

A-78-11  
A-79-11  
2011 FCA 194

A-78-11  
A-79-11  
2011 CAF 194

**Globalive Wireless Management Corp. and Attorney General of Canada** (*Appellants*)

v.

**Public Mobile Inc. and TELUS Communications Company** (*Respondents*)

and

**Alliance of Canadian Cinema, Television and Radio Artists, Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, and Friends of Canadian Broadcasting** (*Interveners*)

**INDEXED AS: PUBLIC MOBILE INC. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)**

Federal Court of Appeal, Sexton, Dawson and Stratas JJ.A.—Ottawa, May 18 and June 8, 2011.

*Telecommunications — Appeals from Federal Court decision quashing Governor in Council's Order in Council varying Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) decision that Globalive controlled by non-Canadian — CRTC finding Globalive not meeting control-in-fact requirement under Telecommunications Act, s. 16(3)(c) because of financial reliance on non-Canadian — Governor in Council finding debt terms, conditions diminishing influence over Globalive — Federal Court finding that Governor in Council misinterpreting Act by using unknown policy objective, limiting scope of Act to Globalive — Issues whether: Governor in Council considering Telecommunications Act, s. 7 policy objectives in applying control-in-fact test, Governor in Council properly varying CRTC decision based on s. 7 policy objectives, Public Mobile having standing — Governor in Council not considering s. 7 policy objectives in applying control-in-fact test — Open to Governor in Council to refer to policy considerations when deciding to vary CRTC decision — In exercising variance power, Governor in Council meant to be informed by telecommunications policy objectives — Not improper for Governor in Council to rely on policy objective not enumerated in s. 7, recognizing such policies having to operate within limits of s. 7 objectives — Control-in-fact test contextual, imprecise, requiring weighing of competing factors, including statutory context — End result herein not affected by fact*

**Globalive Wireless Management Corp. et le procureur général du Canada** (*appelants*)

c.

**Public Mobile Inc. et TELUS Communications Company** (*intimées*)

et

**Alliance of Canadian Cinema, Television and Radio Artists, le Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, et Friends of Canadian Broadcasting** (*intervenants*)

**RÉPERTORIÉ : PUBLIC MOBILE INC. c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)**

Cour d'appel fédérale, juges Sexton, Dawson et Stratas, J.C.A.—Ottawa, 18 mai et 8 juin 2011.

*Télécommunications — Appels à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale annulant le décret par lequel la gouverneure en conseil a modifié une décision du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (le CRTC) selon laquelle Globalive était sous le contrôle d'un non-Canadien — Le CRTC a conclu que Globalive ne satisfaisait pas à l'exigence relative au contrôle de fait énoncée à l'art. 16(3)c) de la Loi sur les télécommunications en raison de sa dépendance financière envers un non-Canadien — La gouverneure en conseil a déclaré que les modalités et conditions des prêts atténuaient l'influence exercée sur Globalive — La Cour fédérale a statué que la gouverneure en conseil avait mal interprété la Loi en utilisant un nouvel objectif de politique et en limitant la portée de la Loi à Globalive — Il s'agissait de savoir si la gouverneure en conseil a tenu compte des objectifs de politique exposés à l'art. 7 de la Loi sur les télécommunications pour appliquer le critère du contrôle de fait, si la gouverneure en conseil était justifiée de fonder sa décision de modifier la décision du CRTC sur les objectifs de politique exposés à l'art. 7 et si Public Mobile avait qualité pour agir — La gouverneure en conseil n'a pas pris en considération les objectifs de politique exposés à l'art. 7 lorsqu'elle a appliqué le critère du contrôle de fait — Il était loisible à la gouverneure en conseil de tenir compte de considérations de politique dans sa décision de modifier la décision du CRTC — Dans l'exercice du pouvoir de modifier une décision,*

*Governor in Council limiting scope of decision to Globalive — Appeals allowed.*

*Construction of Statutes — Governor in Council varying Canadian Radio-television and Telecommunications Commission decision that Globalive controlled by non-Canadian — Telecommunications Act, s. 16(3)(c) re: Canadian ownership requirement closely related to Act, s. 7 objectives, addressing concern company controlled by non-Canadian may be less committed to attainment of telecommunications policy objectives — Referring to s. 7 policies in deciding whether company in fact Canadian-controlled therefore relevant.*

*Practice — Parties — Standing — Governor in Council varying Canadian Radio-television and Telecommunications Commission decision that Globalive controlled by non-Canadian — Federal Court correctly granting standing to Public Mobile to seek judicial review of Governor in Council's decision — Public Mobile satisfying test set out in Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration) — Order in Council immunized from judicial review if public standing not granted — Courts needing to balance spectre of immunizing government action from review, public importance of issue against preservation of judicial economy, misuse of judicial review — Concerns about government action immunization paramount where interests of all Canadians involved.*

These were consolidated appeals from a decision of the Federal Court quashing the Governor in Council's Order in Council varying a decision of the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) concluding that Globalive was controlled by a non-Canadian.

Globalive Wireless Management Corp. successfully bid on spectrum licences to deliver advanced wireless services.

*le gouverneur en conseil est censé se fonder sur les objectifs de politique en matière de télécommunications — Il n'était pas inopportun de la part de la gouverneure en conseil de s'appuyer sur un objectif de politique qui n'était pas énuméré à l'art. 7; elle a reconnu que ces politiques doivent valoir dans les limites des objectifs exposés à l'art. 7 — Le critère du contrôle de fait est contextuel et imprécis et il nécessite une pondération de facteurs concurrents, dont le contexte législatif — Le fait que la gouverneure en conseil a limité la portée de sa décision à Globalive n'a pas influé sur l'issue de la présente affaire — Appels accueillis.*

*Interprétation des lois — La gouverneure en conseil a modifié une décision du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes portant que Globalive était sous le contrôle d'un non-Canadien — L'art. 16(3)c) de la Loi sur les télécommunications, qui porte sur l'exigence de propriété canadienne, est étroitement lié aux objectifs énoncés à l'art. 7 de la Loi visant à répondre à la préoccupation qu'une société contrôlée par un non-Canadien puisse être moins résolue à réaliser les objectifs de la politique en matière de télécommunications — La référence aux politiques énoncées à l'art. 7 est donc pertinente pour déterminer si une société est en fait contrôlée par des Canadiens.*

*Pratique — Parties — Qualité pour agir — La gouverneure en conseil a modifié une décision du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes portant que Globalive était sous le contrôle d'un non-Canadien — La Cour fédérale a accordé à juste titre à Public Mobile la qualité pour agir pour demander le contrôle judiciaire de la décision de la gouverneure en conseil — Public Mobile satisfaisait au critère formulé dans l'arrêt Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) — Si la qualité pour agir n'avait pas été reconnue, le décret aurait été à l'abri du contrôle judiciaire — Les tribunaux doivent mettre en équilibre le spectre que les mesures du gouvernement se trouvent à l'abri du contrôle ainsi que l'importance de la question soulevée et l'importance de l'économie des ressources judiciaires conjuguée au fait d'empêcher qu'il y ait abus du contrôle judiciaire — Les préoccupations quant à la possibilité que les mesures gouvernementales soient à l'abri du contrôle judiciaire deviennent primordiales lorsque les intérêts de tous les Canadiens sont en jeu.*

Il s'agissait d'appels réunis interjetés à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale annulant le décret par lequel la gouverneure en conseil a modifié une décision du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (le CRTC) selon laquelle Globalive était sous le contrôle d'un non-Canadien.

Des licences du spectre des services sans fil évolués avaient été adjugées à Globalive Wireless Management Corp. Cependant,

However, following a hearing to address concerns about Globalive's ownership structure, the CRTC held that Globalive did not meet the requirement under paragraph 16(3)(c) of the *Telecommunications Act* that it not be controlled by non-Canadians. The CRTC found that Globalive's financial reliance on Orascom Telecom Holding (Canada) Limited (Orascom), which does not qualify as a Canadian corporation, created a situation where Orascom could exercise continuing influence over Globalive. The Governor in Council found that Orascom's ability to use the loans as levers of influence is diminished by, *inter alia*, the right of Globalive to retire or replace its debt without penalty. The Governor in Council therefore concluded that Orascom does not control in fact Globalive. The Federal Court found that the Governor in Council had inserted an unknown telecommunications policy objective into the Act by interpreting the Act in a way that encourages access to foreign capital, technology and experience. The Federal Court also found that the Governor in Council cannot restrict its interpretation of the Act to one individual (i.e. Globalive).

The respondents alleged herein that the Governor in Council's reference to policy considerations in the Order in Council was improper and constituted a reviewable error in the application of the control-in-fact test of paragraph 16(3)(c).

At issue was (1) whether or not the Governor in Council considered the telecommunications policy objectives set out in section 7 of the *Telecommunications Act* in applying the control-in-fact test, (2) whether it was proper for the Governor in Council to vary the CRTC decision based on the section 7 policy objectives, and (3) whether Public Mobile has standing to seek judicial review of the Order in Council.

*Held*, the appeals should be allowed.

(1) The Governor in Council did not consider the section 7 policy objectives in applying the control-in-fact test. Although the Governor in Council's analysis contained statements of policy, those statements did not specify what role the policy considerations played in the overall decision. The Governor in Council considered the same facts and the same law as the CRTC, and reached different conclusions.

(2) It was open to the Governor in Council to refer to policy considerations in deciding to vary the CRTC decision. By giving variance power to the Governor in Council, Parliament intended that the decision to vary could incorporate broader policy concerns. Exercise of the variance power is meant to be

à la suite d'une audience tenue pour répondre à certaines préoccupations concernant la structure de propriété de Globalive, le CRTC a conclu que cette dernière ne satisfaisait pas à l'exigence énoncée à l'alinéa 16(3)c) de la *Loi sur les télécommunications*, à savoir qu'elle ne soit pas contrôlée par des non-Canadiens. Selon le CRTC, la dépendance financière de Globalive envers Orascom Telecom Holding (Canada) Limited (Orascom), qui ne se qualifie pas comme personne morale canadienne, créait une situation où Orascom pouvait exercer de manière continue une influence sur Globalive. La gouverneure en conseil avait déclaré que la capacité d'Orascom de se servir des prêts comme moyens d'influence était notamment atténuée par le droit de Globalive de retirer ou de remplacer l'emprunt sans pénalité. La gouverneure en conseil avait donc conclu qu'Orascom ne contrôle pas en fait Globalive. La Cour fédérale avait statué que la gouverneure en conseil avait inséré un nouvel objectif de politique en matière de télécommunications dans la Loi en interprétant la Loi de manière à favoriser l'accès aux capitaux, à la technologie et au savoir-faire étrangers. En outre, la Cour fédérale avait conclu que la gouverneure en conseil ne pouvait pas restreindre son interprétation de la Loi à une seule personne (soit Globalive).

Les intimées affirmaient en l'espèce que la gouverneure en conseil avait agi erronément en faisant référence à des considérations de politique dans le décret et que cela constituait une erreur susceptible de contrôle dans l'application du critère du contrôle de fait exposé à l'alinéa 16(3)c).

Il s'agissait de savoir si : 1) la gouverneure en conseil avait tenu compte ou non des objectifs de politique en matière de télécommunications énoncés à l'article 7 de la *Loi sur les télécommunications* lorsqu'elle a appliqué le critère du contrôle de fait, 2) la gouverneure en conseil était justifiée de fonder sa décision de modifier la décision du CRTC sur les objectifs de politique exposés à l'article 7, et 3) Public Mobile avait qualité pour demander le contrôle judiciaire du décret.

*Arrêt* : les appels doivent être accueillis.

1) La gouverneure en conseil n'avait pas pris en considération les objectifs de politique exposés à l'article 7 lorsqu'elle a appliqué le critère du contrôle de fait. Même si l'analyse de la gouverneure en conseil contenait des déclarations de politique, celles-ci ne précisaient pas le rôle que les considérations de politique jouaient dans la décision dans son ensemble. La gouverneure en conseil avait examiné les mêmes faits et le même droit que le CRTC, mais avait tiré des conclusions différentes.

2) Il était loisible à la gouverneure en conseil de tenir compte de considérations de politique dans sa décision de modifier la décision du CRTC. En conférant au gouverneur en conseil le pouvoir de modifier des décisions, le législateur a prévu la possibilité que les décisions soient modifiées pour des raisons

informed by the telecommunications policy objectives. In this case, the Governor in Council referred to a number of the enumerated objectives. Furthermore, it was not improper for the Governor in Council to rely on an objective not enumerated in section 7. The promotion of access to foreign capital, technology, and experience can further a number of the policy objectives enumerated therein. The Governor in Council recognized that policies not enumerated in the Act have to operate within the limits of the objectives in section 7. It never purported to attach independent significance to the promotion of foreign investment. The Governor in Council is not restricted to assessing control in fact only as a corporate lawyer would. The control-in-fact test is contextual and imprecise, and requires weighing competing factors. The Governor in Council may therefore legitimately consider the statutory context in deciding how to strike this balance. Paragraph 16(3)(c) is closely related to the objectives set out in section 7. It is intended to address concerns that a company controlled by a non-Canadian might be less committed than a Canadian-controlled company to the attainment of the telecommunications policy objectives. Referring to section 7 policies is therefore relevant in deciding whether a company is in fact Canadian-controlled. Finally, the Federal Court's finding that the Governor in Council's decision applies only to Globalive did not affect the end result in the present case.

