prévu par la loi, la cour est compétente pour examiner de nouveau la prépondérance des inconvénients que le décideur était appelé à établir, compte tenu de la question portée en appel.

[96] La présomption de déférence accordée à l’interprétation des tribunaux est une tâche ardue dans des circonstances comme celles de l’espèce, où le décideur n’a formulé aucun motif. Si aucun motif n’a été formulé, il n’y a pas matière à déférence (voir *West Fraser*, au paragraphe 69 (sous la plume de la juge Côté)). Le CRTC exerçait une fonction non décisionnelle lorsqu’il a imposé le Code. Il n’a produit aucun motif quant à la raison pour laquelle il avait le pouvoir d’imposer le Code à des EP, alors que l’alinéa 9(1)(h) ne mentionne que les EDR. Il ne s’agit pas non plus d’une affaire où le juge peut compléter un exposé de motifs par ailleurs insuffisant

would require a court to assume that the CRTC, if asked, could write a set of reasons which this Court would find compelling. Bodies acting in a regulatory or legislative capacity seldom explain why they have the authority to act—they simply do, with the result that the tools of justification, transparency and intelligibility, which function best in an adjudicative setting, are of limited utility.

(4) Prior decisions on standard of review

[97] The Supreme Court framed the issue in *Cogeco* as “whether the CRTC ha[d] the *jurisdiction* to implement the proposed value for signal regime” (emphasis added) (*Cogeco*, at paragraphs 1, 14). While it did not make an express determination on the applicable standard of review, it is evident that it adopted a correctness approach. The exercise in which it engaged was one of pure statutory interpretation of the text of paragraph 9(1)(h) when situated in the context of the *Broadcasting Act*. The language of reasonableness plays no role in the Court’s analysis.

[98] The issues before this Court are a mirror image of *Cogeco*. Arguably, the substantive question before this Court does not change simply because, as a matter of procedure, it arose in the former case as a reference and in the present case as an appeal. On the other hand, it could be pointed out that the Governor in Council did not ask the Court to address the standard of review. But this preferences form and procedure over the substantive question.

[99] These considerations, and consistent with this Court’s previous rulings, all weigh in favour of the conclusion that whether the Code is authorized by paragraph 9(1)(h) is a “reasonableness” exercise for which there can be only one answer. The answer to the question depends on an analysis of the statute according to received legal principles of statutory interpretation and in

(*Delta Air Lines Inc. c. Lukács*, 2018 CSC 2, [2018] 1 R.C.S. 6, au paragraphe 23). En l’espèce, pour pouvoir faire preuve de déférence, le juge doit présumer que le CRTC pourrait, sur demande, rédiger un exposé des motifs qu’elle jugerait probant. Les organismes exerçant un pouvoir législatif ou réglementaire expliquent rarement les raisons pour lesquelles ils ont le pouvoir d’intervenir — ils se contentent de le faire — avec pour résultat que des outils comme la justification de la décision, la transparence et l’intelligibilité du processus décisionnel, lesquels sont le plus efficace dans une procédure contentieuse, sont d’une utilité limitée.

4) Décisions antérieures sur la norme de contrôle

[97] La Cour suprême a ainsi défini la question en litige dans l’affaire *Cogeco* : « le CRTC a[avait-il] *compétence* pour mettre en œuvre le régime de compensation pour la valeur des signaux proposé? » (non souligné dans l’original) (*Cogeco*, aux paragraphes 1 et 14). Bien que la Cour suprême n’ait pas déterminé spécifiquement la norme de contrôle applicable, il est évident qu’elle a suivi l’approche de la norme de la décision correcte. Elle s’est bornée à l’interprétation du texte de l’alinéa 9(1)(h) au regard du contexte que constitue la *Loi sur la radio-diffusion*. L’angle de la raisonabilité ne joue aucun rôle dans l’analyse de la Cour.

[98] Les questions dont est saisie notre Cour sont le reflet de la jurisprudence *Cogeco*. Il peut être soutenu que la question de fond devant notre Cour ne change pas simplement parce que, pour des raisons de procédure, elle a été posée dans la première cause à titre de référence, alors que dans la présente cause, elle découle d’un appel. D’autre part, l’on peut relever que le gouverneur en conseil n’a pas demandé à la Cour de discuter la norme de contrôle. Mais alors à la forme et la procédure l’emportent sur la question de fond.

[99] Conformément à la jurisprudence antérieure de la Cour, de telles considérations militent en faveur de la conclusion selon laquelle la question de savoir si le Code est autorisé aux termes de l’alinéa 9(1)(h) doit être examinée selon le critère de la raisonabilité, et il ne peut y avoir qu’une seule réponse. La réponse à cette question dépend d’une analyse de la loi selon les principes

respect of which the regulator has no particular advantage over that of the court. It raises, at its core, a question of the scope of Parliament's remit to the CRTC. Rule of law considerations weigh in the equation.

(5) *Copyright Act* and *Broadcasting Act* conflict

[100] Insofar as the conflict between the *Copyright Act* and the *Broadcasting Act* is concerned, the standard of review is, again, consistent with precedent, correctness.

[101] The *Copyright Act* is not the constituent statute of the CRTC (*NFL*, at paragraph 38). The *Canadian Radio-television and Telecommunications Commission Act*, R.S.C., 1985, c. C-22, the *Broadcasting Act* and the *Telecommunications Act* are the CRTC's home statutes. Importantly, aside from ephemeral recordings, the only point of intersection between the *Copyright Act* and the *Broadcasting Act* is that considered in *Cogeco*: the carve-out for retransmission of works in local and distant signals under the *Copyright Act*. This single point of intersection, discrete and limited, and in any event irrelevant to the issues raised here, does not make the *Copyright Act* the home statute of the CRTC.

[102] This appeal necessitates that a line of demarcation be drawn between the nature and extent of Bell's legal rights and interests under the *Copyright Act*, and a determination whether the Code and Order trench on those rights. While this is not a question of competing tribunals, it is a question of competing or conflicting legislative schemes. Correctness governs the question whether the exercise of paragraph 9(1)(h) conflicts with the *Copyright Act* as it did in *Cogeco*. This was also the conclusion of this Court in *NFL*.

juridiques reçus en matière d'interprétation des lois et à l'égard de laquelle l'organisme de réglementation n'a pas d'avantage particulier par rapport à la Cour. Cela soulève, à la base, la question de la portée de la mission accordée par le législateur au CRTC. Il importe de tenir compte des considérations liées à la primauté du droit.

5) Le conflit entre la *Loi sur le droit d'auteur* et la *Loi sur la radiodiffusion*

[100] En ce qui concerne le conflit entre la *Loi sur le droit d'auteur* et la *Loi sur la radiodiffusion*, la norme de contrôle est, là encore, conformément à la jurisprudence antérieure, la norme de la décision correcte.

[101] La *Loi sur le droit d'auteur* n'est pas la loi constitutive du CRTC (*NFL*, au paragraphe 38). La *Loi sur le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, L.R.C. (1985), ch. C-22, la *Loi sur la radiodiffusion* et la *Loi sur les télécommunications* sont les textes législatifs habilitants du CRTC. Chose importante, à part les enregistrements éphémères, le seul point de rencontre entre la *Loi sur le droit d'auteur* et la *Loi sur la radiodiffusion* est celui qui a été considéré à l'occasion de l'affaire *Cogeco* : l'exception relative à la retransmission d'œuvres portées par des signaux locaux et éloignés aux termes de la *Loi sur le droit d'auteur*. Ce seul point de rencontre, unique et limité, et quoi qu'il en soit, sans aucun lien avec les questions soulevées en l'espèce, ne fait pas de la *Loi sur le droit d'auteur* le texte législatif habilitant du CRTC.

[102] Le présent appel nécessite qu'une ligne de démarcation soit tracée entre la nature et la portée des droits de Bell aux termes de la *Loi sur le droit d'auteur*, et la question de savoir si le Code et l'Ordonnance empiètent sur ces droits. Bien qu'il ne s'agisse pas d'une question de concurrence entre tribunaux, il s'agit néanmoins d'une question de régimes législatifs contradictoires ou concurrents. La norme de la décision correcte régit la question de savoir si l'application de l'alinéa 9(1)h) entre en conflit avec la *Loi sur le droit d'auteur* comme c'était le cas dans l'affaire *Cogeco*. Il s'agit là également de la conclusion de la Cour dans l'affaire *NFL*.

C. *Is the Code within the power of the CRTC under paragraph 9(1)(h) of the Broadcasting Act?*

[103] This appeal pivots on the intention of Parliament and whether Parliament intended, through paragraph 9(1)(h), to give the CRTC jurisdiction to enact measures directly affecting PUs.

[104] There are two competing interpretations. Bell says that the power in paragraph 9(1)(h) is narrow, confined to requiring the carriage of specific programs, and that it provides no legislative basis for intruding into “the economic terms of the carriage relationship” between BDUs and PUs. The respondents say that the textual and contextual readings of the provision support the Code. Both sides rely on the same principles of interpretation and both muster legislative history in support.

[105] To interpret paragraph 9(1)(h), we need to consider it in its “entire context and in [its] grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament” (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 154 D.L.R. (4th) 193, at paragraph 21, citing Elmer Driedger, *Construction of Statutes*, 2nd ed. (Toronto: Butterworths, 1983), at page 87). The exercise is one of text, context and purpose.

[106] I begin with the principles relevant to the interpretation of a general statutory power, such as the one contained in paragraph 9(1)(h), that is to be exercised in the furtherance of the objects established in the encompassing statute.

[107] Rothstein J. in *Cogeco* made clear that while the policy objectives set out in subsection 3(1) of the *Broadcasting Act* function to constrain the CRTC’s administrative decisions in that the CRTC must act with a view to implementing those objectives (*Cogeco*, at paragraphs 22, 25), it was not the case that any link, however tenuous, between a proposed action under section 9

C. *Le Code relève-t-il du pouvoir qui est conféré au CRTC par l’alinéa 9(1)h de la Loi sur la radiodiffusion?*

[103] Le nœud du présent appel réside dans l’intention du législateur et dans la question de savoir s’il était dans son intention, au moyen de l’alinéa 9(1)h, de donner au CRTC le pouvoir de promulguer des mesures touchant directement les EP.

[104] Il y a lieu de soulever deux interprétations concurrentes. Bell affirme que le pouvoir conféré par l’alinéa 9(1)h est étroit, qu’il se limite à exiger la distribution d’émissions précises et qu’il ne fournit aucun fondement législatif pour s’immiscer dans [TRADUCTION] « les modalités économiques de la relation de distribution » entre les EDR et les EP. Les intimées affirment que les interprétations textuelles et contextuelles de la disposition vont dans le sens du Code. Les deux parties s’appuient sur les mêmes principes d’interprétation et ont rassemblé des éléments puisés dans l’historique législatif sur lequel elles se fondent.

[105] Pour interpréter l’alinéa 9(1)h, nous devons le considérer « dans [son] contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur » (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au paragraphe 21, citant Elmer Driedger, *Construction of Statutes*, 2^e éd. (Toronto : Butterworths, 1983), à la page 87). La démarche en est une d’analyse du texte, du contexte et de l’objet de la loi.

[106] Je commence avec les principes relatifs à l’interprétation d’un pouvoir réglementaire général, tel que celui conféré par l’alinéa 9(1)h, lequel doit être exercé dans la poursuite des objets consacrés globalement par la loi.

[107] Le juge Rothstein, à l’occasion de l’affaire *Cogeco*, a clairement indiqué que, bien que les objectifs de politique énoncés au paragraphe 3(1) de la *Loi sur la radiodiffusion* aient pour but de circonscrire les décisions administratives du CRTC en ce que le CRTC doit intervenir de façon à mettre en œuvre ces objectifs (*Cogeco*, aux paragraphes 22 et 25), il serait faux

and a policy objective in subsection 3(1) would suffice (*Cogeco*, at paragraph 25). If the only constraint on the CRTC's licensing powers was whether the CRTC's action goes towards a broadcasting policy objective identified in subsection 3(1), "[t]his would be akin to unfettered discretion" (*Cogeco*, at paragraph 28). As Bastarache J. stated in paragraph 50 of *ATCO*, an administrative decision maker's discretion is:

... to be exercised within the confines of the statutory regime and principles generally applicable to regulatory matters, for which the legislature is assumed to have had regard in passing that legislation (see Sullivan, at pp. 154–155).

[108] If a reading of "the *Broadcasting Act* in its entire context reveals that the [Wholesale Code] is too great a stretch from the core purposes intended by Parliament and from the powers granted to the CRTC under the *Broadcasting Act*" (*Cogeco*, at paragraph 33), then the Wholesale Code must be found to be *ultra vires*. However, the Supreme Court has also emphasized that while "courts must refrain from unduly broadening the powers of such regulatory authorities through judicial law-making, they must also avoid sterilizing these powers through overly technical interpretations of enabling statutes" (*ATCO*, at paragraph 50 citing *Bell Canada v. Canada (Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission)*, [1989] 1 S.C.R. 1722, (1989), 60 D.L.R. (4th) 682 (*Bell Canada* (1989)), at page 1756.

[109] Applying these principles, I have concluded that the Order, and the Code which it makes binding, are not "too great a stretch" from what Parliament intended, but in fact are directly within its contemplation.

[110] Paragraph 9(1)(h) provides:

d'affirmer que l'existence d'un lien, aussi ténu soit-il, entre un règlement projeté aux termes de l'article 9 et un objectif de politique énuméré au paragraphe 3(1) constitue un critère suffisant (*Cogeco*, au paragraphe 25). Si la seule contrainte imposée aux pouvoirs d'attribution de licences du CRTC était celle de savoir si le règlement du CRTC favorise la réalisation de l'objectif de politique concernant la radiodiffusion énoncé au paragraphe 3(1), « [cela] reviendrait à lui reconnaître un pouvoir discrétionnaire illimité » (*Cogeco*, au paragraphe 28). Comme le juge Bastarache l'a observé au paragraphe 50 de l'arrêt *ATCO*, un pouvoir discrétionnaire du décideur administratif doit être :

[...] exerc[é] en respectant le cadre législatif et les principes généralement applicables en matière de réglementation, dont le législateur est présumé avoir tenu compte en adoptant ces lois (voir Sullivan, p. 154–155).