(3) The Federal Court made the correct decision in granting Public Mobile standing to seek judicial review of the Order in Council. An applicant seeking public interest standing must satisfy the test set out in *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*. Public Mobile raised serious issues relating to the interpretation of the Act and the application of the control-in-fact test. There was no reasonable and effective way to bring these issues before a court without resorting to public interest standing. Otherwise, the Order in Council would be immune from judicial review. In applying the *Canadian Council of Churches* test, the courts must be informed of the factual context and policy issues at play, including the spectre of immunizing government action from review and the public importance of the issue. While courts must balance this consideration against the importance of preserving judicial economy and preventing the use of judicial review for competitive warfare, concerns about government action immunization become paramount where the interests of all Canadians are involved.

de politique générale. L'exercice du pouvoir de modifier une décision est censé être fondé sur les objectifs de politique en matière de télécommunications. En l'espèce, la gouverneure en conseil a fait référence à un certain nombre des objectifs énumérés. Qui plus est, il n'était pas inopportun de la part de la gouverneure en conseil de s'appuyer sur un objectif qui n'était pas énuméré à l'article 7. Le fait de favoriser l'accès aux capitaux, à la technologie et au savoir-faire étrangers peut servir quelques-uns des objectifs de politique qui y sont énoncés. La gouverneure en conseil a reconnu que les politiques qui ne sont pas énumérées dans la Loi doivent valoir dans les limites des objectifs exposés à l'article 7. Elle n'a jamais voulu donner une importance particulière à la promotion de l'investissement étranger. Le gouverneur en conseil n'est pas tenu de considérer la question du contrôle de fait exactement comme le ferait un avocat de société. Le critère du contrôle de fait est contextuel et imprécis et il nécessite une pondération de facteurs concurrents. Le gouverneur en conseil peut donc légitimement considérer le contexte législatif pour décider comment il arrivera à cette pondération. L'alinéa 16(3)c) est étroitement lié aux objectifs énoncés à l'article 7. Il vise à répondre à la préoccupation qu'une société contrôlée par un non-Canadien puisse être moins résolue qu'une société contrôlée par un Canadien à réaliser les objectifs de la politique en matière de télécommunications. La référence aux politiques énoncées à l'article 7 est donc pertinente pour déterminer si une société est en fait contrôlée par des Canadiens. Enfin, la conclusion de la Cour fédérale portant que la décision de la gouverneure en conseil s'applique uniquement à Globalive n'a pas influé sur l'issue de la présente affaire.

3) La Cour fédérale a pris la bonne décision en reconnaissant que Public Mobile avait qualité pour demander le contrôle judiciaire du décret. La personne qui demande que lui soit reconnue la qualité pour agir dans l'intérêt public doit satisfaire au critère exposé dans l'arrêt *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*. Public Mobile a soulevé des questions sérieuses quant à l'interprétation de la Loi et à l'application du critère du contrôle de fait. Il n'y avait aucun moyen raisonnable et efficace de soumettre ces questions à la cour autre que celui d'obtenir la qualité pour agir dans l'intérêt public. Autrement, le décret serait à l'abri du contrôle judiciaire. En appliquant le critère formulé dans l'arrêt *Conseil canadien des Églises*, les tribunaux doivent avoir connaissance du contexte factuel et des questions de politique en jeu, y compris le spectre que les mesures du gouvernement se trouvent à l'abri du contrôle et l'importance de la question soulevée. Bien que les tribunaux doivent mettre en équilibre cette considération et l'importance de l'économie des ressources judiciaires conjuguée au fait d'empêcher que le contrôle judiciaire devienne une arme visant à éliminer la concurrence, les préoccupations relatives à la possibilité que les mesures gouvernementales soient à l'abri du contrôle judiciaire deviennent primordiales lorsque les intérêts de tous les Canadiens sont en jeu.

## STATUTES AND REGULATIONS CITED

*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 Telecommunications Common Carrier Ownership and Control Regulations*, SOR/94-667, s. 2(1) “qualified corporation”, (2) “Canadian”.  
*National Transportation Act*, R.S.C. 1970, c. N-17, s. 64.  
*National Transportation Act*, R.S.C., 1985, c. N-20.  
*Telecommunications Act*, S.C. 1993, c. 38, ss. 2(1) “telecommunications common carrier”, 7, 12, 16(1) (as am. by S.C. 2010, c. 12, s. 2184), (3),(4), 64 (as am. by S.C. 1999, c. 31, s. 206(F)).

## CASES CITED

## APPLIED:

*League for Human Rights of B'nai Brith Canada v. Canada*, 2010 FCA 307, 93 Imm. L.R. (3d) 1, 409 N.R. 298; *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236, (1992), 88 D.L.R. (4th) 193, 2 Admin. L.R. (2d) 229.

## DISTINGUISHED:

*CanWest MediaWorks Inc. v. Canada (Minister of Health)*, 2008 FCA 207, 78 Admin. L.R. (4th) 1, 382 N.R. 365.

## CONSIDERED:

*Review of the proposed acquisition of an interest in Canadian Airlines International Ltd. cob under the firm name and style of Canadian Airlines International or Canadi\*n*, Decision No. 297-A-1993, dated May 27, 1993 (N.T.A.); *CSP Foods Ltd. v. Canadian Transport Commission*, [1979] 1 F.C. 3, (1978), 84 D.L.R. (3d) 541, 21 N.R. 361 (C.A.); *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735, (1980), 115 D.L.R. (3d) 1, 33 N.R. 304; *Thorne's Hardware Ltd. et al. v. The Queen et al.*, [1983] 1 S.C.R. 106, (1983), 143 D.L.R. (3d) 577, 46 N.R. 91; *C.B. Powell Limited v. Canada (Border Services Agency)*, 2010 FCA 61, [2011] 2 F.C.R. 332, 400 N.R. 367; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577.

## REFERRED TO:

*Davisville Investment Co. Ltd. and City of Toronto et al., Re* (1977), 15 O.R. (2d) 553, 76 D.L.R. (3d) 218, 2 M.P.L.R.

## 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 nationale sur les transports*, S.R.C. 1970, ch. N-17, art. 64.  
*Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, ch. 38, art. 2(1) « entreprise de télécommunication », 7, 12, 16(1) (mod. par L.C. 2010, ch. 12, art. 2184), (3),(4), 64 (mod. par L.C. 1999, ch. 31, art. 206(F)).  
*Loi sur les transports nationaux*, L.R.C. (1985), ch. N-20.  
*Règlement sur la propriété et le contrôle des entreprises de télécommunication canadiennes*, DORS/94-667, art. 2(1) « personne morale qualifiée », (2) « Canadien ».

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Ligue des droits de la personne de B'nai Brith Canada c. Canada*, 2010 CAF 307; *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236.

## DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*CanWest MediaWorks Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2008 CAF 207.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Examen d'un projet d'acquisition d'un intérêt dans les Lignes aériennes Canadien International ltée*, décision n° 297-A-1993, en date du 27 mai 1993 (O.N.T.); *CSP Foods Ltd. c. Commission canadienne des transports*, [1979] 1 C.F. 3 (C.A.); *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735; *Thorne's Hardware Ltd. et autres c. La Reine et autre*, [1983] 1 R.C.S. 106; *C.B. Powell Limited c. Canada (Agence des services frontaliers)*, 2010 CAF 61, [2011] 2 R.C.F. 332; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Davisville Investment Co. Ltd. and City of Toronto et al., Re* (1977), 15 O.R. (2d) 553, 76 D.L.R. (3d) 218, 2 M.P.L.R.



81 (C.A.); *TELUS Communications Company v. Canada* (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission), 2010 FCA 191; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160, 328 D.L.R. (4th) 1; *Canada (Attorney General) v. Almon Equipment Limited*, 2010 FCA 193, 405 N.R. 91; *Mills v. Workplace Safety and Insurance Appeals Tribunal (Ont.)*, 2008 ONCA 436, 237 O.A.C. 71; *Telfer v. Canada (Revenue Agency)*, 2009 FCA 23, [2009] 4 C.T.C. 123, 2009 DTC 5046, 386 N.R. 212; *Public Service Alliance of Canada v. Canadian Federal Pilots Assn.*, 2009 FCA 223, [2010] 3 F.C.R. 223, 98 Admin. L.R. (4th) 25, 81 C.C.E.L. (3d) 207; *Hy and Zel's Inc. v. Ontario (Attorney General)*; *Paul Magder Furs Ltd. v. Ontario (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 675, (1993), 107 D.L.R. (4th) 634, 18 C.R.R. (2d) 99; *Corp. of the Canadian Civil Liberties Assn. v. Canada (Attorney General)* (1998), 40 O.R. (3d) 489, 161 D.L.R. (4th) 225, 10 Admin. L.R. (3d) 56 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, [1999] 1 S.C.R. vii; *Harris v. Canada*, [2000] 4 F.C. 37, (2000), 187 D.L.R. (4th) 419, 2000 DTC 6373 (C.A.); *Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society v. Canada (Attorney General)*, 2010 BCCA 439, 324 D.L.R. (4th) 1, [2011] 1 W.W.R. 628, 10 B.C.L.R. (5th) 33; *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner)*, [1990] 2 S.C.R. 367, [1990] N.W.T.R. 289, (1990), 72 D.L.R. (4th) 1; *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, [1998] 3 S.C.R. 157, (1998), 223 A.R. 201, 166 D.L.R. (4th) 1; *Morgentaler v. New Brunswick*, 2009 NBCA 26, 344 N.B.R. (3d) 39, 306 D.L.R. (4th) 679, 71 C.P.C. (6th) 233.

APPEALS from a decision of the Federal Court (2011 FC 130, [2011] 3 F.C.R. 3) quashing the Governor in Council's Order in Council (*CRTC – Variation of Telecom Decision CRTC 2009-678*, Order in Council P.C. 2009-2008) varying a decision of the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (*Review of Globalive Wireless Management Corp. under the Canadian ownership and control regime*, Telecom Decision CRTC 2009-678, as amended by Telecom Decision CRTC 2009-678-1) concluding that Globalive was controlled by a non-Canadian. Appeals allowed.

#### APPEARANCES

*Thomas G. Heintzman, Q.C., Malcolm M. Mercer and Anna Matas* for appellant Globalive Wireless Management Corp.

*Robert B. MacKinnon and Alexander M. Gay* for appellant Attorney General of Canada.

81 (C.A.); *TELUS Communications Company c. Canada* (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes), 2010 CAF 191; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160; *Canada (Procureur général) c. Almon Equipment Limited*, 2010 CAF 193; *Mills v. Workplace Safety and Insurance Appeals Tribunal (Ont.)*, 2008 ONCA 436, 237 O.A.C. 71; *Telfer c. Canada (Agence du revenu)*, 2009 CAF 23; *Alliance de la Fonction publique du Canada c. Assoc. des pilotes fédéraux du Canada*, 2009 CAF 223, [2010] 3 R.C.F. 223; *Hy and Zel's Inc. c. Ontario (Procureur général)*; *Paul Magder Furs Ltd. c. Ontario (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 675; *Corp. of the Canadian Civil Liberties Assn. v. Canada (Attorney General)* (1998), 40 O.R. (3d) 489, 161 D.L.R. (4th) 225, 10 Admin. L.R. (3d) 56 (C.A.), autorisation d'appel à la C.S.C. refusée, [1999] 1 S.C.R. vii; *Harris c. Canada*, [2000] 4 C.F. 37 (C.A.); *Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society v. Canada (Attorney General)*, 2010 BCCA 439, 324 D.L.R. (4th) 1, [2011] 1 W.W.R. 628, 10 B.C.L.R. (5th) 33; *Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367; *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157; *Morgentaler c. Nouveau-Brunswick*, 2009 NBCA 26, 344 R.N.-B. (3<sup>e</sup>) 39.

APPELS à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale (2011 CF 130, [2011] 3 R.C.F. 3) annulant le décret (*CRTC – Modifie la décision de télécom CRTC 2009-678*, décret C.P. 2009-2008) par lequel la gouverneure en conseil a modifié une décision du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (*Examen de Globalive Wireless Management Corp. dans le cadre du régime de propriété et de contrôle canadiens*, décision de télécom CRTC 2009-678, modifiée par la décision de télécom CRTC 2009-678-1) selon laquelle Globalive était sous le contrôle d'un non-Canadien. Appels accueillis.

#### ONT COMPARU

*Thomas G. Heintzman, c.r., Malcolm M. Mercer et Anna Matas* pour l'appelante, Globalive Wireless Management Corp.

*Robert B. MacKinnon et Alexander M. Gay* pour l'appelant, le procureur général du Canada.

*John B. Laskin and Michael H. Ryan* for respondent Public Mobile Inc.

*Kenneth E. Jull, Stephen R. Schmidt and Natalie Haras* for respondent TELUS Communications Company.

*Steven Shrybman* for interveners.

*John B. Laskin et Michael H. Ryan* pour l'intimée, Public Mobile Inc.

*Kenneth E. Jull, Stephen R. Schmidt et Natalie Haras* pour l'intimée, TELUS Communications Company.

*Steven Shrybman* pour les intervenants.

#### SOLICITORS OF RECORD

*McCarthy Tétrault LLP*, Toronto, for appellant Globalive Wireless Management Corp.

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant Attorney General of Canada.

*Torys LLP*, Toronto, for respondent Public Mobile Inc.

*Baker & McKenzie LLP*, Toronto, and *TELUS Communications Company*, Ottawa, for respondent TELUS Communications Company.

*Sack Goldblatt Mitchell LLP*, Ottawa, for interveners.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*McCarthy Tétrault S.E.N.C.R.L., s.r.l.*, Toronto, pour l'appelante, Globalive Wireless Management Corp.  
*Sous-procureur général du Canada* pour l'appelant, le procureur général du Canada.

*Torys LLP*, Toronto, pour l'intimée, Public Mobile Inc.

*Baker & McKenzie LLP*, Toronto, et *TELUS Communications Company*, Ottawa, pour l'intimée, TELUS Communications Company.

*Sack Goldblatt Mitchell LLP*, Ottawa, pour les intervenants.

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

[1] SEXTON J.A.: The *Telecommunications Act*, S.C. 1993, c. 38 (the Act), requires that a company be Canadian-owned and controlled in order to be eligible to operate in Canada as a telecommunications common carrier. These appeals concern whether Globalive Wireless Management Corp. (Globalive) satisfies that requirement. The Governor in Council held that it does, and issued an Order in Council [*CRTC – Variation of Telecom Decision CRTC 2009-678*, P.C. 2009-2008] varying a decision of the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (the CRTC) that had concluded Globalive was controlled by a non-Canadian. On an application for judicial review in the Federal Court, the applications Judge then quashed the Order in Council: 2011 FC 130, [2011] 3 F.C.R. 3. Both Globalive and the Attorney General appealed from that decision. By order of this Court, the appeals have been consolidated. The style of cause is hereby amended to reflect the true appellants and respondents in the appeals.

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

[1] LE JUGE SEXTON, J.C.A. : La *Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, ch. 38 (la Loi) exige qu'une personne morale soit la propriété de Canadiens et sous contrôle canadien pour être admise à opérer comme entreprise de télécommunication. Les présents appels concernent la question de savoir si Globalive Wireless Management Corp. (Globalive) satisfait à cette exigence. La gouverneure en conseil a tranché qu'elle y satisfaisait et a pris un décret [*CRTC – Modifie la décision de télécom CRTC 2009-678*, décret C.P. 2009-2008] modifiant une décision du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (le CRTC) selon laquelle Globalive était sous le contrôle d'un non-Canadien. Dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire à la Cour fédérale, le juge de première instance a annulé le décret : 2011 CF 130, [2011] 3 R.C.F. 3. Globalive et le procureur général ont tous deux interjeté appel de cette décision. Les appels ont été réunis par ordonnance de la Cour. Par les présentes, l'intitulé est modifié de manière à ce que les véritables appelants et des intimées soient désignés dans ces appels.

[2] For the reasons that follow, the appeals will be allowed and the Order in Council restored.

#### Factual background

[3] The electromagnetic spectrum used for wireless telecommunications is owned and administered by the federal government. In order to operate, a telecommunications company requires a licence permitting it to use certain frequencies. In 2007 and 2008, the government held an auction for spectrum licences for advanced wireless services in the 2 gigahertz range. Though some frequencies were made available to all bidders, others were open only to new entrants. The winning bids totalled approximately \$4.25 billion.

[4] Globalive successfully bid on 30 licences at a price of more than \$442 million, covering a population of about 23 million people. Globalive is wholly owned by Globalive Investment Holdings Corporation (Globalive Holdings). 66.68 percent of voting shares in Globalive Holdings are owned by AAL Holdings Corporation (AAL), and 32.02 percent of the voting shares are owned by Orascom Telecom Holding (Canada) Limited (Orascom). Orascom is a subsidiary of Orascom Telecom Holding S.A.E. (Egypt). It is common ground that AAL qualifies as a Canadian corporation, and that Orascom does not. Because Orascom owns all non-voting shares in Globalive Holdings, it owns 65.08 percent of the company's total equity, compared to 34.25 percent owned by AAL.

[5] On March 13, 2009, the Minister of Industry issued spectrum licences to Globalive and all other successful bidders. The CRTC then convened a hearing to address concerns about Globalive's ownership structure. Globalive was a party to that proceeding, and other interested parties were invited to participate. Public Mobile Inc. (Public Mobile) did not participate in the CRTC proceedings by either written or oral submissions.

[2] Pour les motifs exposés ci-dessous, les appels seront accueillis et le décret sera rétabli.

#### Les faits

[3] Le spectre électromagnétique utilisé pour les télécommunications sans fil est la propriété du gouvernement fédéral et est administré par lui. Pour être admise à opérer, une entreprise de télécommunication doit être titulaire d'une licence qui l'autorise à utiliser certaines fréquences. En 2007 et 2008, le gouvernement a tenu une vente aux enchères de licences du spectre des services sans fil évolués à des fréquences de 2 gigahertz. Certaines fréquences étaient disponibles à tous les soumissionnaires, tandis que d'autres ne l'étaient qu'aux nouveaux venus. Les soumissions gagnantes totalisaient environ 4,25 milliards de dollars.

[4] Trente licences, couvrant une population d'environ 23 millions de personnes, ont été adjugées à Globalive pour un prix de plus de 442 millions de dollars. Globalive est détenue en propriété exclusive par Globalive Investment Holdings Corporation (Globalive Holdings). 66,68 pour 100 des actions avec droit de vote dans Globalive Holdings sont la propriété d'AAL Holdings Corporation (AAL) et 32,02 pour 100 des actions avec droit de vote sont la propriété d'Orascom Telecom Holding (Canada) Limited (Orascom). Orascom est une filiale d'Orascom Telecom Holding S.A.E (Egypt). Les parties reconnaissent qu'AAL se qualifie comme personne morale canadienne, mais non Orascom. Comme Orascom est propriétaire de toutes les actions sans droit de vote dans Globalive Holdings, elle est propriétaire de 65,08 pour 100 des capitaux propres de la société, alors qu'AAL est propriétaire de 34,25 pour 100 de ces capitaux.

[5] Le 13 mars 2009, le ministre de l'Industrie a délivré des licences de spectre à Globalive et à tous les autres soumissionnaires retenus. Le CRTC a alors tenu une audience pour répondre à certaines préoccupations relatives à la structure de la propriété de Globalive. Globalive était partie à cette procédure et d'autres parties intéressées ont été invitées à y participer. Public Mobile Inc. (Public Mobile) n'a pas pris part aux débats devant le CRTC, ni au moyen d'observations écrites, ni de vive voix.



[6] On October 29, 2009, the CRTC issued Telecom Decision 2009-678 [*Review of Globalive Wireless Management Corp. under the Canadian ownership and control regime*] (later amended slightly by Telecom Decision 2009-678-1, issued November 4, 2009), in which it concluded that Globalive is controlled by a non-Canadian and is therefore not eligible to operate as a telecommunications common carrier. The next day, the Minister of Industry announced that he intended to review the CRTC decision. He invited submissions from those who had participated in the CRTC hearings, as well as the provinces. The Minister also received comments from parties whose views were not directly solicited, including Public Mobile.

[7] On December 10, 2009, the Governor in Council issued the Order in Council, finding that Globalive is not controlled by a non-Canadian, and thus Globalive became eligible to operate in Canada.

#### Relevant legislation

[8] Section 7 of the Act sets out the objectives of Canadian telecommunications policy:

##### Objectives

7. It is hereby affirmed that telecommunications performs an essential role in the maintenance of Canada's identity and sovereignty and that the Canadian telecommunications policy has as its objectives

(a) to facilitate the orderly development throughout Canada of a telecommunications system that serves to safeguard, enrich and strengthen the social and economic fabric of Canada and its regions;

(b) to render reliable and affordable telecommunications services of high quality accessible to Canadians in both urban and rural areas in all regions of Canada;

(c) to enhance the efficiency and competitiveness, at the national and international levels, of Canadian telecommunications;

(d) to promote the ownership and control of Canadian carriers by Canadians;

[6] Le 29 octobre 2009, le CRTC a rendu la décision de télécom 2009-678 [*Examen de Globalive Wireless Management Corp. dans le cadre du régime de propriété et de contrôle canadiens*] (plus tard modifiée légèrement par la décision de télécom 2009-678-1 rendue le 4 novembre 2009), par laquelle elle a conclu que Globalive était sous contrôle non canadien et, en conséquence, qu'elle n'était pas admise à opérer comme entreprise de télécommunication. Le jour suivant, le ministre de l'Industrie a annoncé qu'il avait l'intention de réviser la décision du CRTC. Il a invité les participants aux audiences du CRTC ainsi que les provinces à présenter des observations. Le ministre a également reçu des commentaires de parties dont les points de vue n'avaient pas été directement sollicités, notamment Public Mobile.

[7] Le 10 décembre 2009, la gouverneure en conseil a pris le décret, en concluant que Globalive n'était pas sous contrôle non canadien et qu'elle était donc admise à opérer au Canada.

#### La législation pertinente

[8] L'article 7 de la Loi énonce les objectifs de la politique canadienne en matière de télécommunication :

##### Politique

7. La présente loi affirme le caractère essentiel des télécommunications pour l'identité et la souveraineté canadiennes; la politique canadienne de télécommunication vise à :

a) favoriser le développement ordonné des télécommunications partout au Canada en un système qui contribue à sauvegarder, enrichir et renforcer la structure sociale et économique du Canada et de ses régions;

b) permettre l'accès aux Canadiens dans toutes les régions — rurales ou urbaines — du Canada à des services de télécommunication sûrs, abordables et de qualité;

c) accroître l'efficacité et la compétitivité, sur les plans national et international, des télécommunications canadiennes;

d) promouvoir l'accèsion à la propriété des entreprises canadiennes, et à leur contrôle, par des Canadiens;

(e) to promote the use of Canadian transmission facilities for telecommunications within Canada and between Canada and points outside Canada;

(f) to foster increased reliance on market forces for the provision of telecommunications services and to ensure that regulation, where required, is efficient and effective;

(g) to stimulate research and development in Canada in the field of telecommunications and to encourage innovation in the provision of telecommunications services;

(h) to respond to the economic and social requirements of users of telecommunications services; and

(i) to contribute to the protection of the privacy of persons.

e) promouvoir l'utilisation d'installations de transmission canadiennes pour les télécommunications à l'intérieur du Canada et à destination ou en provenance de l'étranger;

f) favoriser le libre jeu du marché en ce qui concerne la fourniture de services de télécommunication et assurer l'efficacité de la réglementation, dans le cas où celle-ci est nécessaire;

g) stimuler la recherche et le développement au Canada dans le domaine des télécommunications ainsi que l'innovation en ce qui touche la fourniture de services dans ce domaine;

h) satisfaire les exigences économiques et sociales des usagers des services de télécommunication;

i) contribuer à la protection de la vie privée des personnes.

[9] Subsection 16(1) [as am. by S.C. 2010, c. 12, s. 2184] of the Act lists the requirements for operating as a “telecommunications common carrier” (a broad term [as defined in subsection 2(1) of the Act] meaning “a person who owns or operates a transmission facility used by that person or another person to provide telecommunications services to the public for compensation”). The first requirement is that the carrier be Canadian-owned and controlled. According to subsection 16(3), Canadian ownership and control is defined by three requirements: (a) at least 80 percent of the corporation’s board members must be individual Canadians; (b) individual Canadians must beneficially own at least 80 percent of the corporation’s voting shares; and (c) the corporation must not otherwise be controlled by persons who are not Canadians (often referred to as the “control in fact” test):

Eligibility

**16. (1)** A Canadian carrier is eligible to operate as a telecommunications common carrier if

(a) it is a Canadian-owned and controlled corporation incorporated or continued under the laws of Canada or a province; or

[9] Le paragraphe 16(1) [mod. par L.C. 2010, ch. 12, art. 2184] de la Loi énonce les exigences qui permettent à une entreprise d’opérer comme « entreprise de télécommunication » (un terme large [défini au paragraphe 2(1) de la Loi] signifiant un « [p]ropriétaire ou exploitant d’une installation de transmission grâce à laquelle sont fournis par lui-même ou une autre personne des services de télécommunication au public moyennant contrepartie »). La première exigence est que l’entreprise soit la propriété de Canadiens et sous contrôle canadien. Selon le paragraphe 16(3), trois exigences permettent de déterminer si une entreprise est la propriété de Canadiens et sous contrôle canadien : a) au moins 80 pour 100 des administrateurs de la société sont des Canadiens; b) au moins 80 pour 100 des actions avec droit de vote de la personne morale sont la propriété effective de Canadiens; c) la personne morale n’est pas par ailleurs contrôlée par des non-Canadiens (exigence à laquelle il est fait souvent référence comme étant le critère du « contrôle de fait ») :

**16. (1)** Est admise à opérer comme entreprise de télécommunication l’entreprise canadienne qui :

a) soit est une personne morale constituée ou prorogée sous le régime des lois fédérales ou provinciales et est la propriété de Canadiens et sous contrôle canadien;

Admissibilité

	(b) it owns or operates only a transmission facility that is referred to in subsection (5).	b) soit n'est propriétaire ou exploitante que d'une installation de transmission visée au paragraphe (5).	
	...	[...]	
Canadian ownership and control	(3) For the purposes of subsection (1), a corporation is Canadian-owned and controlled if	(3) Pour l'application du paragraphe (1), est la propriété de Canadiens et est contrôlée par ceux-ci la personne morale :	Contrôle et propriété canadiens
	(a) not less than eighty per cent of the members of the board of directors of the corporation are individual Canadians;	a) dont au moins quatre-vingts pour cent des administrateurs sont des Canadiens;	
	(b) Canadians beneficially own, directly or indirectly, in the aggregate and otherwise than by way of security only, not less than eighty per cent of the corporation's voting shares issued and outstanding; and	b) dont au moins quatre-vingts pour cent des actions avec droit de vote émises et en circulation sont la propriété effective, directe ou indirecte, de Canadiens, à l'exception de celles qui sont détenues à titre de sûreté uniquement;	
	(c) the corporation is not otherwise controlled by persons that are not Canadians.	c) qui n'est pas par ailleurs contrôlée par des non-Canadiens.	
Prohibition	(4) No Canadian carrier shall operate as a telecommunications common carrier unless it is eligible under this section to operate as such.	(4) Il est interdit à l'entreprise canadienne d'opérer comme entreprise de télécommunication si elle n'y est pas admise aux termes du présent article.	Interdiction
	[10] Subsection 12(1) of the Act allows the Governor in Council to vary or rescind a decision of the CRTC within one year of the CRTC's decision:	[10] Le paragraphe 12(1) de la Loi autorise le gouverneur en conseil à modifier ou annuler une décision du CRTC dans l'année suivant la décision du CRTC :	
Variation, rescission or referral	<b>12.</b> (1) Within one year after a decision by the Commission, the Governor in Council may, on petition in writing presented to the Governor in Council within ninety days after the decision, or on the Governor in Council's own motion, by order, vary or rescind the decision or refer it back to the Commission for reconsideration of all or a portion of it.	<b>12.</b> (1) Dans l'année qui suit la prise d'une décision par le Conseil, le gouverneur en conseil peut, par décret, soit de sa propre initiative, soit sur demande écrite présentée dans les quatre-vingt-dix jours de cette prise, modifier ou annuler la décision ou la renvoyer au Conseil pour réexamen de tout ou partie de celle-ci et nouvelle audience.	Modification, annulation ou réexamen
Decisions below		Les décisions des instances inférieures	
<i>CRTC decision</i>		<i>La décision du CRTC</i>	
	[11] The CRTC began by considering the first two branches of the ownership and control test in subsection 16(3) of the Act: the requirements that 80 percent of the board members be individual Canadians, and that Canadians beneficially own at least 80 percent of the	[11] Le CRTC a d'abord considéré les deux premiers volets du critère de la propriété et du contrôle au paragraphe 16(3) de la Loi : l'exigence que 80 pour 100 des administrateurs soient des Canadiens et qu'au moins 80 pour 100 des actions avec droit de vote soient la	

voting shares. It held that both of these were satisfied on the uncontested facts.