[108] Si une lecture de « la *Loi sur la radiodiffusion* qui tient compte du contexte global de celle-ci que le [Code sur la vente en gros] constitue une mesure beaucoup trop éloignée des objectifs fondamentaux visés par le législateur et des pouvoirs conférés au CRTC par la *Loi sur la radiodiffusion* » (*Cogeco*, au paragraphe 33), le Code sur la vente en gros doit être déclaré *ultra vires*. Cependant, la Cour suprême a également souligné que bien que « les tribunaux doivent s'abstenir de trop élargir les pouvoirs de ces organismes de réglementation par législation judiciaire, ils doivent également éviter de les rendre stériles en interprétant les lois habilitantes de façon trop formaliste » (*ATCO*, au paragraphe 50 citant *Bell Canada c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 1 R.C.S. 1722 (*Bell Canada* (1989)), à la page 1756.

[109] Appliquant ces principes, je conclus que l'Ordonnance, et le Code qui la rend obligatoire, ne constitue pas « une mesure trop éloignée » de l'intention du législateur, mais est en fait directement visée par cette intention.

[110] L'alinéa 9(1)(h) dispose :

General Powers**Licences, etc.**

9 (1) Subject to this Part, the Commission may, in furtherance of its objects,

...

(h) require any licensee who is authorized to carry on a distribution undertaking to carry, on such terms and conditions as the Commission deems appropriate, programming services specified by the Commission.

[111] Although the power in paragraph 9(1)(h) must only be exercised in furtherance of its objects, this does not expand its reach. However broad the objects may be, the provision only authorizes the CRTC to order BDUs “to carry ... programming services” on certain terms and conditions. Those terms and conditions, contained in the Code, are circumscribed or constrained by the necessary requirement that they relate to the carriage of programming services.

[112] Paragraph 9(1)(h) does not expressly grant authority to the CRTC to impose terms and conditions on the negotiation of affiliation agreements and their content. This much is clear. On an ordinary and literal reading of the text, paragraph 9(1)(h) only authorizes the CRTC to impose terms and conditions in respect of programming services upon BDUs, which are expressly mentioned, and not on PUs which are not mentioned.

[113] This does not end the analysis. The context is also to be considered. A provision which confers jurisdiction cannot be read in isolation (*Cogeco*, at paragraph 29).

[114] Paragraph 9(1)(h) begins with “[s]ubject to this Part, the Commission may, in furtherance of its objects [perform the actions set out in subsection 9(1)]”. The CRTC’s objects, which are expressly set out in subsection 5(1), include “regulat[ing] and supervis[ing] all aspects of the Canadian broadcasting system with a view to implementing the broadcasting policy set out in subsection 3(1)”. Given that paragraph 9(1)(h) and subsection 5(1) are both located in Part II [sections 5 to 34]:

Pouvoirs généraux**Catégories de licences**

9 (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente partie, le Conseil peut, dans l’exécution de sa mission :

[...]

h) obliger ces titulaires à offrir certains services de programmation selon les modalités qu’il précise.

[111] Bien que le pouvoir conféré par l’alinéa 9(1)h ne doit être exercé que de manière à promouvoir ses objets, cela n’en élargit pas la portée. Quelle que soit leur portée, cette disposition n’autorise le CRTC qu’à ordonner aux EDR « [d’]offrir [...] [des] services de programmation » selon certaines modalités et conditions. Ces modalités et conditions, énoncées dans le Code, sont circonscrites ou limitées par l’exigence nécessaire que ces objets se rapportent à la prestation de services de programmation.

[112] L’alinéa 9(1)h n’accorde pas explicitement au CRTC le pouvoir d’imposer des modalités et conditions relativement à la négociation des ententes d’affiliation et à leur teneur. Cela au moins est clair. Selon une interprétation simple et littérale du texte, l’alinéa 9(1)h n’autorise le CRTC qu’à imposer aux EDR des modalités et des conditions à l’égard des services de programmation, lesquelles sont expressément énoncées, et non aux EP qui ne sont pas mentionnées.

[113] L’analyse ne s’arrête pas là. Le contexte doit également être pris en considération. Une disposition qui confère une compétence ne peut être lue de façon isolée (*Cogeco*, au paragraphe 29).

[114] L’alinéa 9(1)h commence par ces mots : « [s]ous réserve des autres dispositions de la présente partie, le Conseil peut, dans l’exécution de sa mission [prendre les mesures énoncées au présent paragraphe] ». Les objets du CRTC, qui sont expressément énoncés au paragraphe 5(1), portent sur « [la] réglement[ation] et [la] surveill[ance] [de] tous les aspects du système canadien de radiodiffusion en vue de mettre en œuvre la politique canadienne de radiodiffusion [décrits au paragraphe 3(1)] ». Étant donné

“Objects and Powers of the Commission in Relation to Broadcasting” and that paragraph 9(1)(h) is located under the heading of “General Powers”, it is fair to conclude one of the purposes of paragraph 9(1)(h) is to grant the CRTC a power that will facilitate or enable it to discharge the objects under subsection 5(1). One of those objects is to implement the broadcasting policy defined by Parliament in subsection 3(1).

[115] When paragraph 9(1)(h) is situated in the context of the *Broadcasting Act* and the express linkages Parliament made between BDUs and PUs, the ability of the CRTC to regulate their interrelationships becomes apparent.

[116] Support for this can be found in various provisions of the *Broadcasting Act*, beginning with the definitions in subsection 2(1):

distribution undertaking means an undertaking for the reception of broadcasting and the retransmission thereof by radio waves or other means of telecommunication to more than one permanent or temporary residence or dwelling unit or to another such undertaking; (*entreprise de distribution*)

...

programming undertaking means an undertaking for the transmission of programs, either directly by radio waves or other means of telecommunication or indirectly through a distribution undertaking, for reception by the public by means of broadcasting receiving apparatus; (*entreprise de programmation*)

[117] These definitions tell us that PUs are the source of the “programming services” which the BDUs distribute. They also tell us that a BDU retransmits programming which it receives. A BDU does not produce programming services, otherwise it would be a PU.

[118] The conclusion which can be drawn from these definitions is that Parliament understood the interrelationship between a BDU and a PU and that, as the “carriage”

que l’alinéa 9(1)h) et le paragraphe 5(1) figurent tous deux à la partie II [articles 5 à 34] qui s’intitule « Mission et pouvoirs du conseil en matière de radiodiffusion » et que l’alinéa 9(1)h) figure sous le titre de « Pouvoirs généraux », il est légitime de conclure que l’un des objets de l’alinéa 9(1)h) est d’accorder au CRTC un pouvoir qui lui permettra d’accomplir les objets prévus au paragraphe 5(1). L’un de ces objets est de mettre en œuvre la politique de radiodiffusion définie par le législateur au paragraphe 3(1).

[115] Lorsque l’alinéa 9(1)h) est lu au regard du contexte de la *Loi sur la radiodiffusion* et des liens manifestes que le législateur a établis entre les EDR et les EP, la capacité du CRTC de réglementer leurs interrelations apparaît évidente.

[116] Militent en faveur de cette conclusion diverses dispositions de la *Loi sur la radiodiffusion*, en commençant par les définitions figurant au paragraphe 2(1) :

entreprise de distribution Entreprise de réception de radiodiffusion pour retransmission, à l’aide d’ondes radioélectriques ou d’un autre moyen de télécommunication, en vue de sa réception dans plusieurs résidences permanentes ou temporaires ou locaux d’habitation, ou en vue de sa réception par une autre entreprise semblable. (*distribution undertaking*)

[...]

entreprise de programmation Entreprise de transmission d’émissions soit directement à l’aide d’ondes radioélectriques ou d’un autre moyen de télécommunication, soit par l’intermédiaire d’une entreprise de distribution, en vue de leur réception par le public à l’aide d’un récepteur. (*programming undertaking*)

[117] Ces définitions nous apprennent que les EP sont la source des « services de programmation » que les EDR distribuent. Ces définitions nous apprennent également qu’une EDR retransmet la programmation qu’elle reçoit. Une EDR ne produit pas de services de programmation, sinon il s’agirait d’une EP.

[118] La conclusion qui peut être tirée de ces définitions est que le législateur a compris l’interrelation entre une EDR et une EP et que, comme la « fourniture » des

of “programming services” always depends on a PU, there will, of necessity, be consequences for PUs. The terms and conditions on which BDUs carry “programming services” directly and indirectly shape, and in some cases dictate, the content of affiliation agreements with the consequence that any order directed at the carriage of programming services by BDUs necessarily will affect PUs. It is impossible for it to be otherwise.

[119] Other provisions of the *Broadcasting Act* also demonstrate Parliament’s understanding of the necessary interrelationship between the broadcasting policy, BDUs and PUs in respect of programming services. Subparagraph 3(1)(t)(iii) is instructive. It reflects Parliament’s appreciation of the necessary, practical interaction between the two entities:

Declaration

3 (1) It is hereby declared as the broadcasting policy for Canada that

...

(t) distribution undertakings

...

(iii) should, where programming services are supplied to them by broadcasting undertakings pursuant to contractual arrangements, provide reasonable terms for the carriage, packaging and retailing of those programming services, and

[120] In the same vein, paragraph 10(1)(g) authorizes the CRTC to make regulations “respecting the carriage of any foreign or other programming services by distribution undertakings”. Paragraph 10(1)(k) provides that the CRTC may make regulations “respecting such other matters as it deems necessary for the furtherance of its objects”. Subparagraph 9(1)(b)(i) and paragraphs 9(1)(a) and 9(1)(c) give the CRTC broad authority to issue licences subject to such conditions “as the Commission deems appropriate for the implementation of the broadcasting policy set out in subsection 3(1)”, to establish classes of licences and to amend conditions thereof.

« services de programmation » dépend toujours d’une EP, il y aura nécessairement des conséquences pour celle-ci. Les modalités et conditions aux termes desquelles les EDR offrent des « services de programmation » forment directement et indirectement, et dans certains cas dictent, la teneur des ententes d’affiliation et en conséquence, toute ordonnance visant la prestation de services de programmation par les EDR aura nécessairement une incidence sur les EP. Il ne peut en être autrement.

[119] D’autres dispositions de la *Loi sur la radiodiffusion* démontrent également la compréhension par le législateur de l’interdépendance nécessaire entre la politique de radiodiffusion, les EDR et les EP à l’égard des services de programmation. Le sous-alinéa 3(1)t(iii) est éclairant. Il reflète l’appréciation par le législateur de l’interaction nécessaire et pratique entre les deux entités :

Politique canadienne de radiodiffusion

3 (1) Il est déclaré que, dans le cadre de la politique canadienne de radiodiffusion :

[...]

t) les entreprises de distribution :

[...]

(iii) devraient offrir des conditions acceptables relativement à la fourniture, la combinaison et la vente des services de programmation qui leur sont fournis, aux termes d’un contrat, par les entreprises de radiodiffusion,

[120] Dans le même ordre d’idées, l’alinéa 10(1)g autorise le CRTC à prendre des règlements pour « régir la fourniture de services de programmation — même étrangers — par les entreprises de distribution ». L’alinéa 10(1)k prévoit que le CRTC peut, par règlement, « prendre toute autre mesure qu’il estime nécessaire à l’exécution de sa mission ». Les alinéas 9(1)b), 9(1)a) et 9(1)c) accordent au CRTC le pouvoir de délivrer des licences sous réserve de conditions « qu’il estime indiquées pour la mise en œuvre de la politique canadienne de radiodiffusion », d’établir des catégories de licences et de modifier les conditions de celles-ci. Le vaste pouvoir discrétionnaire

The broad discretion granted under both the licensing and regulation making sections of the *Broadcasting Act* reinforces the importance that paragraph 9(1)(h) not be given an overly technical interpretation of the kind the Supreme Court has cautioned against (*Bell Canada* (1989), at page 1756).

[121] The appellants and respondents both point to the legislative history of paragraph 9(1)(h) to support their positions. Bell says that the paragraph was enacted for a narrow purpose—to prevent cable companies from acting as gatekeepers and thwarting the objectives of the *Broadcasting Act* (House of Commons Standing Committee on Communications and Culture, *Sixth Report to the House: Recommendations for a New Broadcasting Act* (Ottawa: Queen’s Printer for Canada, 1987), at page 77). As noted by the Department of Communications during clause by clause review before the Committee:

... This is one of the clauses in which the “cable-as-gatekeeper” problem is addressed. It ensures that the cable industry cannot frustrate the licensing of new satellite to cable services simply by refusing to carry them.

[122] The Standing Committee also observed that the clause would “enable the CRTC to ensure equitable treatment for all licensed services in those situations where a cable company [i.e., a BDU] is allowed to invest in certain programming services and allegations are made that the cable company is giving its services preferential treatment”. The Committee also recommended that:

The CRTC should be given the power to arbitrate the terms and conditions contained in affiliation agreements between distribution undertakings and network operators.

[123] This recommendation was ultimately adopted in the form of paragraph 10(1)(h) which demonstrates Parliament’s intention to give the CRTC authority to regulate aspects of the commercial relationship between PUs and BDUs.

accordé aux termes des articles portant sur l’attribution de licences et de réglementation de la *Loi sur la radiodiffusion* confirme l’importance de ne pas donner à l’alinéa 9(1)h l’interprétation trop formaliste contre laquelle la Cour suprême a mis en garde (*Bell Canada* (1989), à la page 1756).

[121] Les appelantes et les intimées invoquent toutes deux l’historique législatif de l’alinéa 9(1)h à l’appui de leurs thèses. Bell affirme que l’alinéa a été promulgué dans le but précis d’empêcher les entreprises de câblodistribution d’intervenir à titre de gardiens et de contrecarrer les objectifs de la *Loi sur la radiodiffusion* (Comité permanent des communications et de la culture, *Recommandations concernant une nouvelle loi sur la radiodiffusion : le sixième rapport à la Chambre* (Ottawa : Imprimeur de la Reine pour le Canada, 1987, à la page 77). Comme l’a indiqué le ministère des Communications au cours de l’étude article par article du projet de loi devant le comité :

[TRADUCTION] [...] C’est l’une des clauses portant sur le problème relatif aux entreprises de câblodistribution en tant que gardiens. Elle veille à ce que l’industrie du câble ne puisse empêcher l’octroi de licences à de nouveaux services par satellite et par câble en refusant simplement de les fournir.

[122] Le Comité permanent a également fait observer que cet article [TRADUCTION] « permettrait au CRTC d’assurer un traitement équitable pour tous les services autorisés dans les situations où une entreprise de câblodistribution [c.-à-d., une EDR] est autorisée à investir dans certains services de programmation et qu’il y a des allégations selon lesquelles l’entreprise de câblodistribution donne à ses services un traitement de faveur ». Le Comité a également fait la recommandation suivante :

Le CRTC devrait avoir le pouvoir d’arbitrer les modalités et conditions contenues dans les ententes d’affiliation entre les entreprises de distribution et les opérateurs de réseau.

[123] Cette recommandation a finalement été adoptée sous la forme de l’alinéa 10(1)h qui révèle l’intention du législateur de donner au CRTC le pouvoir de réglementer certains aspects de la relation commerciale entre les EP et les EDR.