[12] On the issue of composition of the board, nine of Globalive's eleven directors must be individual Canadians pursuant to its shareholders' agreements, and so the CRTC held that the company satisfied paragraph 16(3)(a).

[13] The ownership requirement comes from paragraph 16(3)(b). The term "Canadian" is defined for the purposes of section 16 of the Act by subsection 2(2) of the *Canadian Telecommunications Common Carrier Ownership and Control Regulations*, SOR/94-667 (the Regulations). That provision defines "Canadian" as, among other things, a "qualified corporation". The latter term is itself defined in subsection 2(1) of the Regulations as a corporation in which at least two-thirds of voting shares are owned by Canadians, and which is not otherwise controlled by non-Canadians. Globalive is wholly owned by Globalive Holdings. Because 66.68 percent of its voting shares are owned by AAL, the CRTC held that Globalive Holdings in turn qualifies as Canadian under the Regulations.

[14] The CRTC turned next to the requirement under paragraph 16(3)(c) that Globalive not otherwise be controlled by non-Canadians. The CRTC held that Globalive does not meet this requirement. The CRTC applied the test set out by the National Transportation Agency in its *Canadian Airlines* decision, 297-A-1993 [*Review of the proposed acquisition of an interest in Canadian Airlines International Ltd. cob under the firm name and style of Canadian Airlines International or Canadi\*n*]:

There is no one standard definition of control in fact but generally, it can be viewed as the ongoing power or ability, whether exercised or not, to determine or decide the strategic decision-making activities of an enterprise. It can also be viewed as the ability to manage and run the day-to-day operations of an enterprise. Minority shareholders and their designated directors normally have the ability to influence a company as do others such as bankers and employees. The influence, which can be exercised either positively or negatively by way of veto rights, needs to be dominant or determining, however, for it to translate into control in fact.

propriété effective de Canadiens. Il a statué qu'il était satisfait à ces deux exigences sur le fondement des faits non contestés.

[12] Sur la question de la composition du conseil d'administration, neuf des onze administrateurs de Globalive doivent être des Canadiens en vertu de ses ententes entre actionnaires et le CRTC a donc conclu que la société satisfaisait à l'alinéa 16(3)a).

[13] L'exigence relative à la propriété découle de l'alinéa 16(3)b). Le terme « Canadien » est défini, aux fins de l'article 16 de la Loi, au paragraphe 2(2) du *Règlement sur la propriété et le contrôle des entreprises de télécommunication canadiennes*, DORS/94-667 (le Règlement). Selon cette disposition, le « Canadien » est défini comme, entre autres choses, une « personne morale qualifiée ». Ce dernier terme est lui-même défini au paragraphe 2(1) du Règlement comme une personne morale dont au moins les deux-tiers des actions avec droit de vote sont détenues par des Canadiens et qui n'est pas par ailleurs contrôlée par des non-Canadiens. Globalive Holdings détient la propriété exclusive de Globalive. Comme 66,68 pour 100 de ses actions avec droit de vote sont détenues par AAL, le CRTC a statué que Globalive Holding se qualifie elle-même comme canadienne en vertu du Règlement.

[14] Le CRTC s'est ensuite penché sur l'exigence énoncée à l'alinéa 16(3)c) voulant que Globalive ne soit pas par ailleurs contrôlée par des non-Canadiens. Le CRTC a statué que Globalive ne satisfaisait pas à cette exigence. Le CRTC a appliqué le critère énoncé par l'Office national des transports du Canada dans sa décision sur les *Lignes aériennes Canadien*, 297-A-1993 [*Examen d'un projet d'acquisition d'un intérêt dans les Lignes aériennes Canadien International ltée*] :

Il n'existe pas une définition de ce que constitue le contrôle de fait, mais, en général, il s'agit du pouvoir ou de la capacité, exercé ou non, de décider de l'orientation du processus décisionnel d'une entreprise sur ses activités. On peut également l'interpréter comme étant la capacité de gérer les activités quotidiennes d'une entreprise. En général, les actionnaires minoritaires et leurs membres désignés du conseil d'administration sont en mesure d'exercer une influence sur la compagnie au même titre que d'autres personnes comme des banquiers et des employés. Cette influence qui peut s'exercer au moyen du droit de veto, qu'elle soit positive ou négative, se doit d'être

[15] The CRTC expressed concerns that a number of aspects of Globalive's corporate organization would give Orascom influence, including: (a) Orascom's rights to appoint board members; (b) limitations on AAL's rights to dispose of its equity in Globalive Holdings; (c) the extent of Orascom's veto rights over corporate decisions; and (d) agreements between Globalive and Orascom under which Orascom provided Globalive with technical services and the right to use Orascom's WIND trademark. However, the CRTC noted that the combination of these factors would not have established that Orascom exercised "dominant and determining" control over Globalive (CRTC decision, at paragraph 117).

[16] What tipped the balance for the CRTC was the fact that Orascom had provided approximately 99 percent of Globalive's debt financing, totalling approximately \$508.4 million. According to the CRTC, "debt levels and debt financing arrangements can be important indicia of where influence lies" (CRTC decision, at paragraph 104). Globalive's reliance on Orascom—which the CRTC found may well increase in the future—combined with Globalive's apparent inability to find other financing created a situation where Orascom could exercise a great deal of continuing influence over Globalive. The combination of this debt with the CRTC's other concerns led the CRTC to conclude that Globalive was controlled in fact by Orascom, a non-Canadian (CRTC decision, at paragraphs 104–112, 118). The CRTC therefore held that Globalive is not currently eligible to operate as a telecommunications common carrier.

#### *The Order in Council*

[17] The Order in Council contains 24 unnumbered recital clauses, followed by a schedule analysing the same elements of Globalive's corporate organization that the CRTC considered.

prépondérante ou déterminante pour être qualifiée de contrôle de fait.

[15] Le CRTC a exprimé la préoccupation qu'un certain nombre d'aspects de l'organisation de l'entreprise de Globalive donne à Orascom de l'influence, notamment : a) le droit d'Orascom de nommer des administrateurs; b) des limitations aux droits d'AAL de céder ses capitaux propres dans Globalive Holdings; c) l'étendue des droits de veto d'Orascom sur les décisions de la société; et d) les ententes entre Globalive et Orascom en vertu desquelles Orascom fournit à Globalive des services techniques et lui accorde le droit d'utiliser la marque de commerce WIND d'Orascom. Cependant, le CRTC a souligné que cette combinaison de facteurs ne permettait pas de conclure qu'Orascom exerçait une influence « dominante et déterminante » sur Globalive (décision du CRTC, au paragraphe 117).

[16] L'élément déterminant pour le CRTC était le fait qu'Orascom a fourni environ 99 pour 100 du financement par emprunt de Globalive, soit au total environ 508,4 millions de dollars. Selon le CRTC, « l'ampleur de la dette et les accords de financement par emprunt peuvent révéler d'importants indices sur la source d'influence » (décision du CRTC, au paragraphe 104). La dépendance de Globalive envers Orascom — qui, selon la conclusion du CRTC, risque fort bien d'augmenter dans l'avenir — ainsi que l'incapacité manifeste de Globalive de trouver d'autres sources de financement créaient une situation dans laquelle Orascom pouvait exercer de manière continue une grande influence sur Globalive. Cette dette combinée aux autres préoccupations du CRTC ont mené celui-ci à conclure que Globalive était sous le contrôle de fait d'Orascom, une personne morale non canadienne (la décision CRTC, aux paragraphes 104 à 112 et 118). Le CRTC a par conséquent statué que Globalive était actuellement inadmissible à opérer une entreprise de télécommunication canadienne.

#### *Le décret*

[17] Le décret contient un préambule de 24 paragraphes non numérotés ainsi qu'une annexe qui analyse les mêmes éléments de l'organisation d'entreprise de Globalive que le CRTC avait examinés.



[18] The Governor in Council began by describing the CRTC's conclusions respecting control of Globalive. For ease of reference, I have numbered the recitals [the "Whereas" recitals] in the order in which they appear in the Order in Council:

[2] Whereas, in the Decision, the Commission determined that Globalive Wireless Management Corp. ("Globalive") has not met the Canadian ownership and control requirements set out in section 16 of the *Telecommunications Act* ("the Act") and is therefore not currently eligible to operate as a Canadian telecommunications common carrier;

[3] Whereas, in the Decision, the Commission identified four areas of concern relating to control in fact, namely, corporate governance, shareholder rights, commercial arrangements and economic participation of non-Canadians;

[4] Whereas, in the Decision, the Commission identified changes required to Globalive's corporate structure and documents, namely, the composition of the boards of directors, the definition of "Eligible Purchaser" and the threshold for veto rights, in order to address the Commission's concerns;

[5] Whereas, in the Decision, the Commission concluded that, despite the changes made to Globalive's corporate structure and documents and provided the additional required changes are made, the remaining levers of influence by a non-Canadian, namely, the fact that it holds 65% of the equity financing, is the principal source of technical expertise and provides access to an established wireless trademark, would not have caused it to conclude that Globalive did not meet the Canadian ownership and control requirements if it was not for the fact that the same non-Canadian entity is providing the vast majority of Globalive's debt financing;

[19] The Governor in Council agreed with the CRTC that the *Canadian Airlines* test applied, and that "multiple levers of influence can, when combined, amount to control" (recitals 15 and 17). In this case, however, the Governor in Council concluded that Orascom's influence on Globalive did not amount to dominant or determining control (recital 18). Having reached this conclusion, the Governor in Council observed:

[18] La gouverneure en conseil a d'abord exposé les conclusions du CRTC ayant trait au contrôle de Globalive. Pour faciliter la consultation, j'ai numéroté les paragraphes du préambule [les « Attendu[s] »] dans l'ordre dans lequel ils se suivent dans le décret :

[2] Attendu que, dans la décision, le Conseil a conclu que Globalive Wireless Management Corp. (« Globalive ») ne satisfaisait pas aux exigences de propriété et de contrôle canadiens énoncées à l'article 16 de la *Loi sur les télécommunications* (« la Loi ») et qu'elle n'est donc pas admise, à l'heure actuelle, à opérer comme entreprise de télécommunication canadienne;

[3] Attendu que, dans la décision, le Conseil soulève quatre questions préoccupantes relatives au contrôle de fait, soit la gouvernance de l'entreprise, les droits des actionnaires, les ententes commerciales et la participation économique de non-Canadiens;

[4] Attendu que, dans la décision, le Conseil a énuméré les changements que Globalive devait apporter à sa structure et à ses documents, à savoir la composition des conseils d'administration, la définition de « acheteur admissible » et le seuil relatif au droit de veto, pour dissiper ses préoccupations;

[5] Attendu que, dans la décision, le Conseil a conclu que, malgré les changements apportés à la structure et aux documents de Globalive et à condition que les autres changements requis soient apportés, les moyens dont dispose toujours le non-Canadien pour exercer de l'influence — le fait qu'il détient 65 pour cent du financement par capitaux propres, qu'il constitue la source principale du savoir-faire technique et qu'il fournit l'accès à une marque de commerce établie dans le domaine du sans-fil — ne l'aurait pas amené à conclure que Globalive ne satisfait pas aux exigences de propriété et de contrôle canadiens, si ce n'est que ce même non-Canadien fournit à celle-ci la plus grande partie de son financement par emprunt;

[19] La gouverneure en conseil était d'accord avec le CRTC pour dire que le critère énoncé dans *Lignes aériennes Canadien* s'appliquait et que « la combinaison de plusieurs moyens d'influencer peut se traduire en contrôle de fait » (paragraphes 15 et 17 du préambule). En l'espèce, toutefois, la gouverneure en conseil a conclu que l'influence d'Orascom sur Globalive n'équivalait pas à un contrôle dominant et déterminant (paragraphe 18 du préambule). Après avoir tiré cette conclusion, la gouverneure en conseil a fait observer ce qui suit :

[22] Whereas the Governor in Council considers that the Decision deprives Canadians of the possibility for a more competitive wireless telecommunication market by preventing the roll-out of service to the public by a Canadian-owned and controlled company;

[23] And whereas the Governor in Council considers that this Order is based on the facts of this particular case and has a significant direct impact only on Globalive;

[20] The Governor in Council did refer in the recitals to some policy considerations:

[6] Whereas Canadian telecommunications policy objectives include rendering reliable and affordable telecommunications services of high quality accessible to Canadians in both urban and rural areas in all regions of Canada, promoting the ownership and control of Canadian carriers by Canadians and enhancing the efficiency and competitiveness, at the national and international levels, of Canadian telecommunications;

[7] Whereas the Minister of Industry took measures in the context of the Advanced Wireless Spectrum auction in 2007-2008 to encourage the emergence and participation of new entrants in order to foster greater competition in the Canadian wireless telecommunication market and further innovation in the industry and to respond to the requirements of Canadian users of telecommunication services with a goal of lower prices, better service and more choice for consumers and business;

...