[124] I accept that the purpose of paragraph 9(1)(h) is to address the role of a BDU as gatekeeper. But a “gatekeeper” some 30 years ago was markedly different and wonderfully simple compared to today. As the Code explains, in considerable detail, “programming services” can be affected by a range of issues, particularly in the context of vertical integration of BDUs and PUs and in an era where there are multiple modes or platforms by which programming services can be delivered.

[125] I do not accept, therefore, Bell’s argument that the legislative history demonstrates that paragraph 9(1)(h) is limited to an ability to direct a BDU to carry a specific channel. Situating paragraph 9(1)(h) in its context, and giving it a large, liberal and purposive interpretation as consistent with the objects of the *Broadcasting Act*, I conclude that it encompasses the Order and measures in the Code. The respondents’ interpretation of paragraph 9(1)(h) freezes the language as the industry and technology in 1985.

[126] I have concluded, on the basis of the context within which paragraph 9(1)(h) is situated, that the Order and the Code which it implements, are within the CRTC’s jurisdiction. Also, I find that the power to regulate programming undertakings is necessarily implied in the express language of the provision.

[127] Paragraph 9(1)(h) “can be understood to include ‘by necessary implication’ all that is needed to enable the [CRTC] to achieve the purpose for which the power was granted”, and that “[l]egislative silence with respect to a matter does not necessarily amount to a gap in the legislative scheme” [footnote omitted] (Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2014) (Sullivan), at pages 298, 386). As Bastarache J. observed in *ATCO*, at paragraph 51, the “doctrine of jurisdiction by necessary implication” functions to ensure that:

.... the powers conferred by an enabling statute are construed to include not only those expressly granted but also, by implication, all powers which are practically

[124] Je retiens l’idée que l’objet de l’alinéa 9(1)(h) porte sur le rôle d’une EDR à titre de gardienne. Mais le rôle de « gardien » il y a environ 30 ans était nettement différent et merveilleusement simple par rapport à aujourd’hui. Comme le Code l’explique, avec moult détails, les « services de programmation » peuvent être touchés par une série de questions, en particulier dans le cadre de l’intégration verticale des EDR et des EP et à une époque où il existe plusieurs modes ou plateformes par lesquels les services de programmation peuvent être livrés.

[125] Je n’accepte pas, par conséquent, la thèse de Bell portant qu’il ressort de l’historique législatif que l’alinéa 9(1)(h) est limité à la capacité d’ordonner à une EDR de fournir une chaîne particulière. En lisant l’alinéa 9(1)(h) au regard du contexte, et en lui donnant une interprétation large, libérale et téléologique conforme aux objets de la *Loi sur la radiodiffusion*, je conclus qu’il englobe l’Ordonnance et les mesures prévues au Code. L’interprétation par les intimées de l’alinéa 9(1)(h) fige le libellé de celui-ci en 1985, comme s’il visait l’industrie et la technologie de l’époque.

[126] Je conclus, à la lumière du contexte de l’alinéa 9(1)(h), que l’Ordonnance et le Code qu’elle met en œuvre relèvent du pouvoir du CRTC. De plus, je conclus que le pouvoir de réglementer les entreprises de programmation découle nécessairement de manière implicite du texte spécifique de cette disposition.

[127] L’alinéa 9(1)(h) [TRADUCTION] « peut être interprété comme englobant, par ‘déduction nécessaire’, tout ce qui est requis pour que le [CRTC] puisse accomplir l’objet du pouvoir qui lui a été accordé » [note en bas de page omise] et que « le silence de la loi concernant une question n’équivaut pas nécessairement à une lacune du régime législatif » (Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2014) (Sullivan), aux pages 298 et 386)). Comme le juge Bastarache l’a fait observer dans l’arrêt *ATCO*, au paragraphe 51, vu la « doctrine de la compétence par déduction nécessaire » :

[...] sont compris dans les pouvoirs conférés par la loi habilitante non seulement ceux qui y sont expressément énoncés, mais aussi, par déduction, tous ceux qui sont

necessary for the accomplishment of the object intended to be secured by the statutory regime created by the legislature

[128] Notwithstanding these broad statements of principle, it is axiomatic that the doctrine of necessary implication can only be employed where it is consistent with Parliament's intention. The doctrine cannot be applied where the power is useful, beneficial, or "nice to have"; rather, it is triggered only where the Court is satisfied that, based on the authority granting provisions of the legislation, it is a power that Parliament intended the CRTC to have. I have found that reading the *Broadcasting Act*, in accordance with the governing principle, Parliament intended paragraph 9(1)(h) to affect, directly and incidentally, the interests of PUs.

[129] Parliament has stated that the purpose of paragraph 9(1)(h) is to enable the CRTC to fulfill its statutory mandate under subsection 5(1). Since the terms and conditions of affiliation agreements directly dictate the terms on which consumers are offered programming services, by necessary implication paragraph 9(1)(h) must include the ability to affect affiliation agreements.

[130] Thus, the question is whether the power to regulate affiliation agreements is "practically necessary for the accomplishment of the object intended to be secured by the statutory regime by the legislature" (*ATCO*, at paragraph 51). In paragraph 77 of *ATCO*, the Supreme Court suggested an evidentiary requirement to a finding of necessary implication. The evidence should be sufficient to conclude that the measures in the Code are "practical necessit[ies]" for the CRTC to achieve the objectives in subsections 3(1) and 5(1) through its ability to impose terms and conditions on programming services.

[131] Of this, there is ample. The dialogue between the CRTC, BDUs and PUs began in 2013, when a multi-year consultation (*Lets Talk TV* [(19 March 2015), Broadcasting Regulatory Policy CRTC 2015-96]) was launched. At the conclusion of the process the CRTC observed [at paragraphs 84 and 86]:

de fait nécessaires à la réalisation de l'objectif du régime législatif [...]

[128] En dépit de ces larges formules de principe, le droit est bien fixé : la doctrine de la déduction nécessaire ne peut servir que lorsqu'elle est conforme à l'intention du législateur. Cette doctrine ne peut jouer lorsque le pouvoir est utile, bénéfique ou « agréable à avoir »; au contraire, elle ne peut jouer que si la Cour conclut, en se fondant sur les dispositions de la loi qui constituent la source de la compétence, qu'il s'agit d'un pouvoir que le législateur a voulu conférer au CRTC. Je conclus qu'à la lecture de la *Loi sur la radiodiffusion*, en conformité avec le principe directeur, le législateur avait pour intention que l'alinéa 9(1)h vise, directement et accessoirement, les intérêts des EP.

[129] Le législateur a déclaré que l'objet de l'alinéa 9(1)h est de permettre au CRTC de remplir sa mission en application du paragraphe 5(1). Puisque les modalités et conditions des ententes d'affiliation dictent directement les modalités selon lesquelles les services de programmation sont offerts aux clients, par déduction nécessaire, l'alinéa 9(1)h doit inclure la possibilité d'influencer les ententes d'affiliation.

[130] Ainsi, la question est de savoir si le pouvoir de réglementer des ententes d'affiliation est « de fait nécessaire à la réalisation de l'objectif du régime législatif » (*ATCO*, au paragraphe 51). Au paragraphe 77 de l'arrêt *ATCO*, la Cour suprême a avancé des exigences en matière de preuve relativement à une conclusion de déduction nécessaire. Les éléments de preuve doivent être suffisants pour conclure que les mesures prévues dans le Code ont une « nécessité pratique » permettant ainsi au CRTC d'atteindre les objectifs consacrés par les paragraphes 3(1) et 5(1) par sa capacité d'imposer des modalités et conditions aux services de programmation.

[131] Ces éléments de preuve sont assez nombreux. Le dialogue entre le CRTC, les EDR et le EP a commencé en 2013, lorsqu'une consultation sur plusieurs années (*Parlons télé* [(19 mars 2015), Politique réglementaire de radiodiffusion CRTC 2015-96]) a été lancée. À l'issue de ce processus, le CRTC a fait remarquer ce qui suit [aux paragraphes 84 et 86] :

... vertically integrated entities have insisted on provisions in affiliation agreements that preclude a BDU from being able to offer programming services on an individual basis or in small packages. ... contract renewals with such entities have included restrictive packaging and pricing demands. ...

...

As a result, changes to the [2011] Wholesale Code are required to ensure that affiliation agreements cannot be used to insulate services from choice and flexibility within the retail market. Changes to the [2011] Wholesale Code are also required to ensure that all services, including independent services, are discoverable and able to make their programming available on fair terms, thus fostering greater diversity within the system and ultimately greater choice for Canadians.

[132] Limiting paragraph 9(1)(h) to BDUs or, hermetically sealing it such that the exercise of that power could have no consequence on PUs would trigger the well-established category of absurdity or of frustrating Parliament's purpose (Sullivan, at pages 288, 320). It would defeat the purpose of ensuring the broadcasting industry is regulated according to the policies set out in subsection 3(1) and by a single regulator (*Genex Communications v. Canada (Attorney General)*, 2005 FCA 283, [2006] 2 F.C.R. 199, at paragraph 72). The CRTC could not effectively impose broadcasting policy on the distribution of programming services without regulating affiliation agreements, either through a mechanism like the 2015 Wholesale Code or through conditions of licence. The jurisdiction therefore necessarily extends to both participants in the carriage relationship because there must always be a PU which generates the content of "programming services".

D. *Does the Code conflict, in operation or purpose, with the Copyright Act?*

[133] Bell asserts a dual violation of the *Copyright Act*. It contends that the Code precipitates an operational conflict with paragraph 3(1)(f) and subsection 13(4) of the

[...] des entités verticalement intégrées insistent pour ajouter aux ententes d'affiliation des clauses empêchant les EDR d'offrir des services de programmation à titre individuel ou en petits forfaits [...] [I]es récents renouvellements de contrat avec de telles entités comprennent des exigences de prix et d'assemblage restrictives [...]

[...]

Ainsi, il est nécessaire de modifier le Code [de 2011] pour s'assurer que les ententes d'affiliation ne puissent pas être utilisées de manière à isoler des services contre la mise en place d'un plus grand choix et d'une plus grande souplesse dans le marché de détail. Des modifications au Code [de 2011] sont également nécessaires afin de s'assurer que tous les services, y compris les services indépendants, sont découvrables et peuvent rendre leur programmation disponible selon de justes modalités, encourageant ainsi la diversité au sein du système et, au final, un plus grand choix pour les Canadiens.

[132] Restreindre l'application de l'alinéa 9(1)(h) aux EDR ou le sceller hermétiquement de telle sorte que l'exercice de ce pouvoir n'aurait aucune conséquence sur les EP ferait jouer la catégorie bien établie de l'absurdité ou celle de l'entrave à l'objectif du législateur (Sullivan, aux pages 288 et 320). Il serait contraire à l'objet de s'assurer que l'industrie de la radiodiffusion est régie selon les règles énoncées au paragraphe 3(1) et par un seul organisme de réglementation (*Genex Communications Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 283, [2006] 2 R.C.F. 199, au paragraphe 72). Le CRTC n'a pas pu imposer efficacement la politique de la radiodiffusion sur la distribution de services de programmation sans réglementer les ententes d'affiliation, soit par le truchement d'un mécanisme comme le Code sur la vente en gros, soit par le truchement de conditions de licence. La compétence vise donc nécessairement les deux participants à la relation en ce qui concerne la prestation des services de programmation parce qu'il doit toujours y avoir une EP qui génère le contenu des « services de programmation ».

D. *Le Code est-il contraire à l'application ou à l'objectif de la Loi sur le droit d'auteur?*

[133] Bell soutient qu'il y a double conflit avec la *Loi sur le droit d'auteur*. Elle soutient que le Code donne lieu à un conflit avec l'alinéa 3(1)(f) et le paragraphe 13(4) de

Copyright Act. Bell also says that the Code intrudes on its sole, unfettered rights under these provisions to telecommunicate or to authorize telecommunication of its works and to set the terms and conditions under which it will consent to the telecommunication of its works.

[134] The second arrow in Bell's quiver is that the Code conflicts with the purpose of the *Copyright Act* and the carefully balanced regime contained within by creating a new user right for BDUs that Parliament specifically withheld from subsection 31(2).

[135] To elaborate, subsection 31(2) of the *Copyright Act* limits the user right of BDUs to retransmit works without the authorization of the copyright owner only if the works are carried in local or distant (that is, over-the-air) signals. In other words, subsection 31(2) of the *Copyright Act* provides an exception to copyright infringement for a BDU to retransmit a work only if the communication is a retransmission of a local or distant signal. Thus, by creating the functional equivalent of a user right to retransmit programs carried on pay and specialty signals, the Code upsets the balance between copyright holders and users on which Parliament has settled.

[136] I turn to Bell's first argument, that of an operational conflict with respect to paragraph 3(1)(f) and subsection 13(4).

[137] An operational conflict arises where there is an impossibility of compliance between two applicable laws. Mere overlap is insufficient and, as a matter of principle, a court will seek to interpret legislation such that conflict is avoided. This flows from the imperative that legislation is to be interpreted so as to achieve consistency and coherence between laws. In consequence, operational conflicts will be rare (*Thibodeau v. Air Canada*, 2014 SCC 67, [2014] 3 S.C.R. 340, at paragraphs 92–96).

[138] Paragraph 3(1)(f) of the *Copyright Act* provides that “copyright” includes:

la *Loi sur le droit d'auteur*. Bell affirme également que le Code empiète les droits uniques et absolus, qu'elle tire de ces dispositions, de télécommuniquer ses œuvres, ou d'en autoriser la télécommunication, et de définir les modalités et conditions aux termes desquelles elle consentit à la télécommunication de ses œuvres.

[134] La deuxième corde à l'arc de Bell est que le Code entre en conflit avec l'objet de la *Loi sur le droit d'auteur* et le régime soigneusement équilibré qui y est consacré par la création d'un nouveau droit d'utilisateur pour les EDR que le législateur a expressément supprimé du paragraphe 31(2).

[135] Plus précisément, le paragraphe 31(2) de la *Loi sur le droit d'auteur* ne limite le droit d'utilisateur qui permet aux EDR de retransmettre des œuvres sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur que si les œuvres sont portées par des signaux locaux ou éloignés (c'est-à-dire, en direct). En d'autres termes, le paragraphe 31(2) de la *Loi sur le droit d'auteur* ne prévoit une exception à la violation du droit d'auteur lors de la retransmission par une EDR d'une œuvre que si la communication consiste en la retransmission d'un signal local ou éloigné. Ainsi, en créant l'équivalent fonctionnel d'un droit d'utilisateur de retransmettre des émissions diffusées sur des signaux de télévision payante et spécialisée, le Code rompt l'équilibre que le législateur a établi entre les titulaires de droits d'auteur et les utilisateurs.

[136] Je me pencherai sur le premier moyen de Bell, soit celui portant sur le conflit avec l'alinéa 3(1)f) et le paragraphe 13(4).

[137] Il y a conflit lorsqu'est impossible l'observation de deux lois applicables. Un simple chevauchement est insuffisant et, en principe, le juge s'efforce d'interpréter les lois de manière à ce que le conflit soit évité. Cela découle de l'impératif voulant que la législation soit interprétée de façon à assurer l'uniformité et la cohérence des lois. En conséquence, les conflits sont rares (*Thibodeau c. Air Canada*, 2014 CSC 67, [2014] 3 R.C.S. 340, aux paragraphes 92 à 96).

[138] L'alinéa 3(1)f) de la *Loi sur le droit d'auteur* dispose que le « droit d'auteur » comprend :

Copyright in works

3 (1) For the purposes of this Act, *copyright*, in relation to a work, means the sole right to produce or reproduce the work or any substantial part thereof in any material form whatever, to perform the work or any substantial part thereof in public or, if the work is unpublished, to publish the work or any substantial part thereof, and includes the sole right

...

(f) in the case of any literary, dramatic, musical or artistic work, to communicate the work to the public by telecommunication,

...

and to authorize any such acts.

[139] Subsection 13(4) of the *Copyright Act* provides further rights to the copyright holder:

13 (1) ...**Assignment and licences**

(4) The owner of the copyright in any work may assign the right, either wholly or partially, and either generally or subject to limitations relating to territory, medium or sector of the market or other limitations relating to the scope of the assignment, and either for the whole term of the copyright or for any other part thereof, and may grant any interest in the right by licence, but no assignment or grant is valid unless it is in writing signed by the owner of the right in respect of which the assignment or grant is made, or by the owner's duly authorized agent.

[140] Bell contends that through paragraph 3(1)(f) and subsection 13(4) of the *Copyright Act*, Parliament gave to it, as the owner of copyright in its programs, exclusive rights which the Code fetters or negates. Bell states this gives rise to an operational conflict because the CRTC has “set itself up as the ultimate arbitrator of the price and commercial terms of carriage” which means that Bell, as a PU, is unable to exercise its “sole right” to telecommunicate or to authorize telecommunication of its works and to license the use of its works with limitations, including rates, as it sees fit—rights provided to Bell as a copyright holder under paragraph 3(1)(f) and subsection 13(4).

Droit d’auteur sur l’œuvre

3 (1) Le droit d’auteur sur l’œuvre comporte le droit exclusif de produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l’œuvre, sous une forme matérielle quelconque, d’en exécuter ou d’en représenter la totalité ou une partie importante en public et, si l’œuvre n’est pas publiée, d’en publier la totalité ou une partie importante; ce droit comporte, en outre, le droit exclusif :

[...]

f) de communiquer au public, par télécommunication, une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique;

[...]

Est inclus dans la présente définition le droit exclusif d’autoriser ces actes.

[139] Le paragraphe 13(4) de la *Loi sur le droit d’auteur* confère d’autres droits au titulaire du droit d’auteur :

13 (1) [...]**Cession et licences**

(4) Le titulaire du droit d’auteur sur une œuvre peut céder ce droit, en totalité ou en partie, d’une façon générale ou avec des restrictions relatives au territoire, au support matériel, au secteur du marché ou à la portée de la cession, pour la durée complète ou partielle de la protection; il peut également concéder, par une licence, un intérêt quelconque dans ce droit; mais la cession ou la concession n’est valable que si elle est rédigée par écrit et signée par le titulaire du droit qui en fait l’objet, ou par son agent dûment autorisé.

[140] Bell soutient que, avec l’alinéa 3(1)f) et au paragraphe 13(4) de la *Loi sur le droit d’auteur*, le législateur lui a donné, à titre de titulaire de droit d’auteur dans ses émissions, des droits exclusifs que le Code limite ou nie. Bell affirme que cela donne lieu à un conflit parce que le CRTC [TRADUCTION] « s’est posé en arbitre de dernier recours quant au prix et aux conditions commerciales de la fourniture de services de programmation », ce qui signifie que Bell, en tant qu’EP, n’est pas en mesure d’exercer son « droit exclusif » de télécommuniquer ses œuvres, ou d’en autoriser la télécommunication, et d’octroyer sous licence le droit d’utiliser ses œuvres avec des restrictions, y compris ses tarifs, comme elle

[141] Bell also points to paragraph 3(1)(f) and subsection 13(4) of the *Copyright Act* to argue that the Code, in restricting the commercial terms and prohibitions permitted in affiliation agreements and requiring that others be included, fetters, binds or derogates from the copyright holder's "sole right" to authorize the use of its work and to set the terms and conditions of any assignment or licence for its use.

[142] Bell puts considerable emphasis on the loss of control it has over the price it receives for the use of its works. It claims that the dispute resolution mechanism by which the CRTC sets the rate Bell receives for the use of its copyright conflicts with its exclusive right as the owner. This argument depends on the accuracy of Bell's characterization of the dispute resolution mechanism contained in the Code and whether it in fact trenches on the clear right of the owner to set the terms and conditions, including price, of use.

[143] While Bell is correct that the 2015 Wholesale Code has a direct impact on the content and terms of affiliation agreements, Bell's understanding of the Code and of the dispute resolution mechanism is incorrect. The Code does not allow the CRTC to set the specific rates and *specific terms* of affiliation agreements contrary to the wishes of a PU. While demanding "an unreasonable rate" is a commercially unreasonable practice under paragraph 5(a), the only *terms* the 2015 Wholesale Code *requires* in affiliation agreements are: (i) that BDUs provide comparable marketing support to programming services as is given to similar or related services (section 10); and (ii) that related PUs and BDUs offer independent programming services and other BDUs "reasonable terms based on fair market value" in relation to multiplatform distribution rights (sections 11 and 12).

l'entend — des droits dont dispose Bell en tant que titulaire de droit d'auteur aux termes de l'alinéa 3(1)f) et du paragraphe 13(4).

[141] Bell s'appuie également sur l'alinéa 3(1)f) et sur le paragraphe 13(4) de la *Loi sur le droit d'auteur* pour soutenir que le Code, en restreignant les modalités commerciales et les interdictions autorisées aux termes d'ententes d'affiliation et en exigeant que d'autres modalités soient incluses, limite le « droit exclusif » du titulaire du droit d'auteur d'autoriser l'utilisation de ses œuvres et de définir les modalités et conditions de toute cession ou licence d'utilisation, ou nie ce droit ou y déroge.

[142] Bell insiste beaucoup sur sa perte de contrôle quant au prix qu'elle reçoit pour l'utilisation de ses œuvres. Elle soutient que le mécanisme de règlement des différends par lequel le CRTC fixe le taux que Bell reçoit pour l'utilisation de ses droits d'auteur est en conflit avec le droit exclusif dont elle dispose à titre de titulaire. Cette thèse dépend de la validité de la qualification par Bell du mécanisme de règlement des différends prévu dans le Code et de la question de savoir s'il empiète en réalité sur le droit indéniable du titulaire de fixer les modalités et conditions d'utilisation et d'en établir le prix.

[143] Bien que Bell affirme à juste titre que le Code sur la vente en gros de 2015 a une incidence directe sur la teneur et les modalités des ententes d'affiliation, sa lecture du Code et de son mécanisme de règlement des différends n'est pas fondée. Le Code ne permet pas au CRTC de fixer les taux particuliers et les *conditions précises* des ententes d'affiliation contrairement aux vœux d'une EP. Bien qu'exiger « un taux déraisonnable » constitue une pratique déraisonnable sur le plan commercial aux termes de l'alinéa 5a), les seules *modalités* que le Code sur la vente en gros de 2015 *exige* dans les ententes d'affiliation sont les suivantes : (i) que les EDR offrent un soutien en matière de commercialisation qui soit comparable à celui qu'elle accorde à d'autres services semblables ou qui lui sont liés (article 10); et (ii) que les EDR et les EP connexes offrent aux services de programmation indépendants et à d'autres EDR « des modalités d'accès raisonnables fondées sur la juste valeur marchande » pour les droits de distribution multiplateformes (articles 11 et 12).

[144] Further, the only time the CRTC establishes a *specific rate* is when it chooses one of the parties' final offers in accordance with the dispute resolution procedure set out in the *Broadcasting Distribution Regulations*. This arises, however, only after *both* of the parties have agreed to renew an agreement, but cannot agree on price. Section 13 of the Code provides:

13. If a BDU has not renewed an affiliation agreement to which it is a party with a programming service by 120 days preceding the expiry date of the agreement and if **both parties have** confirmed in writing **their** intention to renew the agreement, the parties shall refer the matter to the Commission for dispute resolution under sections 12 to 15 of the *Broadcasting Distribution Regulations*. [Emphasis added.]

[145] Moreover, choosing a specific rate only arises after the parties have been unsuccessful in non-binding staff-assisted mediation (*Broadcasting Distribution Regulations*, subsection 12(4), section 15) and after the CRTC has ensured that the parties have submitted comparable offers ([*Practices and procedures for staff-assisted mediation, final offer arbitration and expedited hearing* (28 November 2013)] *Broadcasting and Telecom Information Bulletin CRTC 2013-637* (Ottawa: CRTC, 2013), at paragraphs 12–26).

[146] Accordingly, the 2015 Wholesale Code does not permit the CRTC to fix the price nor does it authorize a BDU to retransmit a program *without the consent of a PU*. While the terms of the affiliation agreement are circumscribed by the 2015 Wholesale Code, the PU must still consent to enter into an agreement with a BDU or consent to renew an existing agreement that authorizes the telecommunication of the content.

[147] To conclude, some provisions of the Wholesale Code constrain how the copyright holder may exercise its copyright by limiting some of the terms and conditions it is allowed to include in the affiliation agreement. This does not violate paragraph 3(1)(f) or subsection 13(4). The Code preserves the copyright holder's right to

[144] De plus, le seul moment où le CRTC établit un *taux particulier* est lorsqu'il choisit l'une des offres finales des parties conformément à la procédure de règlement des différends énoncée dans le *Règlement sur la distribution de radiodiffusion*. Il en est cependant ainsi qu'après que les *deux* parties ont convenu de renouveler un contrat, mais qu'elles ne peuvent s'entendre sur le prix. L'article 13 du Code dispose :

13. Si une EDR n'a pas renouvelé une entente d'affiliation dont elle est une partie avec un service de programmation 120 jours avant la date d'expiration de cette entente, et si l'autre partie au contrat a confirmé par écrit son intention de renouveler l'entente, les parties doivent renvoyer l'affaire au Conseil et se soumettre au processus de règlement des différends en vertu des articles 12 à 15 du *Règlement sur la distribution de radiodiffusion*. [Non souligné dans l'original.]

[145] En outre, le choix d'un taux particulier se pose seulement lorsque les parties n'ont pu s'entendre au terme d'une médiation assistée par le personnel à caractère non contraignant (*Règlement sur la distribution de radiodiffusion*, paragraphe 12(4), article 15) et après que le CRTC s'est assuré que les parties ont présenté des offres comparables ([*Pratiques et procédures concernant la médiation assistée par le personnel, l'arbitrage de l'offre finale et les audiences accélérées* (28 novembre 2013)] *Bulletin de radiodiffusion et de télécommunication CRTC 2013-637* (Ottawa : CRTC, 2013), aux paragraphes 12 à 26).

[146] En conséquence, le Code sur la vente en gros de 2015 ne permet pas au CRTC de fixer le prix et n'autorise pas une EDR à retransmettre une émission *sans le consentement d'une EP*. Bien que les modalités de l'entente d'affiliation soient circonscrites par le Code sur la vente en gros de 2015, l'EP doit encore consentir à conclure une entente avec une EDR ou consentir à renouveler une entente existante qui autorise la télécommunication du contenu.

[147] Pour conclure, certaines dispositions du Code sur la vente en gros restreignent la manière dont le titulaire du droit d'auteur peut exercer son droit d'auteur en limitant certaines des modalités et conditions que le titulaire est autorisé à inclure dans l'entente d'affiliation. Cela n'est pas contraire à l'alinéa 3(1)f) ou au

choose *whether* to communicate its work or not. The PU is free to reject the terms offered at any time. The PU is not compelled to enter into an affiliation agreement and retains control over how and when its works will be used. Bell retains its right to exclude anyone from using its works if it chooses to do so. Thus, adherence to both the Code and the *Copyright Act* is possible, and there is, therefore, no operational conflict between the Code and paragraph 3(1)(f) or subsection 13(4) of the *Copyright Act*.

[148] In broad terms, Bell's argument proceeds from a misconception of the nature of copyright protection. Intellectual property rights exclude or prevent others from copying artistic creation or, in the case of patents, practicing an invention. The holder of a copyright or owner of a patent is not immune or exempt from laws of general application. While they enjoy the benefit of market exclusivity, they must nevertheless abide the rules governing the particular market in which they have chosen to participate.

[149] Support for this, if more is needed, can be found in *Canadian Artists' Representation v. National Gallery of Canada*, 2014 SCC 42, [2014] 2 S.C.R. 197, at paragraph 23. There the Court considered whether the *Status of the Artist Act*, S.C. 1992, c. 33, which permitted collective bargaining by artists for a minimum fee, conflicted with the *Copyright Act*. The Court concluded that establishing a minimum fee for the use of copyright did not affect the rights conferred on copyright holders under section 3 of the *Copyright Act*, as the decision of whether or not to allow the use of an artistic work remained with the copyright holder.

[150] The rights granted under the *Copyright Act*, in paragraph 3(1)(f) and subsection 13(4) are not unequivocal. They may be conditioned by other legislation with which the copyright intersects. Just as a patent owner has the right to exclude others from practicing the invention, patent owners are nonetheless governed by all other relevant laws (*Harvard College v. Canada (Commissioner*

paragraphe 13(4). Le Code préserve le droit du titulaire du droit d'auteur de choisir *s'il* doit communiquer ses œuvres ou non. L'EP est libre de rejeter les modalités offertes en tout temps. L'EP n'est pas tenue de conclure une entente d'affiliation et conserve le contrôle de la façon dont ses œuvres seront utilisées et à quel moment. Bell se réserve le droit d'empêcher toute personne d'utiliser ses œuvres si elle choisit de le faire. Ainsi, l'adhésion tant au Code qu'à la *Loi sur le droit d'auteur* est possible, et par conséquent, il n'y a aucun conflit entre le Code et l'alinéa 3(1)(f) ou le paragraphe 13(4) de la *Loi sur le droit d'auteur*.