[10] Whereas the Governor in Council considers that, when possible, the Canadian ownership and control requirements should be applied in support of the Canadian telecommunications policy objectives set out in the Act, including enhancing competition in the telecommunications market;

[11] Whereas the Canadian ownership and control requirements of the Act restrict the ownership of voting shares by non-Canadians, but the Act does not impose limits on foreign investment in telecommunication common carriers and should be interpreted in a way that ensures that access to foreign capital, technology and experience is encouraged in a manner that supports all of the Canadian telecommunication policy objectives;

[22] Attendu que la gouverneure en conseil estime que la décision prive les Canadiens de la possibilité d'un marché des télécommunications sans fil plus concurrentiel en empêchant le lancement d'un service au public par une compagnie appartenant à des canadiens et sous contrôle par eux;

[23] Attendu que la gouverneure en conseil considère que le présent décret se fonde sur des faits propres à ce cas et n'a des répercussions directes importantes que sur Globalive;

[20] La gouverneure en conseil a fait référence dans le préambule à certaines questions de politique :

[6] Attendu que la politique canadienne en matière de télécommunications a entre autres comme objectif de permettre l'accès aux Canadiens dans toutes les régions — rurales ou urbaines — du Canada à des services de télécommunications sûrs, abordables et de qualité, de promouvoir l'accession à la propriété des entreprises canadiennes, et à leur contrôle, par des Canadiens et d'accroître l'efficacité et la compétitivité, sur les plans national et international, des télécommunications canadiennes;

[7] Attendu que le ministre de l'Industrie a pris des mesures dans le cadre des enchères du spectre des services sans fil évolués, en 2007-2008, pour favoriser l'émergence et la participation des nouveaux venus et de ce fait stimuler la concurrence et l'innovation sur le marché canadien des télécommunications sans fil, et de répondre aux besoins des utilisateurs canadiens des services de télécommunications en vue d'obtenir une réduction des prix et une amélioration du service et des choix offerts aux consommateurs et aux entreprises;

[...]

[10] Attendu que la gouverneure en conseil considère que, dans la mesure du possible, le fait de satisfaire aux exigences de propriété et de contrôle canadiens devrait appuyer les objectifs de la politique canadienne en matière de télécommunication énoncés dans la Loi, notamment accroître la concurrence sur le marché des télécommunications;

[11] Attendu que les exigences de propriété et de contrôle canadiens restreignent le droit de propriété d'actions avec droit de vote de non-Canadiens, mais que la Loi ne limite pas l'investissement étranger dans les entreprises de télécommunication et que celle-ci devrait s'interpréter de manière à favoriser l'accès aux capitaux, à la technologie et au savoir-faire étrangers dans le but d'appuyer tous les objectifs de la politique canadienne en matière de télécommunication;

[21] The Governor in Council ordered that the CRTC decision be varied “as set out in the annexed schedule”.

[22] The schedule sets out additional reasons for the Governor in Council’s decision with respect to control in fact. The most significant difference between the reasoning of the CRTC and the Governor in Council relates to Orascom’s role providing the vast majority of Globalive’s financing. It is worth setting out the Governor in Council’s reasoning, in the schedule, on this point in full:

**15.** There are no statutory restrictions on the amount of debt that a non-Canadian entity can provide to a telecommunications common carrier. However, debt levels and debt financing arrangements can be an indicator of where influence lies under the control in fact test.

**16.** In the present case, Orascom, the significant non-Canadian shareholder, has provided the bulk of Globalive’s current debt, which represents the vast majority of Globalive’s total financing, though it has been able to secure substantial third-party vendor financing.

**17.** The concentration of debt and equity in the hands of a single entity is not determinative of control in and of itself. However, it can create an opportunity for influence. In cases such as this one, where a company is heavily debt financed, this opportunity can translate into significant influence over the venture by the debt holder. The terms and conditions attached to this equity and debt financing are of utmost relevance when assessing whether the level of influence associated with the financing, on balance, amounts to control in the hands of the non-Canadian, on its own or in combination with other levers of influence.

**18.** While the magnitude of the debt financing provided by Orascom, the relative debt to equity financing and the fact that the debt is concentrated in the hands of a single entity cause concern with the loans as a source of Orascom influence, the elimination of the positive and negative covenants, the lack of conversion rights, the lengthening of the term of the loan and renewal rights (thereby providing stability to Globalive), the right of Globalive to retire or replace the debt without penalty and the modifications to the default provisions of the loan go a long way toward minimizing this concern. The ability of Orascom to use the existing loans, or the terms attached to those loans, as levers of influence is sufficiently diminished.

[21] La gouverneure en conseil a ordonné que la décision du CRTC soit modifiée « conformément à l’annexe ci-après ».

[22] L’annexe expose des motifs additionnels à l’appui de la décision de la gouverneure en conseil sur le contrôle de fait. La différence la plus significative entre les raisonnements du CRTC et de la gouverneure en conseil porte sur le rôle d’Orascom de fournir la plus grande partie du financement de Globalive. Il sera utile de citer entièrement le raisonnement de la gouverneure en conseil sur ce point dans l’annexe :

**15.** La loi ne prévoit aucune restriction quant au montant des créances qu’une entité non canadienne peut avoir sur une entreprise de télécommunication canadienne. Toutefois, l’ampleur de la dette et les accords de financement par emprunt peuvent être un indice d’influence selon le critère du contrôle de fait.

**16.** Dans le cas présent, Orascom, principal actionnaire non canadien, a consenti la majorité des prêts constituant la dette actuelle de Globalive, laquelle représente la plus grande part du financement total de Globalive, quoique celle-ci ait été en mesure d’obtenir un financement substantiel auprès de tiers vendeurs.

**17.** La concentration des capitaux d’emprunt et des capitaux propres entre les mains d’une seule entité n’est pas en soi un facteur déterminant de contrôle; cependant, elle peut donner l’occasion d’exercer de l’influence. Dans des circonstances telles que celle-ci, lorsqu’une entreprise est largement financée par emprunt, elle est susceptible de subir une influence importante de la part de son créancier. Les modalités de ce financement par capitaux propres et par emprunt sont de la plus grande importance dans ce cas pour évaluer si le degré d’influence qui en découle, dans l’ensemble, équivaut au contrôle par le non-Canadien en soi ou compte tenu d’autres moyens d’influence.

**18.** Quoique l’importance du financement par emprunt provenant d’Orascom, le ratio relatif capitaux d’emprunt/capitaux propres et le fait que le financement par emprunt provienne d’une seule source soulèvent des préoccupations relatives à l’influence que pourrait exercer Orascom, l’élimination des clauses restrictives (tant positives que négatives), l’absence de droits de conversion, la prolongation de la durée du prêt et les droits de renouvellement (élément de stabilité pour Globalive), le droit de Globalive de retirer ou de remplacer l’emprunt sans pénalité et la modification des dispositions relatives au défaut de paiement du prêt contribuent beaucoup à dissiper ces préoccupations. La capacité d’Orascom de se servir des prêts existants ou des modalités de ces prêts comme moyens d’influence est suffisamment atténuée.

19. The reliance on non-Canadians for future financing is not determinative of control in and of itself, but it can create an opportunity for influence. During the oral phase of the public hearing, Globalive noted that Orascom and AAL had planned to rely heavily on external financing to capitalize Globalive. However, following completion of the Advanced Wireless Spectrum auction, Globalive's efforts to obtain external financing to replace Orascom's coincided with a major downturn in the credit markets. Orascom indicated that it is not interested in remaining Globalive's major lender and is committed to transferring its loans to an outside party. While, at this time, Orascom remains the major source of debt financing for Globalive in the near term, it is expected that Globalive will be in a position to secure financing from third parties in the future.

20. In summary, such a significant concentration of debt in the hands of Orascom provides Orascom with influence over Globalive. However, given the exceptional terms and conditions of the lending instruments which severely restrict the protection afforded to the lender and the rights of Globalive to renew the debt for up to six years or to retire it at its entire discretion without penalty (so that the existence of those loans is not precarious), the debt financing provided by Orascom does not enable it to control in fact either the strategic or operational decisions of Globalive.

It is clear that, in reaching its decision on control in fact, the Governor in Council decided the issue without referring at all to any policy issues.

#### *Federal Court decision*

[23] The applications Judge began by holding that Public Mobile had standing to challenge the Order in Council. He also held that the standard of review applicable to the Order in Council was correctness.

[24] According to the applications Judge, the Order in Council contained two reviewable errors. First, by stating in recital 11 that the Act should be interpreted in a way that encourages access to foreign capital, technology, and experience, the Governor in Council inserted a "previously unknown" policy objective into the Act and therefore considered an irrelevant factor (see reasons, at paragraph 107). Second, the Governor in Council "acted outside the legal parameters of the Act" by stating in recital 23 that its decision impacted only on Globalive

19. L'appel à des non-Canadiens pour un futur financement ne détermine pas en soi le contrôle; toutefois, elle peut créer une possibilité d'influence. Lors des représentations orales faites dans le cadre de l'audience publique, Globalive a précisé qu'Orascom et AAL avaient prévu recourir essentiellement à un financement externe pour capitaliser Globalive. Toutefois, après la clôture de la vente aux enchères du spectre réservé aux services sans fil évolués les efforts de Globalive pour obtenir un financement externe afin de remplacer Orascom ont coïncidé avec un resserrement majeur des marchés du crédit. Orascom a fait savoir qu'elle ne voulait pas rester le principal prêteur de Globalive et qu'elle entend transférer ses prêts à un tiers externe. Quoique, pour le moment, Orascom reste la principale source de financement par emprunt de Globalive à moyen terme, on s'attend à ce que Globalive soit en mesure de se procurer des investissements de tiers dans l'avenir.

20. En résumé, une telle concentration de la dette entre les mains d'Orascom lui permet d'influencer Globalive. Toutefois, compte tenu d'une part, des modalités exceptionnelles des accords de prêts qui restreignent de façon importante les protections accordées au prêteur et, d'autre part, les droits de Globalive de renouveler l'emprunt pendant une période pouvant aller jusqu'à six ans ou de le retirer à son entière discrétion, sans pénalité (de sorte que les emprunts ne sont pas précaires), le financement par emprunt fourni par Orascom ne lui permet pas d'exercer un contrôle de fait sur les décisions de Globalive, tant sur le plan stratégique que sur le plan opérationnel.

Il est clair que la gouverneure en conseil a tranché la question du contrôle de fait sans faire référence à aucune question de politique.

#### *La décision de la Cour fédérale*

[23] Le juge de première instance a d'abord statué que Public Mobile avait qualité pour contester le décret. Il a également statué que la norme de contrôle applicable au décret était celle de la décision correcte.

[24] Selon le juge de première instance, le décret contenait deux erreurs susceptibles de contrôle. Premièrement, en déclarant dans le paragraphe 11 du préambule que la Loi devait être interprétée de manière à favoriser l'accès aux capitaux, à la technologie et au savoir-faire étrangers, la gouverneure en conseil a ajouté un « nouvel » objectif aux objectifs de politique énoncés dans la Loi et elle a par conséquent considéré un facteur non pertinent (voir motifs, au paragraphe 107). Deuxièmement, la gouverneure en conseil « a outrepassé les dispositions

(see reasons, at paragraph 118). The applications Judge held that the Governor in Council cannot restrict its interpretation of the Act to one individual.

[25] The applications Judge therefore quashed the Order in Council.

#### Analysis

##### *Standard of review*

[26] To begin with, the Governor in Council “has the power to do what the Courts cannot do which is to substitute his views as to the public interest for that of the Commission” (*CSP Foods Ltd. v. Canadian Transport Commission*, [1979] 1 F.C. 3 (C.A.) (*CSP Foods*), at pages 9–10; see also *Davisville Investment Co. Ltd. and City of Toronto et al., Re* (1977), 15 O.R. (2d) 553 (C.A.), at pages 555–556). A decision of the CRTC may be reviewed in two ways. It may be appealed directly to this Court with leave pursuant to section 64 [as am. by S.C. 1991, c. 31, s. 206(F)] of the Act, where both factual and legal issues will likely be reviewed on a reasonableness standard (see *TELUS Communications Company v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, 2010 FCA 191, at paragraphs 33–34). The decision may also be reviewed by the Governor in Council pursuant to section 12. This procedure is very different than the section 64 appeal, and the Governor in Council reviews the CRTC’s decision *de novo*. This Court is therefore reviewing the Order in Council. All aspects of the Order in Council are subject to judicial review.

[27] Counsel for the Attorney General argued that orders in council are immune from review, except for “jurisdictional error”, and only in “egregious circumstances”. He relied in this respect on the Supreme Court’s decision in *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735 (*Inuit Tapirisat*). That case concerned an order in council made under

de la *Loi sur les télécommunications* » en déclarant au paragraphe 23 du préambule que sa décision n’avait de répercussions que sur Globalive (voir motifs, au paragraphe 118). Le juge de première instance a statué que la gouverneure en conseil ne pouvait pas restreindre son interprétation de la Loi à une seule personne.