[148] En termes généraux, la thèse de Bell procède d'une conception erronée de la nature de la protection du droit d'auteur. Les droits de propriété intellectuelle empêchent autrui de copier la création artistique ou, dans le cas de brevets, de réaliser une invention. Le titulaire d'un droit d'auteur ou le titulaire d'un brevet n'est pas exempté des lois d'application générale. Bien que tous deux bénéficient de l'exclusivité du marché, ils doivent néanmoins respecter les règles régissant le marché particulier auquel ils ont choisi de prendre part.

[149] Au besoin, on peut aussi invoquer la doctrine de l'arrêt *Front des artistes canadiens c. Musée des beaux-arts du Canada*, 2014 CSC 42, [2014] 2 R.C.S. 197, au paragraphe 23, qui va dans ce sens. La Cour a examiné la question de savoir si la *Loi sur le statut de l'artiste*, L.C. 1992, ch. 33, qui permettait à des artistes de procéder à une négociation collective pour un tarif minimum, était en conflit avec la *Loi sur le droit d'auteur*. La Cour a conclu que l'établissement d'un tarif minimum aux fins d'utilisation du droit d'auteur n'a aucune incidence sur les droits conférés aux titulaires de droit d'auteur aux termes de l'article 3 de la *Loi sur le droit d'auteur*, puisque la décision d'autoriser ou non l'utilisation d'une œuvre artistique incombe au titulaire du droit d'auteur.

[150] Les droits accordés par la *Loi sur le droit d'auteur* à l'alinéa 3(1)(f) et au paragraphe 13(4) ne sont pas sans équivoque. Ils peuvent être conditionnés par d'autres lois avec lesquelles le droit d'auteur a des liens. Tout comme le titulaire du brevet a le droit d'empêcher autrui de réaliser une invention, il est néanmoins régi par toutes les autres lois pertinentes (*Harvard College*

of *Patents*), 2002 SCC 76, [2002] 4 S.C.R. 45, at paragraph 64). The price at which patented pharmaceuticals are sold is regulated (see, for example, the Patented Medicine Prices Review Board, established under the *Patent Act* (R.S.C., 1985, c. P-4), sections 78–103). Another example of a limitation on intellectual property rights is found in section 32 of the *Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34. It is not a defence to an allegation of anti-competitive conduct to assert that one is simply exercising an intellectual property right. The “sole right” of use (*Copyright Act*, subsection 3(1)) does not confer an immunity from other legislation.

[151] Bell also argues that a purpose conflict arises.

[152] A purpose conflict arises where, while it is possible to comply with the letter of both provisions, “applying one provision would frustrate the *purpose* intended by Parliament in another” [emphasis in original] (*Cogeco*, at paragraph 44). As the Supreme Court in *Cogeco*, stated at paragraph 45, “the CRTC may not choose means ... which would be incompatible with the purposes of [the *Copyright Act*]”.

[153] It is well-established that the purpose of the *Copyright Act* is to provide a “balance between promoting the public interest in the encouragement and dissemination of works of the arts and intellect and obtaining a just reward for the creator” (*Théberge v. Galerie d’Art du Petit Champlain inc.*, 2002 SCC 34, [2002] 2 S.C.R. 336, at paragraph 30).

[154] To achieve this goal, the *Copyright Act* creates a statutory monopoly which prevents the exploitation of work in specified ways without the copyright holder’s consent. As noted above, paragraph 3(1)(f) recognizes the sole right to authorize the use of its work, and includes the sole right to exploit the full value of the work.

c. Canada (Commissaire aux brevets), 2002 CSC 76, [2002] 4 R.C.S. 45, au paragraphe 64). Le prix auquel les produits pharmaceutiques brevetés sont vendus est réglementé (voir, par exemple, le Conseil d’examen du prix des médicaments brevetés, établi en vertu de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4), articles 78 à 103). Un autre exemple d’une limitation des droits de propriété intellectuelle se trouve à l’article 32 de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34. Affirmer que l’on exerce simplement un droit de propriété intellectuelle ne constitue pas un moyen de défense à une allégation de conduite anticoncurrentielle. Le « droit exclusif » d’utilisation (*Loi sur le droit d’auteur*, paragraphe 3(1)) ne confère pas l’immunité contre les autres lois.

[151] Bell a également fait valoir qu’il existe une incompatibilité téléologique.

[152] Il y a incompatibilité téléologique lorsque, même s’il est possible de se conformer à la lettre des deux lois, « l’application d’une disposition s’opposerait à l’objet qu’entend réaliser le Parlement dans une autre » [italique dans l’original] (*Cogeco*, au paragraphe 44). Comme l’a affirmé la Cour suprême dans l’arrêt *Cogeco*, au paragraphe 45, « le CRTC ne peut choisir des moyens [...] qui seraient incompatibles avec l’objet de [la *Loi sur le droit d’auteur*] ».

[153] Le droit est bien fixé : l’objet de la *Loi sur le droit d’auteur* est d’établir « un équilibre entre, d’une part, la promotion, dans l’intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles et, d’autre part, l’obtention d’une juste récompense pour le créateur » (*Théberge c. Galerie d’Art du Petit Champlain inc.*, 2002 CSC 34, [2002] 2 R.C.S. 336, au paragraphe 30).

[154] Pour atteindre cet objectif, la *Loi sur le droit d’auteur* crée un monopole légal qui interdit à quiconque d’exploiter l’œuvre de certaines façons précises sans le consentement du titulaire du droit d’auteur. Tel que nous l’avons mentionné précédemment, l’alinéa 3(1)f reconnaît le droit exclusif d’autoriser l’utilisation de son œuvre, et comprend le droit exclusif d’exploiter la totalité de la valeur de l’œuvre.

[155] Bell argues that the Code creates a functional equivalent of a user right for BDUs to retransmit programs in pay and specialty signals, and that this frustrates Parliament's purpose in creating a carefully balanced copyright regime. It draws a parallel to *Cogeco*. There, it will be recalled, the CRTC sought to give broadcasters (that is, programming undertakings) the right to prohibit the retransmission of work carried in any signal, a right that was deliberately withheld from section 21 of the *Copyright Act*. Analogous to *Cogeco*, Bell submits the Code creates a user right deliberately withheld from subsection 31(2) of the *Copyright Act*.

[156] I disagree. A corollary to the conclusion above that PUs must consent to the use of its work and the terms and conditions of the affiliate agreement is that the Code does not confer on BDUs a user right to retransmit programs in pay and specialty signals. The consensual nature of this mechanism makes it difficult to characterize the Code as “effectively overturn[ing]” a copyright holder's “sole right” to determine the terms under which it will sell or license the use of its work. Nor can a copyright holder be dragged into arbitration without consent under the Code. Therefore, no user right deliberately withheld from the *Copyright Act* in subsection 31(2) is created by the Code.

[157] I also accept the argument of the respondents that the Code does not upset the balance of rights of copyright holders and rights of users or frustrate Parliament's purpose. The Code does not purport to regulate, directly or indirectly, copyright interests of the PUs. Rather, the Code establishes minimum terms and conditions governing the affiliation agreements, which only exist where a PU has decided that it wishes to license the use of its copyright. It preserves the right of a PU to refuse the telecommunication of their copyright protected programs without their consent.

[155] Bell fait valoir que le Code crée l'équivalent fonctionnel d'un droit d'utilisateur permettant aux EDR de retransmettre des émissions sur des signaux de télévision payante et spécialisée, et que cela fait obstacle à l'objectif du législateur de créer un régime de droit d'auteur soigneusement équilibré. Elle établit un parallèle avec l'affaire *Cogeco*. Dans cette affaire, on se souviendra que le CRTC cherchait à donner aux radiodiffuseurs (soit, les entreprises de programmation) le droit d'interdire la retransmission des œuvres portées par n'importe quel signal, un droit qui a été délibérément supprimé de l'article 21 de la *Loi sur le droit d'auteur*. Comme en ce qui concerne l'affaire *Cogeco*, Bell soutient que le Code crée un droit d'utilisateur qui a été délibérément supprimé du paragraphe 31(2) de la *Loi sur le droit d'auteur*.

[156] Je rejette cette thèse. Un corollaire à la conclusion ci-dessus selon laquelle les EP doivent consentir à l'utilisation de leurs œuvres et aux modalités et conditions de l'entente d'affiliation est que le Code ne confère pas aux EDR un droit en tant qu'utilisateur de retransmettre des émissions sur les signaux de télévision payante et spécialisée. Vu le caractère consensuel de ce mécanisme, il est difficile de dire que le Code « réduit[t] concrètement à néant » le « droit exclusif » du titulaire de droit d'auteur de décider des conditions dans lesquelles il vendra l'utilisation de ses œuvres ou en accordera une licence. Et le titulaire de droit d'auteur ne peut pas non plus, en vertu du Code, être entraîné dans un arbitrage sans son consentement. Par conséquent, aucun droit d'utilisateur délibérément supprimé du paragraphe 31(2) de la *Loi sur le droit d'auteur* n'est créé par le Code.

[157] Je retiens également la thèse des intimées portant que le Code ne rompt pas l'équilibre entre les droits des titulaires de droit d'auteur et les droits des utilisateurs ni ne fait obstacle à l'objectif du législateur. Le Code n'a pas pour objet de réglementer, directement ou indirectement, les intérêts des EP en matière de droits d'auteur. Le Code établit plutôt les modalités et conditions minimales qui régissent les ententes d'affiliation, qui n'existent que lorsqu'une EP décide d'autoriser l'utilisation sous licence de ses droits d'auteur. Il préserve le droit d'une EP de refuser la télécommunication de ses émissions protégées par droit d'auteur sans son consentement.

E. *Is Bell barred from a judicial review remedy by reason of its conduct?*

[158] Blue Ant Media contends that Bell’s appeal should be dismissed on the basis that, by virtue of its conduct, it is estopped from seeking equitable relief. It relies on the principle that:

It is settled law that estoppel cannot confer jurisdiction. However, there is a complementary principle that: “no one has a right so to conduct himself before a tribunal as if he accepted its jurisdiction, and then afterwards, when he finds that it has decided against him, to turn around and say, ‘You have no jurisdiction.’ You ought not to lead a tribunal to exercise jurisdiction wrongfully.” This is known as the rule in *Ex parte Pratt*. [Footnotes omitted.]

(Blue Ant Media’s memorandum of fact and law, at paragraph 86.)

[159] The facts that trigger the application of this principle are said to lie in two events.

[160] First, in seeking the CRTC’s approval of its acquisition of Astral in 2013, Bell accepted, as a condition of licence, the obligations of the predecessor 2011 Wholesale Code. In approving Bell’s acquisition the Commission noted that “but for these safeguards, it would not have been persuaded that the present transaction is in the public interest, and would not have approved it” ([*Astral Media inc. and its licensed subsidiaries*], Broadcasting Decision CRTC 2013-310 [at paragraph 28] (Ottawa: CRTC, 2013)). Blue Ant Media also points to the fact that Bell voluntarily accepted the imposition of the 2015 Wholesale Code as a condition of licence for several BDUs without raising any jurisdictional objection.

[161] In light of the disposition of the appeal, this argument need not be addressed. There is no remedy which Bell should be denied on discretionary grounds. I will, nevertheless, observe that Bell’s conduct did not “lead” the CRTC to do anything. The CRTC assumed in both circumstances, that it had the authority to impose the requirements that it did. Nor, in acquiescing to that authority, did Bell waive or relinquish any right it had to

E. *Vu la conduite de Bell emporte-t-elle déchéance du recours en contrôle judiciaire?*

[158] Blue Ant Media soutient que l’appel de Bell doit être rejeté au motif qu’il y a déchéance de solliciter une mesure reconnue en *equity*, en raison de sa conduite. Elle s’appuie sur le principe suivant :

Il est bien établi que la théorie de la préclusion ne peut conférer une compétence. Toutefois, il existe un principe complémentaire selon lequel « personne n’a le droit de se comporter devant un tribunal comme s’il reconnaissait sa compétence, pour ensuite dire ‘vous n’avez pas compétence’ parce que la décision rendue par le tribunal est défavorable à son endroit. Il ne faut pas amener un tribunal à exercer sa compétence de manière injustifiée. » Ce principe a été énoncé dans *Ex parte Pratt*. [Revois omis.]

(Mémoire des faits et du droit de Blue Ant Media, au paragraphe 86.)

[159] Les faits qui font jouer ce principe se sont déroulés en deux temps.

[160] D’abord, en demandant au CRTC d’approuver l’acquisition d’Astral en 2013, Bell a accepté, comme condition de licence, les obligations de l’ancien Code sur la vente en gros de 2011. En approuvant l’acquisition faite par Bell, le Conseil a souligné « qu’en l’absence de ces mesures [les conditions d’approbation], il n’aurait pas été convaincu que la présente transaction soit dans l’intérêt public et qu’il ne l’aurait donc pas approuvée » ([*Astral Media inc. et ses filiales autorisée*], Décision de radiodiffusion CRTC 2013-310 [au paragraphe 28] (Ottawa : CRTC, 2013)). Blue Ant Media souligne également le fait que Bell a volontairement accepté l’imposition du Code sur la vente en gros de 2015 comme une condition de licence pour plusieurs EDR sans soulever aucune objection en matière de compétence.

[161] Étant donné l’issue de l’appel, il n’est pas nécessaire d’examiner ce moyen. Il n’y a aucun recours qu’il y aurait lieu de refuser à Bell pour des motifs d’ordre discrétionnaire. Néanmoins, je soulignerai que la conduite de Bell n’a pas « amené » le CRTC à faire quoi que ce soit. Le CRTC a supposé, dans les deux cas, qu’il avait compétence pour imposer les conditions qu’il a imposées. De plus, en acquiesçant à cette compétence, Bell

advance arguments in the future to the CRTC's jurisdiction. Jurisdiction cannot arise from waiver or acquiescence. Further, given the nature of the issues raised by Bell and their consequences across a spectrum of industry and public interests, certainty and predictability of the CRTC's jurisdiction are important counter-veiling considerations. Had Bell succeeded, I would not have denied it the relief it sought on this basis.

[162] For the foregoing reasons, I find that the Order was within the authority of the CRTC under paragraph 9(1)(h) of the *Broadcasting Act* and that it does not conflict with the *Copyright Act*, either by operation or in purpose.

V. Conclusion

[163] I would dismiss the appeal, with costs.

The following are the reasons for order rendered in English by

[164] WOODS J.A.: I agree with the reasons of my colleague, Justice Rennie, with the exception of his finding that the CRTC reasonably concluded that paragraph 9(1)(h) of the *Broadcasting Act* enables the CRTC to issue the 2015 Wholesale Code and the Order.

[165] By way of background, the Order was issued under paragraph 9(1)(h) to enable the CRTC to enforce parts of the 2015 Wholesale Code. This includes regulating the terms and conditions of carriage of programming services. The 2015 Wholesale Code was not issued pursuant to paragraph 9(1)(h) and is not itself an enforceable instrument.

[166] Accordingly, the issue to be decided is whether the CRTC reasonably concluded that it has the power under paragraph 9(1)(h) to issue the Order, and by implication the power to enforce the 2015 Wholesale Code

n'a pas renoncé à quelque droit que ce soit de faire valoir des moyens dans le futur concernant la compétence du CRTC. La compétence ne peut découler d'une renonciation ou d'un acquiescement. En outre, étant donné la nature des questions soulevées par Bell et leurs conséquences sur les intérêts du public et de l'industrie, la certitude et la prévisibilité de la compétence du CRTC constituent des considérations importantes faisant contrepoids. Si l'appel de Bell avait été accueilli, je n'aurais pas refusé la mesure qu'elle demandait pour ce motif.

[162] Pour les motifs qui précèdent, j'estime que l'Ordonnance relevait du pouvoir du CRTC aux termes de l'alinéa 9(1)h) de la *Loi sur la radiodiffusion* et qu'elle n'entre pas en conflit avec la *Loi sur le droit d'auteur*, ni par son application, ni par son intention.

V. Conclusion

[163] Je rejetterais l'appel, avec dépens.

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par

[164] LA JUGE WOODS : J'abonde dans le sens de mon collègue, le juge Rennie, à l'exception de sa conclusion selon laquelle il était raisonnable pour le CRTC de conclure que l'alinéa 9(1)h) de la *Loi sur la radiodiffusion* habilite le CRTC à prendre le Code sur la vente en gros de 2015 et à rendre l'Ordonnance.

[165] En guise de trame de fond, l'Ordonnance a été rendue aux termes de l'alinéa 9(1)h) afin d'habiliter le CRTC à mettre en application des parties du Code sur la vente en gros de 2015, notamment à régir les modalités relatives à la fourniture de services de programmation. Le Code sur la vente en gros de 2015 n'a pas été pris en application de l'alinéa 9(1)h) et n'est pas en lui-même un instrument exécutoire.

[166] Par conséquent, la question à trancher est de savoir s'il était raisonnable pour le CRTC de conclure qu'il a le pouvoir aux termes de l'alinéa 9(1)h) de rendre l'Ordonnance et, par voie de conséquence, le pouvoir

to the extent that its terms are encompassed by the Order. The CRTC did not provide reasons for this conclusion.

[167] In my view, it is not reasonable to interpret paragraph 9(1)(h) as granting the CRTC a general power to regulate the terms and conditions of affiliation agreements. This interpretation goes far beyond the ordinary meaning of the language in paragraph 9(1)(h) and is not reasonably supported by a textual, contextual and purposive interpretation of the legislation.

[168] By its terms, paragraph 9(1)(h) provides the CRTC with the power to require a licensee to carry specified programming services, and if so required, it provides an additional power to mandate such terms and conditions of carriage of those services as the Commission deems appropriate. This is reflected in the French and English versions below:

Licences, etc.

9 (1) Subject to this Part, the Commission may, in furtherance of its objects,

...

(h) require any licensee who is authorized to carry on a distribution undertaking to carry, on such terms and conditions as the Commission deems appropriate, programming services specified by the Commission.

[169] The ordinary meaning of this provision does not encompass a general power to regulate the terms and conditions of carriage. Such regulation must relate to terms and conditions of programming services that the CRTC specifies and requires to be provided by a licensee.

[170] My colleague suggests that a broader meaning of paragraph 9(1)(h) is demonstrated by a contextual and purposive interpretation. The context and purpose of the legislation is important, but in my view they do not reasonably support an interpretation that the ordinary meaning of paragraph 9(1)(h) cannot bear.

[171] My colleague has applied the doctrine of necessary implication to expand the language of paragraph 9(1)(h)

de faire appliquer le Code sur la vente en gros de 2015 dans la mesure où ses modalités sont couvertes par l'Ordonnance. Le CRTC n'a pas justifié cette conclusion.

[167] À mon avis, il n'est pas raisonnable d'interpréter l'alinéa 9(1)h) comme conférant au CRTC le pouvoir général de réglementer les modalités et conditions des ententes d'affiliation. Cette interprétation va beaucoup plus loin que le sens courant du texte de l'alinéa 9(1)h) et n'est pas raisonnablement fondée sur l'interprétation textuelle, contextuelle et téléologique de la loi.

[168] Selon ce texte, l'alinéa 9(1)h) confère au CRTC le pouvoir d'obliger le titulaire de licence à offrir certains services de programmation et, si c'est nécessaire, lui confère un pouvoir additionnel de rendre obligatoires les modalités et conditions relatives à la prestation de ces services qu'il estime appropriées. Cela ressort des versions française et anglaise qui suivent :

Catégories de licences

9 (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente partie, le Conseil peut, dans l'exécution de sa mission :

[...]

h) obliger ces titulaires à offrir certains services de programmation selon les modalités qu'il précise.

[169] Vu son sens ordinaire, cette disposition n'inclut pas le pouvoir général de régir les modalités et conditions relatives à la prestation des services. Le CRTC ne peut que régir les modalités et conditions des services de programmation qu'il précise et que doivent assurer les titulaires.

[170] Mon collègue avance qu'une interprétation contextuelle et téléologique de la loi permet de donner un sens plus large à l'alinéa 9(1)h). Le contexte et le but de la loi sont importants, mais à mon avis, ils n'appuient pas une interprétation que ne peut soutenir le sens ordinaire de l'alinéa 9(1)h).

[171] Mon collègue a suivi la doctrine de la déduction nécessaire afin d'élargir la portée de l'alinéa 9(1)h) de

to include powers that are necessary to fulfill the CRTC's mandate in subsection 5(1) of the *Broadcasting Act*. However, the general objectives in subsection 5(1) are subject to other provisions of the *Broadcasting Act*. This is apparent from the emphasized words below:

Objects

5 (1) Subject to this Act and the *Radiocommunication Act* and to any directions to the Commission issued by the Governor in Council under this Act, the Commission shall regulate and supervise all aspects of the Canadian broadcasting system with a view to implementing the broadcasting policy set out in subsection 3(1) and, in so doing, shall have regard to the regulatory policy set out in subsection (2). [Emphasis added.]

[172] In my view, it is not reasonable to apply the doctrine of necessary implication in this case. The general objectives set out in subsection 5(1) are subject to the specific powers granted to the CRTC in other parts of the legislation, which include paragraph 9(1)(h).

[173] As this appeal only concerns paragraph 9(1)(h), I express no view as to whether the CRTC's objective in issuing the Order could have been achieved by some other means.

[174] For these reasons, I would conclude that the interpretation of paragraph 9(1)(h) that is reflected in the Order is unreasonable. I would allow the appeal, set aside the Order, and award one set of costs to the appellants.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[175] NADON J.A. (concurring reasons): I agree with Woods J.A. that paragraph 9(1)(h) of the *Broadcasting Act* does not allow the CRTC to enact the Order so as to give effect to the 2015 Wholesale Code.

[176] Both Rennie and Woods J.J.A., conclude that the question of whether paragraph 9(1)(h) of the

sorte que soient inclus les pouvoirs nécessaires pour que le CRTC puisse remplir sa mission, prévue au paragraphe 5(1) de la *Loi sur la radiodiffusion*. Toutefois, les objectifs généraux du paragraphe 5(1) sont assujettis à d'autres dispositions de la *Loi sur la radiodiffusion*. Cela ressort des passages soulignés suivants :

Mission

5 (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, ainsi que de la *Loi sur la radiocommunication* et des instructions qui lui sont données par le gouverneur en conseil sous le régime de la présente loi, le Conseil réglemente et surveille tous les aspects du système canadien de radiodiffusion en vue de mettre en œuvre la politique canadienne de radiodiffusion. [Non souligné dans l'original.]

[172] À mon avis, il n'est pas raisonnable de suivre la doctrine de la déduction nécessaire en l'espèce. Les objectifs généraux énoncés au paragraphe 5(1) sont assujettis aux pouvoirs précis conférés au CRTC dans d'autres parties de la loi, ce qui inclut l'alinéa 9(1)(h).

[173] Comme le présent appel concerne uniquement l'alinéa 9(1)(h), je ne me prononcerai pas sur la question de savoir si l'objectif visé par le CRTC quand il a émis l'Ordonnance aurait pu être atteint par d'autres moyens.

[174] Pour ces motifs, je conclus que l'interprétation de l'alinéa 9(1)(h) qui figure dans l'Ordonnance est déraisonnable. J'accueillerais l'appel, j'annulerais l'Ordonnance et j'accorderais aux appelants un seul mémoire de dépens.

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par

[175] LE JUGE NADON (motifs concourants) : J'abonde dans le sens de la juge Woods, à savoir que l'alinéa 9(1)(h) de la *Loi sur la radiodiffusion* n'autorise pas le CRTC à émettre l'Ordonnance de manière à donner effet au Code sur la vente en gros de 2015.

[176] Les juges Rennie et Woods ont tous deux conclu que la question de savoir si l'alinéa 9(1)(h) de la *Loi sur*

Broadcasting Act confers authority to the CRTC to issue the Order must be decided on the standard of reasonableness. In my respectful opinion, the applicable standard is correctness.

[177] At paragraph 97 of his reasons, Rennie J.A. points out that although the Supreme Court in *Cogeco* did not say in express terms what standard it was applying, it cannot be doubted that correctness was the standard applied. In the words of Rennie J.A.:

.... The exercise in which it [the Supreme Court] engaged was one of pure statutory interpretation of the text of paragraph 9(1)(h) when situated in the context of the *Broadcasting Act*. The language of reasonableness plays no role in the Court's analysis.

[178] At paragraph 98 of his reasons, Rennie J.A. makes the point, with which I agree, that the standard applicable to the question of whether paragraph 9(1)(h) confers authority on the CRTC to enact the Order should not “change simply because, as a matter of procedure, it arose in the former case as a reference and in the present case as an appeal”. How is it that the issue now before us, identical in substance to the issue in *Cogeco*, stands to be decided on a different standard of review because it comes to the Court by way of a different process? That, in my respectful opinion, cannot be. Consequently, unless I am misreading *Cogeco*, the standard applied by the Supreme Court in that case is binding upon us and is therefore the standard that should be applied in the present matter (see also *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), at paragraph 62).

[179] Were it not for *Cogeco*, I concede that I would be bound to conclude, for the reasons given by Rennie J.A., that the reasonableness standard is applicable. However, were it open to me, I would gladly follow the dissenting judgment of Côté J. in *West Fraser Mills Ltd. v. British Columbia (Workers' Compensation Appeal Tribunal)*, 2018 SCC 22, [2018] 1 S.C.R. 635, [2018] 6 W.W.R. 211 (*West Fraser Mills*).

la radiodiffusion confère au CRTC le pouvoir de rendre l'Ordonnance devant être tranchée selon la norme de la décision raisonnable. À mon humble avis, la norme applicable est celle de la décision correcte.

[177] Au paragraphe 97 de ses motifs, le juge Rennie souligne que bien que la Cour suprême du Canada, par l'arrêt *Cogeco*, n'ait pas exprimé en termes explicites quelle était la norme qu'elle suivait, il ne fait nul doute qu'elle a suivi la norme de la décision correcte. Le juge Rennie s'est exprimé ainsi :

[...] Elle [la Cour suprême] s'est bornée à l'interprétation du texte de l'alinéa 9(1)h au regard du contexte que constitue la *Loi sur la radiodiffusion*. L'angle de la raisonabilité ne joue aucun rôle dans l'analyse de la Cour.

[178] Au paragraphe 98 de ses motifs, le juge Rennie souligne, et j'abonde dans le même sens que la norme applicable à la question de savoir si l'alinéa 9(1)h confère au CRTC le pouvoir de rendre l'Ordonnance ne doit pas « chang[er tout] simplement parce que, pour des raisons [liées à la] procédure, elle a été posée dans la première cause à titre de référence, alors que, dans la présente cause, elle découle d'un appel ». Comment se fait-il que la question en litige en l'espèce, identique en substance à la question soulevée à l'occasion de l'affaire *Cogeco*, pourrait être tranchée selon une norme de contrôle différente simplement parce qu'elle a été soumise à la Cour par un processus différent? À mon humble avis, cela n'est pas possible. Par conséquent, à moins que je ne fasse une mauvaise interprétation de *Cogeco*, nous sommes liés par la norme alors appliquée par la Cour suprême du Canada et elle constitue donc la norme qui doit être appliquée en l'espèce (voir également *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), au paragraphe 62).

[179] N'eût été de *Cogeco*, je concède que je serais obligé de conclure, pour les motifs énoncés par le juge Rennie, que la norme de la décision raisonnable s'applique. Toutefois, si je le pouvais, je suivrais volontiers l'opinion dissidente de la juge Côté dans l'arrêt *West Fraser Mills Ltd. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Appeal Tribunal)*, 2018 CSC 22, [2018] 1 R.C.S. 635 (*West Fraser Mills*).

[180] In *West Fraser Mills*, in concluding that subsection 26.2(1) of the *Occupational Health and Safety Regulation*, B.C. Reg. 296/97 was beyond the authority of the Workers' Compensation Board of British Columbia (the Workers' Compensation Board) and thus *ultra vires*, Côté J. made a distinction between acts of an administrative body pertaining to its adjudicative functions and those pertaining to its legislative functions (*West Fraser Mills*, at paragraph 59). This led her to say that “[t]he scope of the body’s regulation-making authority is a question of pure statutory interpretation: Did the legislature permit that body to enact the regulation at issue, or did the body exceed the scope of its powers?”.

[181] At paragraph 66, Côté J. concluded that the powers that the Workers' Compensation Board could exercise were those granted to it by the legislature of British Columbia. Hence, in her view, correctness ensured the Workers' Compensation Board remained “within the boundaries” of the authority given to it and that it did not “aggrandize its regulation-making power against the wishes of the province’s elected representatives”.

[182] In paragraphs 67 and 68, Côté J. accepted that courts were to give a broad and purposive interpretation to legislation authorizing an administrative body to enact regulations, adding, however, that it was an entirely different matter to defer or give way to such a body’s incorrect conclusion regarding the authority given to it by the legislature.

[183] In concluding that correctness was the applicable standard, Côté J. said that the majority’s rationale in support of the standard of reasonableness “escap[ed] [her]” (paragraph 70). I agree entirely with her view of the majority’s reasons and, as I indicated earlier, were it open to me to decide otherwise, I would conclude, without having to rely on *Cogeco*, that the correctness standard was the standard upon which the present decision of the CRTC should be reviewed.