[25] Le juge de première instance a en conséquence annulé le décret.

#### Analyse

##### *La norme de contrôle*

[26] Tout d’abord, « contrairement [aux tribunaux], [le gouverneur en conseil] peut substituer ses vues concernant l’intérêt public à celles de la Commission » (*CSP Foods Ltd. c. Commission canadienne des transports*, [1979] 1 C.F. 3 (C.A.) (*CSP Foods*), aux pages 9 et 10; voir aussi l’arrêt *Davisville Investment Co. Ltd. and City of Toronto et al., Re* (1977), 15 O.R. (2d) 553 (C.A.), aux pages 555 et 556). Une décision du CRTC peut être examinée de deux manières. Il peut en être appelé directement à la Cour avec son autorisation en vertu de l’article 64 [mod. par L.C. 1999, ch. 31, art. 206(F)] de la Loi, et il est alors probable que les questions de fait ainsi que de droit seront examinées suivant la norme de la décision raisonnable (voir *TELUS Communications Company c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, 2010 CAF 191, aux paragraphes 33 et 34). La décision peut également être révisée par le gouverneur en conseil en vertu de l’article 12. Il s’agit d’une procédure très différente de l’appel prévu à l’article 64 et le gouverneur en conseil révisé la décision du CRTC en reprenant l’affaire depuis le début. La Cour procède par conséquent au contrôle du décret. Tous les éléments du décret peuvent faire l’objet du contrôle judiciaire.

[27] L’avocat du procureur général a soutenu que les décrets ne sont pas susceptibles de contrôle, sauf en cas [TRADUCTION] « d’erreur de compétence » et seulement dans [TRADUCTION] « les cas les plus flagrants ». Il s’est appuyé à cet égard sur l’arrêt *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735 (*Inuit Tapirisat*), de la Cour suprême. Cette



section 64 of the *National Transportation Act*, R.S.C. 1970, c. N-17, the predecessor of section 12 the Act. Writing for a unanimous Court, Justice Estey held, at page 756, that “the discretion of the Governor in Council is complete provided he observes the jurisdictional boundaries of s. 64(1).” Counsel also referred to *Thorne’s Hardware Ltd. et al. v. The Queen et al.*, [1983] 1 S.C.R. 106, at page 111, where Justice Dickson (as he then was) wrote that “[a]lthough, as I have indicated, the possibility of striking down an order in council on jurisdictional or other compelling grounds remains open, it would take an egregious case to warrant such action.”

[28] When the Court in *Inuit Tapirisat* spoke of reviewing orders in council on jurisdictional grounds, it was invoking a concept used in administrative law as it existed at that time. “Jurisdictional question” then had a much wider meaning, encompassing what would today be considered mere errors of law or other reviewable defects. As Justice Stratas noted in *C.B. Powell Limited v. Canada (Border Services Agency)*, 2010 FCA 61, [2011] 2 F.C.R. 332, at paragraphs 41–42:

Long ago, courts interfered with preliminary or interlocutory rulings by administrative agencies, tribunals and officials by labelling the rulings as “preliminary questions” that went to “jurisdiction”: see, e.g., *Bell v. Ontario Human Rights Commission*, [1971] S.C.R. 756. By labelling tribunal rulings as “jurisdictional,” courts freely substituted their view of the matter for that of the tribunal, even in the face of clear legislation instructing them not to do so.

Quite simply, the use of the label “jurisdiction” to justify judicial interference with ongoing administrative decision-making processes is no longer appropriate.

[29] In *Inuit Tapirisat*, the Supreme Court was using the term jurisdictional in the broad sense that has since been rejected. Indeed, the Court in that case, at page 752, clearly acknowledged that the Governor in Council is

affaire concernait un décret pris en vertu de l’article 64 de la *Loi nationale sur les transports*, S.R.C. 1970, ch. N-17, la disposition remplacée par l’article 12 de la Loi. Au nom des juges unanimes, le juge Estey a conclu à la page 756 que « le gouverneur en conseil a entière discrétion dans la mesure où il respecte les limites fixées à sa compétence par le par. 64(1) ». L’avocat s’est également appuyé sur l’arrêt *Thorne’s Hardware Ltd. et autres c. La Reine et autre*, [1983] 1 R.C.S. 106, dans lequel le juge Dickson (tel était alors son titre) a écrit ce qui suit, à la page 111 : « Comme je l’ai déjà indiqué, bien qu’un décret du Conseil puisse être annulé pour incompétence ou pour tout autre motif péremptoire, seul un cas flagrant pourrait justifier une pareille mesure. »

[28] En parlant dans l’arrêt *Inuit Tapirisat* du contrôle des décrets pour des motifs de compétence, la Cour a invoqué un concept utilisé en droit administratif applicable à l’époque. Le terme [TRADUCTION] « question de compétence » avait alors une signification beaucoup plus large et comprenait ce qui aujourd’hui serait considéré comme de simples erreurs de droit ou d’autres lacunes susceptibles de contrôle. Comme le juge Stratas l’a fait remarquer dans l’arrêt *C.B. Powell Limited c. Canada (Agence des services frontaliers)*, 2010 CAF 61, [2011] 2 R.C.F. 332, aux paragraphes 41 et 42 :

Jadis, les cours de justice intervenaient dans les décisions préliminaires ou interlocutoires rendues par des organismes administratifs, des fonctionnaires ou des tribunaux administratifs en qualifiant ces décisions de « questions préliminaires » portant sur la « compétence » (voir, par ex., l’arrêt *Bell c. Ontario Human Rights Commission*, [1971] R.C.S. 756). En qualifiant de « décisions portant sur la compétence » les décisions rendues par des tribunaux administratifs, les cours de justice n’hésitaient pas à substituer leur opinion de l’affaire à celle du tribunal administratif, et ce, même lorsque la loi leur interdisait dans les termes les plus nets de le faire.

Le recours à l’étiquette « compétence » pour justifier l’intervention des tribunaux judiciaires dans le déroulement d’un processus de prise de décision administratif ne convient tout simplement plus.

[29] Dans l’arrêt *Inuit Tapirisat*, la Cour suprême utilisait le terme « de compétence » au sens large qui a été rejeté depuis. À dire vrai, la Cour dans ce cas, à la page 752, a clairement reconnu que le gouverneur en

constrained by statute and that its decision is invalid if it goes beyond the limits of that statute:

However, in my view the essence of the principle of law here operating is simply that in the exercise of a statutory power the Governor in Council, like any other person or group of persons, must keep within the law as laid down by Parliament or the Legislature. Failure to do so will call into action the supervising function of the superior court whose responsibility is to enforce the law, that is to ensure that such actions as may be authorized by statute shall be carried out in accordance with its terms, or that a public authority shall not fail to respond to a duty assigned to it by statute.

That is exactly the sort of error alleged against the Governor in Council in the present case.

[30] In addition, the Supreme Court made clear in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), at paragraphs 27–28, that the rule of law requires that all exercises of public authority be subject to scrutiny by courts. This principle is not limited to exercises of authority by recognized administrative tribunals. Though some decision making is entitled to be reviewed on the standard of reasonableness, none is completely immunized from judicial review:

As a matter of constitutional law, judicial review is intimately connected with the preservation of the rule of law. It is essentially that constitutional foundation which explains the purpose of judicial review and guides its function and operation...

By virtue of the rule of law principle, all exercises of public authority must find their source in law. All decision-making powers have legal limits, derived from the enabling statute itself, the common or civil law or the Constitution. Judicial review is the means by which the courts supervise those who exercise statutory powers, to ensure that they do not overstep their legal authority. The function of judicial review is therefore to ensure the legality, the reasonableness and the fairness of the administrative process and its outcomes. [Emphasis added.]

[31] In *League for Human Rights of B'nai Brith Canada v. Canada*, 2010 FCA 307, 93 Imm. L.R. (3d) 1 (*Odynsky*), this Court reviewed an order in council using the reasonableness standard. In my view, that standard also applies here. It is acknowledged by the parties that the Governor in Council applied the correct legal test.

conseil est limité par la loi et que sa décision n'est pas valide lorsqu'elle outrepassse les limites de cette loi :

Cependant, à mon avis, l'essentiel du principe de droit applicable en l'espèce est simplement que dans l'exercice d'un pouvoir conféré par la loi, le gouverneur en conseil, comme n'importe quelle autre personne ou groupe de personnes, doit respecter les limites de la loi édictée par le Parlement ou la Législature. Y déroger déclenche le rôle de surveillance de la cour supérieure qui a la responsabilité de faire appliquer la loi, c'est-à-dire de s'assurer que les actes autorisés par la loi sont accomplis en conformité avec ses dispositions ou qu'une autorité publique ne se dérobe pas à une obligation qu'elle lui impose.

Il s'agit exactement de la sorte d'erreur alléguée à l'encontre de la gouverneure en conseil en l'espèce.

[30] De plus, la Cour suprême a fait clairement savoir dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), aux paragraphes 27 et 28, que la primauté du droit requérait que tous les exercices du pouvoir public soient assujettis à l'examen des tribunaux. Ce principe ne se limite pas aux exercices d'un pouvoir par des tribunaux administratifs reconnus. Bien que certaines décisions puissent être susceptibles de contrôle selon la norme de la décision raisonnable, aucune n'est complètement à l'abri du contrôle judiciaire :

Sur le plan constitutionnel, le contrôle judiciaire est intimement lié au maintien de la primauté du droit. C'est essentiellement cette assise constitutionnelle qui explique sa raison d'être et oriente sa fonction et son application [...]

La primauté du droit veut que tout exercice de l'autorité publique procède de la loi. Tout pouvoir décisionnel est légalement circonscrit par la loi habilitante, la common law, le droit civil ou la Constitution. Le contrôle judiciaire permet aux cours de justice de s'assurer que les pouvoirs légaux sont exercés dans les limites fixées par le législateur. Il vise à assurer la légalité, la rationalité et l'équité du processus administratif et de la décision rendue. [Non souligné dans l'original.]

[31] Dans l'arrêt *Ligue des droits de la personne de B'nai Brith Canada c. Canada*, 2010 CAF 307 (*Odynsky*), la Cour a examiné un décret selon la norme de la décision raisonnable. À mon avis, cette norme s'applique à la présente espèce. Les parties reconnaissent que la gouverneure en conseil a appliqué le bon critère juridique.

The Governor in Council's application of the control-in-fact test and its references to telecommunications policy objectives were decisions of mixed fact, policy, and law to which the reasonableness standard applies (*Dunsmuir* at paragraph 51; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160 (*Smith*), at paragraph 26). The need for deference is underscored by the nature of the section 12 review process. Rather than giving this Court the exclusive right to review CRTC decisions, Parliament chose to vest concurrent review in the Governor in Council. This tells us that the nature of the decision is not just a narrow matter of corporate law, but rather one with significant policy import. In *Odynsky*, this Court thoroughly considered the nature of the Governor in Council's authority. Justice Stratas said, at paragraphs 76, 78–79, 85 and 86:

In assessing the scope of a decision-maker's discretion, sometimes it is helpful to consider the nature of the body that is exercising the discretion. In subsection 10(1) [of the *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29], Parliament has nominated the Governor in Council as the body to receive the report.

...

In practical terms, then, a statute that vests decision-making in the Governor in Council implicates the decision-making of Cabinet, a body of diverse policy perspectives representing all constituencies within government.

Did Parliament really intend in subsection 10(1) to restrict this body to a narrow date-setting function? Or did Parliament intend this body to review the entirety of the situation, as reflected in the Minister's report, and make a final substantive decision on whether citizenship should be revoked? In my view, the latter seems more plausible given the nature of this legislative scheme and the vesting of final authority in the Governor in Council.

...

Under the standard of reasonableness, our task is not to find facts, reweigh them, or substitute our decision for the Governor

L'application par la gouverneure en conseil du critère du contrôle de fait et les références qu'elle a faites aux objectifs de politique en matière de télécommunications étaient des questions mixtes de fait, de politique et de droit auxquelles la norme de la décision raisonnable s'applique (*Dunsmuir*, au paragraphe 51; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160 (*Smith*), au paragraphe 26). La nécessité de faire preuve de déférence est renforcée par la nature de la procédure de révision prévue à l'article 12. Plutôt que de donner à la Cour le droit exclusif d'examiner les décisions du CRTC, le Parlement a choisi de conférer un pouvoir de contrôle concurrent au gouverneur en conseil. Cela signifie que la nature de la décision n'est pas seulement une question étroite touchant au droit des sociétés, mais plutôt une question de politique ayant des répercussions importantes. Dans l'arrêt *Odynsky*, la Cour a fait un examen minutieux de la nature du pouvoir du gouverneur en conseil. Le juge Stratas y écrit, aux paragraphes 76, 78 et 79, 85 et 86 :

Pour préciser la portée d'un pouvoir discrétionnaire, il est parfois utile de se pencher sur la nature de l'entité à qui ce pouvoir discrétionnaire est reconnu. Aux termes du paragraphe 10(1) [de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29], c'est au gouverneur en conseil que le législateur a confié le soin de recevoir le rapport.

[...]

En pratique, cela veut dire qu'une loi qui confère au gouverneur en conseil un pouvoir de décision suppose une décision du Cabinet, c'est-à-dire d'une entité au sein de laquelle la politique générale de l'État est débattue de multiples points de vue représentant les divers intérêts des groupes qui composent le gouvernement.