[180] Dans l’arrêt *West Fraser Mills*, quand elle a conclu que le paragraphe 26.2(1) du *Occupational Health and Safety Regulation*, B.C. Reg. 296/97, outrepassait le pouvoir conféré à la Workers' Compensation Board de la Colombie-Britannique (la Commission) et était donc *ultra vires*, la juge Côté a opéré une distinction entre les mesures prises par un organisme de réglementation dans l’exercice de sa fonction décisionnelle et celles qu’il prend dans l’exercice de sa fonction réglementaire (*West Fraser Mills*, au paragraphe 59). Cela l’a amené à dire que « [l]’étendue de son pouvoir de réglementation est une question qui relève strictement de l’interprétation statutaire : le législateur autorise-t-il cet organisme à adopter le règlement ou l’organisme a-t-il outrepassé son pouvoir? ».

[181] Au paragraphe 66, la juge Côté a conclu que la Workers' Compensation Board pouvait uniquement exercer les pouvoirs que lui délègue le législateur de la Colombie-Britannique. Ainsi, selon elle, l’application de la norme de la décision correcte fait en sorte que la Commission agisse « dans les limites » de cette délégation et « n’accroisse pas la portée de son pouvoir de réglementation contre la volonté des représentants provinciaux élus ».

[182] Aux paragraphes 67 et 68, la juge Côté reconnaît que les tribunaux doivent interpréter de manière libérale et téléologique les lois autorisant un décideur administratif à adopter des règlements. Elle ajoute toutefois que cela est très différent de l’idée voulant que le juge doive s’incliner devant la conclusion incorrecte d’un organisme de réglementation quant au pouvoir que lui confère le législateur.

[183] En tirant la conclusion que la norme de la décision correcte s’appliquait, la juge Côté a dit que les motifs des juges majoritaires appuyant la norme de la décision raisonnable lui « échapp[ai]ent » (paragraphe 70). Je suis entièrement d’accord avec l’idée qu’elle se fait des motifs des juges majoritaires et, comme je l’ai indiqué précédemment, si je pouvais décider autrement, je conclurais, sans m’appuyer sur la jurisprudence *Cogeco*, que la norme de la décision correcte était la norme à appliquer concernant la présente décision du CRTC.

[184] I should also refer to Brown J.'s dissenting judgment in *West Fraser Mills* where he says, at paragraph 114, that the issue before the Court "does not go to the *reasonableness* of the Board's decision to adopt s. 26.2(1), but rather to its *authority* to do so" (emphasis in the original). Brown J.'s remarks are entirely apposite to the question now before us in this appeal. In other words, the question before us is whether the CRTC, acting in its legislative capacity, as was the case for the Workers' Compensation Board in *West Fraser Mills*, is empowered by paragraph 9(1)(h) of the *Broadcasting Act* to enact the Order. Surely, in my respectful opinion, that cannot be a matter to be determined on the standard of reasonableness.

[185] In further support of this view is paragraph 110 of Brown J.'s concurring reasons in *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2018 SCC 31, [2018] 2 S.C.R. 230 (*Canadian Human Rights Commission*) where he reminds the majority that in *Dunsmuir*, the Supreme Court, at paragraph 30 of its reasons, approved the words of Cromwell J. to the effect that "the rule of law is affirmed by assuring that the courts have the final say on the jurisdictional limits of a tribunal's authority": "Appellate Review: Policy and Pragmatism" in *2006 Isaac Pitblado Lectures, Appellate Courts: Policy, Law and Practice*, V-1, p. V-12. See also *ProLife Alliance, R. (on the application of) v. British Broadcasting Corporation*, 2003 UKHL 23 (BAILII), [2004] A.C. 185, at paragraph 75.

[186] Before concluding, I also wish to make the following additional remarks regarding the standard of review.

[187] First, there can be no doubt that there are some in the judiciary and in the academy who are dissatisfied with the present state of judicial review in this country. Judicial review, to put it mildly, is in an incoherent and confused state which undermines the predictability of outcomes and, in my respectful opinion, undermines the rule of law. How

[184] Je dois également faire référence à l'opinion dissidente du juge Brown dans l'arrêt *West Fraser Mills* où il dit, au paragraphe 114, qu'il ne s'agissait pas pour la Cour « de se prononcer sur le *caractère raisonnable* de la décision de la Commission d'adopter le par. 26.2(1), mais plutôt sur son *pouvoir* de le faire » (en italique dans l'original). Les observations du juge Brown sont entièrement pertinentes quant à la question soulevée dans le présent appel. En d'autres termes, la question dont nous sommes saisis est de savoir si le CRTC, exerçant sa fonction réglementaire, comme c'était le cas pour la Workers' Compensation Board dans l'affaire *West Fraser Mills*, est habilité aux termes de l'alinéa 9(1)h de la *Loi sur la radiodiffusion* à rendre l'Ordonnance. À mon humble avis, il est évident que ce n'est pas une question que l'on peut trancher en appliquant la norme de la décision raisonnable.

[185] Ce point de vue est également étayé par le paragraphe 110 des motifs concourants du juge Brown dans l'arrêt *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2018 CSC 31, [2018] 2 R.C.S. 230 (*Commission canadienne des droits de la personne*), où il rappelle aux juges majoritaires que dans l'arrêt *Dunsmuir*, la Cour suprême du Canada a cité, au paragraphe 30 de ses motifs, les observations de l'honorable juge Cromwell portant que « [TRADUCTION] "la primauté du droit est consacrée par le pouvoir d'une cour de justice de statuer en dernier ressort sur l'étendue de la compétence d'un tribunal administratif" » : « Appellate Review : Policy and Pragmatism » dans *2006 Isaac Pitblado Lectures, Appellate Courts : Policy, Law and Practice*, V-1, p. V-12. Voir également *ProLife Alliance v. British Broadcasting Corporation*, 2003 UKHL 23 (BAILII), [2004] A.C. 185, au paragraphe 75.

[186] Avant de conclure, je souhaiterais également formuler les observations suivantes concernant la norme de contrôle.

[187] Tout d'abord, il ne fait aucun doute que certains membres de la magistrature et certains acteurs des milieux universitaires sont insatisfaits de l'état actuel de la procédure de contrôle judiciaire dans notre pays. Cette procédure, c'est le moins qu'on puisse dire, se trouve dans un état d'incohérence et de confusion qui mine la prévisibilité

can counsel advise their clients in this area of the law when the state of judicial review always seems to be in a continual state of construction and reconstruction? Counsel, in my respectful opinion, are placed in an impossible situation. They can only speculate as to what the possible outcome might be in any given case. (P. Daly, “The Signal and the Noise in Administrative Law” (2017), 68 *U.N.B.L.J.* 68 (January 2017, Cambridge University Legal Studies Research Paper Series); M. Lewans, *Administrative Law and Judicial Deference*, Oxford: Hart Publishing, 2016 (Bloomsbury: Hart Studies in Comparative Public Law); M. Mancini, “Not Just a Pillowfight: How the S.C.C. Has Muddied the Standard of Review” in *Advocates for the Rule of Law* (blog) (online: <http://www.ruleoflaw.ca/not-just-a-pillowfight-how-the-scc-has-muddied-the-standard-of-review/>); David Stratas, “Looking Past Dunsmuir: Beginning Afresh” in *Double Aspect* (blog) (online: <https://doubleaspect.blog/2018/03/08/looking-past-dunsmuir-beginning-afresh/>).

[188] The Supreme Court’s recent judgments in *Canadian Human Rights Commission; West Fraser Mills; Edmonton (City) v. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 SCC 47, [2016] 2 S.C.R. 293 (*East Edmonton Mall*); *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Tran*, 2015 FCA 237, [2016] 2 F.C.R. 459, serve as good examples to support the above proposition.

[189] My colleague, Rennie J.A., with whom I cannot agree with respect to the standard applicable to the CRTC’s interpretation of paragraph 9(1)(h) and hence its meaning, has nonetheless written excellent reasons. His reasons, which I have read in draft, comprise 163 paragraphs of which 64 (paragraphs 38 to 102) deal with the standard of review. His extensive discussion of the standard of review is made necessary by reason of the Supreme Court’s jurisprudence. I do not exaggerate when I say that that question has almost taken precedence over the substantial issues which courts are called upon to decide and, in this case, namely whether or not the CRTC under paragraph 9(1)(h) has the authority to do what it purports to do. Our efforts in this case should not be focussed on determining what the applicable standard of review is but on discovering the true meaning of

des issues et, à mon humble avis, mine la primauté du droit. Comment les avocats peuvent-ils conseiller leurs clients dans ce domaine du droit si le contrôle judiciaire semble être dans un état perpétuel de construction et de reconstruction? Les avocats, à mon humble avis, sont placés dans une situation impossible. Ils ne peuvent que conjecturer quant à l’issue d’une affaire donnée. (P. Daly, « The Signal and the Noise in Administrative Law » (2017), 68 *R.D. U.N.-B.* 68 (janvier 2017, Cambridge University Legal Studies Research Paper Series); M. Lewans, *Administrative Law and Judicial Deference*, Oxford : Hart Publishing, 2016 (Bloomsbury : Hart Studies in Comparative Public Law); M. Mancini, « Not Just a Pillowfight : How the S.C.C. Has Muddied the Standard of Review » tiré de *Advocates for the Rule of Law* (blogue) (en ligne : <http://www.ruleoflaw.ca/not-just-a-pillowfight-how-the-scc-has-muddied-the-standard-of-review/>); David Stratas, « Looking Past Dunsmuir : Beginning Afresh » tiré de *Double Aspect* (blogue) (en ligne : <https://doubleaspect.blog/2018/03/08/looking-past-dunsmuir-beginning-afresh/>).

[188] Les récentes jurisprudences de la Cour suprême dans *Commission canadienne des droits de la personne; West Fraser Mills; Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 CSC 47, [2016] 2 R.C.S. 293 (*East Edmonton Mall*); *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Tran*, 2015 CAF 237, [2016] 2 R.C.F. 459 en font foi.

[189] Mon collègue le juge Rennie, avec qui je suis en désaccord relativement à la norme applicable à l’interprétation par le CRTC de l’alinéa 9(1)h) et, par conséquent, de sa définition, a néanmoins formulé d’excellents motifs. Ses motifs, dont j’ai lu l’ébauche, comportent 163 paragraphes, desquels 64 (paragraphes 38 à 102) portent sur la norme de contrôle. Son analyse approfondie de la norme de contrôle est rendue nécessaire en raison de la jurisprudence de la Cour suprême. Je n’exagère pas lorsque j’affirme que cette question l’emporte presque sur les questions de fond que les juges sont appelés à trancher et, en l’espèce, la question à savoir si le CRTC a ou non, aux termes de l’alinéa 9(1)h), la compétence nécessaire pour faire ce qu’il prétend faire. Nos efforts en l’espèce ne doivent pas viser principalement à rechercher la norme de contrôle applicable, mais bien

paragraph 9(1)(h) of the *Broadcasting Act*, i.e. whether or not the CRTC has the authority to enact the Order.

[190] In my opinion, it should be self-evident that such a question should be decided on the standard of correctness, more so considering that Parliament has clearly said, by way of subsection 31(2) of the *Broadcasting Act*, that appeals on questions of law or jurisdiction are to be taken to this Court upon leave. Thus, Parliament has sent an unequivocal signal that questions of law or of jurisdiction, arising from decisions made by the CRTC, are to be determined by this Court, which, in my view, can only mean on a standard of correctness.

[191] The existence of subsection 31(1) of the *Broadcasting Act* to the effect that the CRTC's orders are final and conclusive does not, in any way, detract from the foregoing proposition. Thus, subject to an appeal under subsection 31(2), decisions of the CRTC are indeed final and conclusive. However, if an appeal is taken to this Court under subsection 31(2), then that appeal is to be determined by this Court on the standard of correctness. There is nothing in either subsection 31(1) or in subsection 31(2) which would lead a fair reader of the provisions to conclude that Parliament intended for this Court to defer on questions of law or of jurisdiction. For the sake of completeness, I hereby reproduce subsections 31(1) and 31(2) of the *Broadcasting Act*:

Decisions and orders final

31 (1) Except as provided in this Part, every decision and order of the Commission is final and conclusive.

Appeal to Federal Court of Appeal

(2) An appeal lies from a decision or order of the Commission to the Federal Court of Appeal on a question of law or a question of jurisdiction if leave therefor is obtained from that Court on application made within one month after the making of the decision or order sought to be appealed from or within such further time as that Court under special circumstances allows.

à découvrir la véritable signification de l'alinéa 9(1)h) de la *Loi sur la radiodiffusion*, c.-à-d. déterminer si le CRTC a le pouvoir d'adopter l'Ordonnance.

[190] À mon avis, il va de soi que cette question doit faire l'objet d'un contrôle selon la norme de la décision correcte, plus particulièrement si l'on considère que le législateur a clairement décidé, par le paragraphe 31(2) de la *Loi sur la radiodiffusion*, que les appels des questions de droit ou de compétence doivent être présentés devant notre Cour avec l'autorisation de celle-ci. Ainsi, le législateur a porté un signal non équivoque que les questions de droit ou de compétence qui découlent des décisions du CRTC doivent être tranchées par notre Cour, ce qui, à mon avis, signifie forcément que la norme de la décision correcte doit être suivie.

[191] Le paragraphe 31(1) de la *Loi sur la radiodiffusion*, à savoir que les ordonnances du CRTC sont définitives et sans appel, ne va aucunement à l'encontre de cette thèse. Ainsi, sous réserve d'un appel aux termes du paragraphe 31(2), les décisions du CRTC sont, en effet, définitives et sans appel. Toutefois, si un appel est porté devant notre Cour aux termes du paragraphe 31(2), cet appel doit alors être tranché par notre Cour selon la norme de la décision correcte. Aucun élément du paragraphe 31(1) ou du paragraphe 31(2) ne pourrait raisonnablement amener le lecteur à conclure qu'il était dans l'intention de législateur que notre Cour fasse preuve de déférence relativement aux questions de droit ou de compétence. Par souci d'exhaustivité, je reproduis ici les paragraphes 31(1) et 31(2) de la *Loi sur la radiodiffusion* :

Caractère définitif

31 (1) Sauf exceptions prévues par la présente partie, les décisions et ordonnances du Conseil sont définitives et sans appel.

Cas d'appel : Cour fédérale

(2) Les décisions et ordonnances du Conseil sont susceptibles d'appel, sur une question de droit ou de compétence, devant la Cour d'appel fédérale. L'exercice de cet appel est toutefois subordonné à l'autorisation de la cour, la demande en ce sens devant être présentée dans le mois qui suit la prise de la décision ou ordonnance attaquée ou dans le délai supplémentaire accordé par la cour dans des circonstances particulières.