Le législateur a-t-il vraiment voulu qu'aux termes du paragraphe 10(1), cet organisme ait uniquement pour tâche de fixer une date? Ou le législateur n'a-t-il pas entendu confier à cet organisme la tâche d'examiner l'ensemble de la situation, telle qu'exposée dans le rapport du ministre, et de se prononcer sur le fond en décidant de l'opportunité de révoquer la citoyenneté? Compte tenu de l'économie de la Loi en question, et du fait que c'est au gouverneur en conseil qu'appartient la décision finale, cette deuxième hypothèse me paraît plus vraisemblable.

[...]

Suivant la norme de la raisonabilité, il ne nous appartient pas de constater les faits, de les apprécier à nouveau ou de

in Council. Rather, our task is to ask ourselves whether the decision of the Governor in Council fell within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and the law....

Subsection 10(1) does not provide any specific criteria or formula for the Governor in Council to follow in carrying out this task. It leaves the Governor in Council free to act on the basis of policy, but those policies cannot conflict with the Act or its purposes....

[32] I adopt Justice Stratas' statements. However, I cannot accept the submission of Globalive and the Attorney General that the standard of review should be reasonableness "with a high degree of deference". This does not constitute a distinct standard of review under the *Dunsmuir* framework (*Canada (Attorney General) v. Almon Equipment Limited*, 2010 FCA 193, 405 N.R. 91, at paragraph 32; *Mills v. Workplace Safety and Insurance Appeals Tribunal (Ont.)*, 2008 ONCA 436, 237 O.A.C. 71 (*Mills*), at paragraph 18). *Dunsmuir* eliminated the patent unreasonableness standard (essentially reasonableness with extra deference) and made clear that there are now only two standards of review.

[33] However, the Court must apply the reasonableness standard with appropriate regard to the factual and legal context, particularly the identity of the decision maker and the nature of the decision under review (*Telfer v. Canada (Revenue Agency)*, 2009 FCA 23, [2009] 4 C.T.C. 123, at paragraph 29; *Mills*, at paragraph 22). Because of the Governor in Council's policy function and expertise and the nature of the order in council, a broad range of decisions will fall within the range of reasonable outcomes (*Mills*, at paragraph 22).

[34] Although the Court in *Inuit Tapirisat* used jurisdictional language to describe such an error, I do not believe it constitutes a true question of jurisdiction or *vires* in the *Dunsmuir* sense of the term. While Public Mobile and TELUS question whether the Governor in Council correctly applied paragraph 16(3)(c) of the Act,

substituer notre propre décision à celle du gouverneur en conseil. Notre tâche consiste plutôt à nous demander si la décision du gouverneur en conseil fait partie des issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit [...]

En cela, le paragraphe 10(1) ne propose au gouverneur en conseil aucun critère ni aucune formule à appliquer. La disposition en question laisse le gouverneur en conseil libre de faire intervenir des considérations de politique générale, mais ces considérations ne doivent aller à l'encontre ni des dispositions de la Loi ni de son objet [...]

[32] Je fais miennes les déclarations du juge Stratas. Cependant, je ne peux pas souscrire à l'observation écrite de Globalive et du procureur général selon laquelle la norme de contrôle applicable devrait être celle de la décision raisonnable [TRADUCTION] « qui commande également un degré élevé de déférence ». Il ne s'agit pas d'une norme distincte de contrôle énoncée dans l'arrêt *Dunsmuir (Canada (Procureur général) c. Almon Equipment Limited*, 2010 CAF 193, au paragraphe 32; *Mills v. Workplace Safety and Insurance Appeals Tribunal (Ont.)*, 2008 ONCA 436, 237 O.A.C. 71 (*Mills*), au paragraphe 18). L'arrêt *Dunsmuir* a éliminé la norme de la décision manifestement déraisonnable (soit essentiellement la raisonnable avec une retenue accrue) et a fait clairement ressortir qu'il n'existait plus désormais que deux normes de contrôle.

[33] Cependant, la Cour doit appliquer la norme de la raisonnable en ayant égard au contexte factuel et juridique, particulièrement en ce qui a trait à l'identité du décideur et à la nature de la décision visée par le contrôle (*Telfer c. Canada (Agence du revenu)*, 2009 CAF 23, au paragraphe 29; *Mills*, au paragraphe 22). Compte tenu de l'expertise du gouverneur en conseil et du fait que son rôle vise l'intérêt public, et compte tenu de la nature du décret, un large éventail de décisions appartiendra à la catégorie des issues raisonnables (*Mills*, au paragraphe 22).

[34] Bien que la Cour dans l'arrêt *Inuit Tapirisat* ait utilisé des termes ayant trait à la compétence pour expliquer une telle erreur, je ne crois pas que cette erreur touche véritablement à la compétence ou à la constitutionnalité au sens énoncé dans l'arrêt *Dunsmuir*. Il est vrai que Public Mobile et TELUS demandent à la Cour d'examiner

the error they allege is really just one of statutory interpretation (see *Public Service Alliance of Canada v. Canadian Federal Pilots Assn.*, 2009 FCA 223, [2010] 3 F.C.R. 219, at paragraphs 39 and 49–50). They do not dispute that the Governor in Council has the authority to vary the CRTC’s decision in appropriate cases.

[35] Public Mobile and TELUS suggest that the standard of review concerning the Governor in Council’s consideration of the section 7 policy objectives when applying the control-in-fact test is correctness. They say that this is a legal determination that warrants correctness review. In support of that, it could be argued that the Act is not a “home statute” for the Governor in Council, since the Governor in Council deals with issues arising from a variety of very different statutes. It arguably cannot be said that every one of those is a home statute. In support of the imposition of a reasonableness standard is the fact that the Governor in Council does deal with these statutes and is a broad policy body, and policies can come to bear in the interpretation of statutes. In light of *Dunsmuir* (see paragraphs 51–64) and *Smith* (see paragraph 26), it is not clear whether the standard of reasonableness or correctness applies when reviewing the Governor in Council’s interpretation of the Act. However, I need not resolve this issue definitively in this appeal. I conclude below that the Governor in Council did not consider the section 7 policy objectives in applying the control-in-fact test. However, I also conclude that even if it had considered the policy objectives at that stage of its analysis, the Governor in Council would have been correct to do so.

#### *The decision of the Governor in Council*

[36] Public Mobile and TELUS concede that Globalive satisfies the requirements of paragraphs 16(1)(a) and

si la gouverneure en conseil a correctement appliqué l’alinéa 16(3)c) de la Loi, mais l’erreur qu’elles allèguent ne concerne en réalité que l’interprétation législative (voir *Alliance de la Fonction publique du Canada c. Assoc. des pilotes fédéraux du Canada*, 2009 CAF 223, [2010] 3 R.C.F. 219, aux paragraphes 39, 49 et 50). Elles ne contestent pas que la gouverneure en conseil a le pouvoir de modifier la décision du CRTC lorsque les circonstances le justifient.

[35] Public Mobile et TELUS font valoir que la norme de contrôle applicable à la prise en compte des objectifs de politique énoncés à l’article 7 par la gouverneure en conseil dans son application du critère du contrôle de fait est celle de la décision correcte. Elles soutiennent qu’il s’agit d’une conclusion de droit qui appelle un contrôle selon la norme de la décision correcte. À l’appui de cette prétention, l’on pourrait soutenir que la Loi n’est pas une « loi constitutive » pour le gouverneur en conseil, puisque celui-ci se prononce sur des questions soulevées relativement à un grand nombre de lois très différentes. On ne saurait affirmer que chacune de ces lois est une loi constitutive. À l’appui de l’application de la norme de la décision raisonnable, rappelons le fait que le gouverneur en conseil intervient dans le cadre de ces lois et qu’elle constitue un organisme général voué à l’intérêt public et que les politiques peuvent avoir une incidence sur l’interprétation des lois. Compte tenu de l’arrêt *Dunsmuir* (voir les paragraphes 51 à 64) et de l’arrêt *Smith* (voir le paragraphe 26), on ne sait pas exactement si c’est la norme de la décision raisonnable ou celle de la décision correcte qui s’applique au contrôle de l’interprétation de la Loi faite par la gouverneure en conseil. Cependant, il ne sera pas nécessaire que je règle cette question de manière définitive dans le présent appel. Je conclus ci-dessous que la gouverneure en conseil n’a pas tenu compte des objectifs de politique énoncés à l’article 7 dans son application du critère du contrôle de fait. Or, je conclus également que, même si elle avait tenu compte des objectifs de politique à ce stade de son analyse, la gouverneure en conseil aurait eu raison de le faire.

#### *La décision de la gouverneure en conseil*

[36] Public Mobile et TELUS reconnaissent que Globalive satisfait aux exigences des alinéas 16(1)a)



16(1)(b) of the Act. The matter therefore turns on whether or not Globalive is in fact controlled by a non-Canadian.

[37] A significant point of contention between the parties relates to the structure of the Order in Council, and the role that recital 11 played in the Governor in Council's analysis. Globalive and the Attorney General submit that the Governor in Council applied the control-in-fact test without reference to policy considerations. The policy considerations came into play only when the Governor in Council decided to vary the CRTC decision after concluding that Globalive was not controlled in fact by a non-Canadian. According to Public Mobile and TELUS, however, the reference in recital 11 to policy considerations informed the Governor in Council's application of the control-in-fact test. They argue that this was improper and constitutes a reviewable error.

[38] I agree with Globalive and the Attorney General on this point. The Governor in Council began by discussing control. Even though the recitals 7, 8, 10 and 11 contained statements of policy, they did not specify what role those policy considerations played in the overall decision. The substantive analysis in the Order in Council began with recital 15, which contained the Governor in Council's legal decision to apply the *Canadian Airlines* test:

[15] Whereas the Governor in Council agrees with the Commission that the correct test for assessing control in fact was set out in the *Canadian Airlines* decision of the National Transportation Agency, as cited in paragraphs 34 and 35 of the Decision;

[16] Whereas the Governor in Council recognizes that the Commission came to its conclusion on Globalive's non-compliance with the ownership and control requirements based on an assessment of various factors that provide influence to the non-Canadian shareholder which in its view, when taken together, amount to control;

[17] Whereas the Governor in Council recognizes that multiple levers of influence can, when combined, amount to control, but considers that that is not the case with Globalive;

et 16(1)(b) de la Loi. La question consiste par conséquent à savoir si Globalive est sous le contrôle de fait d'un non-Canadien.

[37] Un point important du litige entre les parties porte sur la structure du décret et sur le rôle que le paragraphe 11 du préambule a joué dans l'analyse de la gouverneure en conseil. Globalive et le procureur général font valoir que la gouverneure en conseil a appliqué le critère du contrôle de fait sans faire intervenir de considérations de politique. Les considérations de politique ne sont entrées en jeu que lorsque la gouverneure en conseil a décidé de modifier la décision du CRTC après avoir conclu que Globalive n'était pas sous le contrôle de fait d'un non-Canadien. Or selon Public Mobile et TELUS, l'application par la gouverneure en conseil du critère du contrôle de fait était fondée sur les considérations de politique visée au paragraphe 11 du préambule. À leur avis, la gouverneure a agi erronément et son erreur est susceptible de contrôle.

[38] Je donne raison à Globalive et au procureur général sur ce point. La gouverneure en conseil a d'abord abordé le contrôle. Même s'ils contiennent des déclarations de politique, les paragraphes 7, 8, 10 et 11 du préambule ne précisent pas quel rôle ces considérations de politique jouent dans la décision dans son ensemble. Dans le décret, l'analyse de fond commence au paragraphe 15 du préambule, lequel contient la décision, en droit, de la gouverneure en conseil d'appliquer le critère énoncé dans la décision *Lignes aériennes Canadien* :

[15] Attendu que la gouverneure en conseil convient avec le Conseil que le critère approprié pour établir le contrôle de fait a été énoncé dans la décision sur les Lignes aériennes Canadien de l'Office national des transports, citée aux paragraphes 34 et 35 de la décision;

[16] Attendu que la gouverneure en conseil reconnaît que le Conseil a conclu que Globalive ne répond pas aux exigences de propriété et de contrôle après avoir examiné plusieurs facteurs qui permettent à l'actionnaire non-canadien d'exercer une influence et qui, pris ensemble, constituent, à son avis, un contrôle de fait;

[17] Attendu que la gouverneure en conseil reconnaît que la combinaison de plusieurs moyens d'influencer peut se traduire en contrôle de fait, mais que ce n'est pas [le] cas de Globalive;

[18] Whereas the Governor in Council considers that, on the basis of a careful examination of the facts and submissions before the Commission, it is reasonable to conclude, for the reasons set out in this Order, that Globalive is not in fact controlled by persons that are not Canadian and therefore meets the Canadian ownership and control requirements under the Act and is eligible to operate as a telecommunications common carrier in Canada;

[39] Recital 18 contained the results of applying the *Canadian Airlines* test to the facts. The reference to the “reasons set out in this Order” must be understood as a reference to the schedule, which provided detailed reasons for the Governor in Council’s conclusion that Globalive was not controlled by a non-Canadian. There was no reference to policy objectives either in recitals 15 through 18 or in the comprehensive reasons set out in the schedule, nor was there any other indication that policy played a role in this part of the Governor in Council’s decision. It considered the same facts and the same law as the CRTC, and simply reached different conclusions. This is also supported by the Governor in Council’s statement in recital 12 that the test for Canadian ownership and control under the Act was comprised of “legal and factual” requirements. There was no mention of a policy element.

[40] After deciding that Globalive was not controlled by a non-Canadian, the Governor in Council went on to consider whether to vary the CRTC’s decision:

[19] Whereas subsection 12(1) of the Act provides that, within one year after a decision by the Commission, the Governor in Council may vary the decision on its own motion;

At this point, the policy considerations raised in recitals 7, 8, 10 and 11 became relevant.