[192] Notwithstanding the Supreme Court's decision in *East Edmonton Mall*, with which I do not agree but which is binding upon me, I have never understood why reviewing courts must defer to administrative bodies on questions of law where Parliament itself does not so require. As I have already indicated, the only possible interpretation of subsection 31(2) of the *Broadcasting Act*, and similar clauses in other statutes, is that Parliament intended that courts provide the answers to the questions of law raised before them. To say that this Court must defer to the CRTC's interpretation of paragraph 9(1)(h) requires us to disregard clear legislative intent. Otherwise, subsection 31(2) is pointless. If Parliament intends for this Court to defer to the CRTC's interpretation of the law, Parliament can easily say so. It is not up to the courts to presume such an intention when Parliament has not, by any words found in the *Broadcasting Act*, required deference. In my view, the proper approach should be to defer only whenever Parliament expressly or impliedly wishes us to defer to an administrative body's interpretation of the law. Section 31 of the *Broadcasting Act* is not to that effect.

[193] In *East Edmonton Mall*, in concluding her reasons for the majority concerning the applicable standard of review, Karakatsanis J. indicates, at paragraph 35 that "[t]he contextual approach can generate uncertainty and endless litigation concerning the standard of review." In her view, the solution to this problem is for Parliament and the provincial legislatures to make clear in the legislation what standard of review they prefer. That, in my respectful opinion, is the legal world upside down.

[194] Although trite, it is important to keep in mind that legislation enacted by Parliament or by the provincial legislatures has only one meaning. There are no multiple answers to the meaning of legal provisions, notwithstanding that there may be ambiguity. This is why, in applying the standard of reasonableness to an administrative body's interpretation of legal provisions, no judge would ever write that although a board's interpretation is incorrect, its interpretation still passes muster because it

[192] Malgré une jurisprudence de la Cour suprême, *East Edmonton Mall*, dont je rejette l'enseignement, mais par laquelle je suis lié, je n'ai jamais compris pourquoi les cours réformatrices doivent s'en remettre aux organismes administratifs relativement aux questions de droit, alors que le législateur lui-même ne l'exige pas. Comme je l'ai déjà indiqué, la seule interprétation possible du paragraphe 31(2) de la *Loi sur la radiodiffusion*, et des dispositions similaires d'autres lois, est que le législateur voulait que les juges tranchent les questions de droit qui leurs sont déferées. Pour pouvoir dire que la Cour doit s'en remettre à l'interprétation par le CRTC de l'alinéa 9(1)h), nous devons écarter l'intention manifeste qui se dégage de ce paragraphe. Autrement, le paragraphe 31(2) est inutile. Si le législateur souhaite que la Cour s'en remette à l'interprétation par le CRTC de la loi, il peut facilement le dire. Il ne revient pas à la Cour de présumer de cette intention, alors que le législateur, selon le texte de la *Loi sur la radiodiffusion*, n'a pas imposé la déférence. À mon avis, l'approche appropriée consiste à faire preuve de déférence uniquement lorsque le législateur nous demande explicitement ou implicitement de nous en remettre à l'interprétation de la loi par un organisme administratif. L'article 31 de la *Loi sur la radiodiffusion* ne va pas dans ce sens.

[193] Dans l'arrêt *East Edmonton Mall*, dans la conclusion de ses motifs pour la majorité concernant la norme de contrôle applicable, la juge Karakatsanis indique, à l'article 35, que « [l]e recours à une analyse contextuelle peut être source d'incertitude et d'interminables litiges au sujet de la norme de contrôle applicable ». À mon avis, la solution à ce problème est que le législateur et les législatures provinciales établissent clairement dans la loi quelle est la norme de contrôle privilégiée. Cela, à mon humble avis, est le monde juridique à l'envers.

[194] Bien que cela soit un truisme, il est important de se rappeler que la législation édictée par le législateur ou les législatures provinciales n'a qu'une seule signification. Il n'existe pas de multiples réponses à la signification des dispositions juridiques, malgré le fait qu'il puisse y avoir une ambiguïté. C'est pourquoi, dans l'application de la norme de contrôle de la décision raisonnable à l'interprétation des dispositions légales d'un organisme administratif, aucun juge n'observerait

is a possible interpretation of the legal provision at issue. The Supreme Court's direction that courts must apply the standard of reasonableness to administrative bodies' interpretation of the law has led some judges to express the view that, in most cases, there is usually only one possible reasonable interpretation of the legal provisions at issue (David Stratas: "The Canadian Law of Judicial Review: Some Doctrine and Cases", Sept. 18, 2018 at page 85, online: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2924049).

[195] All of this strongly suggests that judges are ill at ease, as they should be, of sanctioning legal interpretations which, in their view, are incorrect. Some commentators have even suggested that, in the end, the Supreme Court itself, without so saying, is in fact applying a correctness standard under the guise of reasonableness (Paul Daly: "Uncovering Disguised Correctness Review? *Wilson v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 SCC 47", October 28, 2015, online: (<https://www.administrativelawmatters.com/blog/2015/10/28>); "Dunsmuir's Demise & The Rise of Disguised Correctness Review (The Hon. Joseph T. Robertson)" September 15, 2018, online: (<https://www.administrativelawmatters.com/blog/2018/02/15/dunsmuir-demise-the-rise-of-disguised-correctness-review-the-hon-joseph-t-robertson/>); David Stratas: "The Canadian Law of Judicial Review: A Plea for Doctrinal Coherence and Consistency" (2016), 42 *Queen's L.J.* 27, note 39.

[196] Because in most cases there are no multiple possible answers with regard to the meaning of legislation, a reasonable interpretation must be correct. If it is not correct, it surely must be unreasonable because Parliament did not intend courts to sanction incorrect interpretations of its legislation. Consequently, I am satisfied that Parliament did not intend for the CRTC to interpret paragraph 9(1)(h) in a manner which is not in accordance with its intent. Parliament's intent with regard to paragraph 9(1)(h) can only be determined by this Court. By that, I mean that it is this Court's responsibility

que bien que l'interprétation de la commission soit incorrecte, son interprétation passe quand même la barre puisqu'il s'agit d'une interprétation possible de la disposition légale en cause. L'enseignement de la Cour suprême voulant que les juges doivent appliquer la norme de la décision raisonnable à l'interprétation de la loi par les organismes administratifs a mené certains juges à exprimer le point de vue que, dans la plupart des cas, il n'y a généralement qu'une seule interprétation raisonnable possible des dispositions légales en cause (David Stratas : « The Canadian Law of Judicial Review : Some Doctrine and Cases », 18 septembre 2018, à la page 85, en ligne : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2924049).

[195] Tout cela démontre nettement que les juges ne sont pas à l'aise, comme il se doit, de sanctionner des interprétations légales qui sont, à leur avis, incorrectes. La doctrine estime parfois qu'au final, la Cour suprême elle-même, tacitement, applique dans les faits la norme de la décision correcte sous le couvert de la norme de la décision raisonnable (Paul Daly : « Uncovering Disguised Correctness Review? *Wilson v. British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 SCC 47 » 28 octobre 2015, en ligne : (<https://www.administrativelawmatters.com/blog/2015/10/28>); « Dunsmuir's Demise & The Rise of Disguised Correctness Review (The Hon. Joseph T. Robertson) », 15 septembre 2018, en ligne : (<https://www.administrativelawmatters.com/blog/2018/02/15/dunsmuir-demise-the-rise-of-disguised-correctness-review-the-hon-joseph-t-robertson/>); David Stratas : « The Canadian Law of Judicial Review : A Plea for Doctrinal Coherence and Consistency » (2016), 42 *Queen's L.J.* 27, note 39).

[196] Puisque dans la plupart des cas, il n'existe pas plusieurs réponses possibles au sens de la loi, une interprétation raisonnable doit être correcte. Si elle n'est pas correcte, elle doit assurément être déraisonnable puisque le législateur n'avait pas pour intention que les juges sanctionnent les interprétations incorrectes de la législation. Par conséquent, je conclus que le législateur ne souhaitait pas que le CRTC interprète l'alinéa 9(1)h) d'une manière qui n'est pas conforme à son intention. Seule la Cour peut décider de l'intention du législateur relativement à l'alinéa 9(1)h). Ce que je veux dire, c'est

to determine whether or not the CRTC's view of paragraph 9(1)(h) is the correct view. If it is not, then the Order cannot stand.

[197] To conclude, the rules concerning the standard of review should not be in constant flux: they should be clear. If Parliament sends a clear message that we are to defer to an administrative body's interpretation of the law or of its jurisdiction, then we should give effect to Parliament's direction, subject to constitutional requirements. However, when Parliament, as it has done here with subsection 31(2) of the *Broadcasting Act*, sends a message directing this Court to provide answers to legal questions arising from decisions made by the CRTC, we should do what courts have been doing for a very long time and that is to determine, on a correctness standard, what the answers are to the legal questions. It seems to me, with respect, that deferring to an administrative body's interpretation of the law is, in the circumstances which I have set out above, an abandonment of our judicial role, more so considering that expounding the law is the *raison d'être* of our existence.

[198] I will end these remarks by quoting with approval from pages 1 and 2 of an article entitled, "10 Things I Dislike About Administrative Law", where the author, Mark Mancini writes the following:

One's personal list of problems with administrative law will inevitably reflect one's views of what administrative law *is* and *should be*, and indeed, what law *is* and *should be*. Reasonable people will disagree on this, but perhaps we could agree on two fundamental starting points (even if we disagree on their interaction). First is the idea that absent constitutional objection, legislative delegation to administrative decision-makers should be respected, and courts should give effect to legislative language using the ordinary tools of statutory interpretation (set out in cases like *Rizzo, Canada Trustco*). Second is the Rule of Law; courts must survey the statutory boundaries of inferior tribunals to determine (1) the level of deference owed and (2) whether the decision is legal. On this account, administrative law can be understood as a form of control over the diffused form of decision-making the administrative state has wrought.

qu'il incombe à la Cour de déterminer si la façon dont le CRTC interprète l'alinéa 9(1)(h) est la façon correcte. Si ce n'est pas le cas, l'Ordonnance ne peut être maintenue.

[197] Pour conclure, les règles concernant la norme de contrôle ne doivent pas changer sans cesse : elles doivent être claires. Si le législateur porte le message clair que nous devons nous en remettre à l'interprétation par un organisme administratif de la loi ou de la compétence, nous devons alors entériner la directive du législateur, sous réserve d'obligations constitutionnelles. Toutefois, lorsque le législateur, comme il l'a fait en l'espèce au paragraphe 31(2) de la *Loi sur la radiodiffusion*, porte le message enjoignant la Cour de répondre aux questions de droit qui découlent des décisions prises par le CRTC, nous devons faire ce que les juges font depuis très longtemps, c'est-à-dire décider, selon la norme de la décision correcte, quelles sont les réponses aux questions de droit. Il me semble, à cet égard, que s'en remettre à l'interprétation de la loi par un organisme administratif équivaut, dans les circonstances que j'ai exposées précédemment, à abandonner notre mission judiciaire, surtout si l'on considère que dire le droit est la raison d'être de notre existence.

[198] Je conclurai les présents motifs en citant avec approbation les pages 1 et 2 d'un article intitulé « 10 Things I Dislike About Administrative Law », dans lequel l'auteur, Mark Mancini, écrit ceci :

[TRADUCTION] Quand on fait la liste des problèmes relatifs au droit administratif, cela reflète inévitablement son propre point de vue de ce que le droit administratif *est* et *devrait être* et, de surcroît, de ce que la loi *est* et *devrait être*. Les personnes raisonnables ne seront pas toutes d'accord avec ce point, mais peut-être que nous pourrions convenir de deux points de départ fondamentaux (même si nous ne nous entendons pas sur leur interaction). Le premier point est qu'en l'absence d'une objection tirée de la loi constitutionnelle, la délégation aux décideurs administratifs doit être respectée et les juges doivent appliquer le texte législatif en se servant des méthodes habituelles d'interprétation des lois (consacrées par la jurisprudence, comme *Rizzo, Canada Trustco*). Le deuxième point est la primauté du droit; les juges doivent sonder les limites des lois des tribunaux inférieurs pour décider (1) quel niveau de déférence accorder, et (2) si la décision est légale. À cet égard, la loi administrative peut être considérée comme une forme de contrôle sur la formule diffusée de prise de décision que l'état administratif a créé.

As I hope to show (quite tentatively, I might add), the Supreme Court has moved away from these first principles, often at the expense of the Rule of Law. The main point of the Supreme Court’s administrative law doctrine is an acceptance of deference of the “unrestricted” power of administrative decision-makers (see *West Fraser*, at para 11). By limiting the circumstances in which courts can review the propriety of the administrative state, the Court has “read in” a doctrine of deference that may not be prescribed by the enabling statute or the role of courts to enforce constitutional precepts as “guardians of the Constitution” (*Hunter v. Southam*). The Court has constructed its own administrative law rules to operationalize its vision of deference. [Emphasis in the original.]

(Mark Mancini: “10 Things I Dislike About Administrative Law” (10 September 2018) in *Double Aspect* (blog) (online: <https://doubleaspect.blog/2018/09/10/10-things-i-dislike-about-administrative-law/>.)

[199] Therefore, I would allow the appeal with costs and set aside the CRTC’s Order for the reasons given by Woods J.A.

Comme j’espère le montrer (avec beaucoup d’hésitations, dois-je ajouter), la Cour suprême du Canada s’est éloignée de ces premiers principes, souvent au détriment de la primauté du droit. Le point principal de la doctrine de la Cour suprême en matière de droit administratif est une acceptation de la déférence du pouvoir « libre de restriction » des décideurs (voir *West Fraser*, au paragraphe 11). En limitant les circonstances dans lesquelles les juges peuvent examiner le caractère approprié de l’état administratif, la Cour a introduit une doctrine de déférence qui pourrait ne pas être prescrite par la loi habilitante ou le rôle des tribunaux pour appliquer les préceptes constitutionnels à titre de « gardiens de la Constitution » (*Hunter c. Southam*). La Cour a créé ses propres lois administratives pour concrétiser sa vision de la déférence. [Souligné dans l’original.]

(Mark Mancini : « 10 Things I Dislike About Administrative Law » (10 septembre 2018) tiré de *Double Aspect* (blogue) (en ligne : <https://doubleaspect.blog/2018/09/10/10-things-i-dislike-about-administrative-law/>.)

[199] Par conséquent, j’accueillerais l’appel avec dépens et annulerais l’Ordonnance du CRTC pour les motifs fournis par la juge Woods.