[41] In my view, recital 22 provides the clearest indication that policy considerations played a role only at this stage of the Governor in Council’s analysis, and that the Governor in Council, prior to taking into account

[18] Attendu que la gouverneure en conseil considère, après avoir soigneusement examiné les faits et les représentations présentées au Conseil, qu’il est raisonnable de conclure, pour les raisons indiquées dans le présent décret, que Globalive n’est pas contrôlée par des non-Canadiens et qu’elle satisfait par conséquent aux exigences de propriété et de contrôle canadiens énoncés dans la Loi, ce qui la rend admise à opérer à titre d’entreprise de télécommunication au Canada;

[39] Le paragraphe 18 du préambule constitue le résultat de l’application aux faits du critère énoncé dans la décision *Lignes aériennes Canadien*. La référence aux « raisons indiquées dans le présent décret » doit être comprise comme une référence à l’annexe, laquelle donnait les raisons précises pour lesquelles la gouverneure en conseil a conclu que Globalive n’était pas sous contrôle d’un non-Canadien. Il n’est nullement fait mention des objectifs de politique, ni dans les paragraphes 15 à 18 du préambule, ni dans les motifs détaillées énoncés à l’annexe et il n’est nullement indiqué non plus que les considérations de politique ont joué un rôle dans cette partie de la décision de la gouverneure en conseil. La gouverneure en conseil a considéré les mêmes faits et le même droit que le CRTC, mais elle a simplement tiré des conclusions différentes. Ce point est également étayé par la déclaration de la gouverneure en conseil au paragraphe 12 du préambule selon lequel le critère prévu par la Loi pour établir la propriété et le contrôle canadiens comprend des exigences « de droit et de fait ». Il n’a été fait mention d’aucun élément de politique.

[40] Après avoir décidé que Globalive n’était pas sous contrôle d’un non-Canadien, la gouverneure en conseil s’est ensuite demandé s’il convenait de modifier la décision du CRTC :

[19] Attendu que le paragraphe 12(1) de la Loi prévoit que, dans l’année qui suit une décision du Conseil, le gouverneur en conseil peut, de sa propre initiative, modifier cette décision;

Dès lors les considérations de politique soulevées aux paragraphes 7, 8, 10 et 11 du préambule sont devenues pertinentes.

[41] À mon avis, le paragraphe 22 du préambule constitue l’indication la plus claire que les considérations de politique n’ont joué un rôle qu’à ce stade de l’analyse de la gouverneure en conseil et que la gouverneure en

policy considerations, had already decided that Globalive was not controlled by a non-Canadian. To be specific, the Governor in Council in effect was saying that Canadians are entitled to a more competitive wireless telecommunications market, and that this would be frustrated by Globalive, a Canadian-owned and controlled company, being prevented from operating:

[22] Whereas the Governor in Council considers that the Decision deprives Canadians of the possibility for a more competitive wireless telecommunication market by preventing the roll-out of service to the public by a Canadian-owned and controlled company; [Emphasis added.]

[42] The Governor in Council clearly based its decision to vary at least in part on the policy concern that the CRTC's decision undermined competition in the wireless telecommunications market. This is essentially the application of the policy goals set out in recitals 7, 8, 10 and 11. As recital 22 stated, however, this policy decision was premised on the determination already made by the Governor in Council that Globalive was "a Canadian-owned and controlled company".

[43] Furthermore, reference to paragraphs 22–24 of the schedule also makes it abundantly clear that the Governor in Council decided the issue of control without reference to any issues of policy:

**22.** Despite these changes, certain avenues for influence by Orascom over Globalive remain. However, given the current Globalive structure and shareholder arrangements, including the terms and conditions of the shareholders' and financing agreements, it is reasonable to conclude that, in the circumstances of this case, these elements taken together do not amount to influence that is either dominant or determining in Orascom's hands. In other words, Orascom does not have the ongoing ability to determine Globalive's strategic decision-making activities or to manage day-to-day operations.

**23.** In light of the above, Globalive is not controlled in fact by Orascom, a non-Canadian. Therefore, Globalive meets the

conseil, avant de considérer les questions de politique, avait déjà décidé que Globalive n'était pas sous le contrôle d'un non-Canadien. Pour être précis, la gouverneure en conseil disait en effet que les Canadiens avaient droit à un marché de télécommunications sans fil plus compétitif et qu'il y serait fait obstacle si Globalive, une société appartenant à des Canadiens et sous contrôle canadien, était empêchée d'opérer :

[22] Attendu que la gouverneure en conseil estime que la décision prive les Canadiens de la possibilité d'un marché des télécommunications sans fil plus concurrentiel en empêchant le lancement d'un service au public par une compagnie appartenant à des canadiens et sous contrôle par eux; [Non souligné dans l'original.]

[42] Il est clair que la gouverneure en conseil a fondé sa décision de modifier la décision du CRTC au moins en partie sur le fondement politique que la décision du CRTC nuirait à la concurrence dans le marché des télécommunications sans fil. Il s'agit essentiellement de l'application des objectifs de politique énoncés aux paragraphes 7, 8, 10 et 11 du préambule. Cependant, comme l'indique le paragraphe 22 du préambule, cette décision de politique reposait sur la conclusion déjà tirée par la gouverneure en conseil que Globalive était « une compagnie appartenant à des canadiens et sous contrôle par eux ».

[43] De plus, il ressort aussi très clairement des paragraphes 22 à 24 de l'annexe que la gouverneure en conseil avait tranché la question du contrôle sans faire référence à aucune considération de politique :

**22.** Malgré ces changements, certains éléments permettent encore à Orascom d'exercer une influence sur Globalive. Toutefois, compte tenu de la structure actuelle et des arrangements existants entre actionnaires de Globalive, y compris les modalités des ententes entre actionnaires et des accords de financement, il est raisonnable de conclure que, dans les circonstances actuelles, ces éléments pris ensemble, ne constituent pas, entre les mains d'Orascom, une source d'influence dominante ou déterminante. Autrement dit, Orascom n'a pas le pouvoir ni de décider de l'orientation du processus décisionnel de Globalive sur ses activités ni de gérer les activités quotidiennes de Globalive.

**23.** À la lumière de ces constats, Globalive n'est pas contrôlée de fait par Orascom, une entité non canadienne. En conséquence,

requirements set out in section 16 of the Act and is currently eligible to operate as a telecommunications common carrier.

**24.** Any provisions in the Decision that are inconsistent with this Order shall be interpreted in accordance with this Order to the extent of the inconsistency.

[44] Public Mobile and TELUS do not argue that the Governor in Council's application of the control-in-fact test, which is primarily set out in the schedule, was unreasonable if it were not influenced by policy considerations. In my view, this part of the Governor in Council's analysis was clearly reasonable. The divergence between the CRTC and the Governor in Council comes in the factual inferences, or conclusions, the Governor in Council drew from the evidence. The Governor in Council simply had a different appreciation of things, and that appreciation was rational and defensible.

[45] The question then becomes whether, having concluded without regard to policy that Globalive was not controlled in fact by a non-Canadian, it was proper for the Governor in Council to base its decision to vary the CRTC decision on policy considerations. Public Mobile and TELUS did not argue that it was improper. In my view, it clearly was open to the Governor in Council, in deciding to vary the CRTC decision, to refer to policy considerations. By giving the variance power to a polycentric body such as the Governor in Council, Parliament signalled its intent that the decision to vary could incorporate broader policy concerns. As this Court has noted, again about the predecessor to section 12<sup>1</sup> (*CSP Foods*, at pages 9–10):

It provides a means whereby the executive branch of government may exercise some degree of control over the Canadian Transport Commission to ensure that the views of the government as to the public interest in a given case...can be

<sup>1</sup> Until passage of the *Telecommunications Act* in 1993, the CRTC was regulated under the *National Transportation Act* [R.S.C., 1985, c. N-20]. The Governor in Council's review power under that legislation applied both to decisions of the Canadian Transportation Commission and the CRTC.

Globalive satisfait aux exigences énoncées à l'article 16 de la Loi et elle est admise à opérer à titre d'entreprise de télécommunication à l'heure actuelle.

**24.** La décision continuera par ailleurs à s'appliquer, sauf en cas d'incompatibilité avec le présent décret.

[44] Public Mobile et TELUS ne soutiennent pas que l'application par la gouverneure en conseil du critère de contrôle de fait, lequel se trouve énoncé surtout à l'annexe, était déraisonnable du fait qu'elle n'aurait pas été influencée par des considérations de politique. À mon avis, cette partie de l'analyse de la gouverneure en conseil était clairement raisonnable. La divergence entre le CRTC et la gouverneure en conseil provient des inférences ou conclusions factuelles que la gouverneure en conseil a tirées de la preuve. La gouverneure en conseil a simplement apprécié les éléments de manière différente et son appréciation était logique et justifiable.

[45] Se pose donc la question de savoir si la gouverneure en conseil était justifiée, après avoir conclu sans aucune considération de politique que Globalive n'était pas sous le contrôle de fait de non-Canadiens, de fonder sa décision de modifier la décision du CRTC sur des questions de politique. Public Mobile et TELUS n'ont pas affirmé qu'elle ne l'était pas. À mon avis, il était clairement loisible à la gouverneure en conseil de tenir compte de considérations de politique dans sa décision de modifier la décision du CRTC. En conférant à une entité polycentrique telle que le gouverneur en conseil le pouvoir de modifier des décisions, le législateur a clairement indiqué qu'il avait prévu la possibilité que les décisions soient modifiées pour des raisons de politique générale. Comme la Cour l'a souligné, là encore relativement à la disposition qui a remplacé l'article 12<sup>1</sup> (*CSP Foods*, aux pages 9 et 10):

C'est un moyen permettant à l'Exécutif d'exercer un certain contrôle sur la Commission canadienne des transports pour s'assurer que les vues du gouvernement concernant l'intérêt public dans une situation donnée, fondées sur les faits établis par

<sup>1</sup> Jusqu'à l'entrée en vigueur de la *Loi sur les télécommunications* en 1993, le CRTC était régi par la *Loi sur les transports nationaux* [L.R.C. (1985), ch. N-20]. Le pouvoir de révision du gouverneur en conseil en vertu de cette loi s'appliquait aux décisions et de la Commission canadienne des transports et du CRTC.

expressed by the executive and such views are implemented by means of directions which it may see fit to give the tribunal, through the Governor in Council. It is a supervisory role, as I see it, not an appellate role. The Governor in Council does not concern himself with questions of law or jurisdiction which is in the ambit of judicial responsibility. But he has the power to do what the Courts cannot do which is to substitute his views as to the public interest for that of the Commission.

[46] Exercise of the variance power is meant to be informed by the telecommunications policy objectives set out in section 7 of the Act. In this case, the Governor in Council referred to a number of the enumerated objectives, including rendering reliable and affordable telecommunications services of high quality to both urban and rural Canadians (paragraph 7(b)), enhancing the efficiency and competitiveness of Canadian telecommunications, at the national and international levels (paragraph 7(c)), as well as promoting the ownership and control of Canadian carriers by Canadians (paragraph 7(d)).

[47] The applications Judge held (at paragraphs 115–117) that the Governor in Council made a reviewable error by also relying on an objective not enumerated in section 7, stating in recital 11 that “the Act...should be interpreted in a way that ensures that access to foreign capital, technology and experience is encouraged in a manner that supports all of the Canadian telecommunication policy objectives”. I respectfully disagree with the applications Judge’s conclusion that this was improper. Like any decision maker, the Governor in Council must exercise its power in accordance with the purpose of the relevant statute (*Odynsky*, at paragraph 86). However, the promotion of access to foreign capital, technology and experience can further a number of the policy objectives enumerated in section 7, including the provision of reliable, affordable, and accessible telecommunications services (paragraph 7(b)), enhancing efficiency and competitiveness (paragraph 7(c)), fostering increased reliance on market forces (paragraph 7(f)), stimulating research and development (paragraph 7(g)), and responding to the economic and social requirements of telecommunications users (paragraph 7(h)).

ce tribunal, peuvent être exprimées par l’Exécutif et qu’elles sont appliquées par des directives que ce dernier peut juger à propos de donner au tribunal par l’intermédiaire du gouverneur en conseil. Si je comprends bien, il s’agit d’un rôle de surveillance et non de tribunal d’appel. Le gouverneur en conseil ne s’occupe pas des questions de droit ou de compétence, lesquelles incombent aux tribunaux. Toutefois, contrairement à ceux-ci, il peut substituer ses vues concernant l’intérêt public à celles de la Commission.

[46] L’exercice du pouvoir de modifier une décision est censé être fondé sur les objectifs de politique en matière de télécommunications énoncés à l’article 7 de la Loi. En l’espèce, la gouverneure en conseil a fait référence à un certain nombre des objectifs qui y sont énumérés, dont ceux de permettre l’accès aux Canadiens dans toutes les régions — rurales ou urbaines — du Canada à des services de télécommunication sûrs, abordables et de qualité (alinéa 7b)), d’accroître l’efficacité et la compétitivité, sur les plans national et international, des télécommunications canadiennes (alinéa 7c)), et de promouvoir l’accession à la propriété des entreprises canadiennes, et à leur contrôle, par des Canadiens (alinéa 7d)).

[47] Le juge de première instance a conclu (aux paragraphes 115 à 117) que la gouverneure en conseil avait commis une erreur susceptible de contrôle parce qu’elle s’était également appuyé sur un objectif non mentionné à l’article 7, déclarant au paragraphe 11 du préambule que « la Loi [...] devrait s’interpréter de manière à favoriser l’accès aux capitaux, à la technologie et au savoir-faire étrangers dans le but d’appuyer tous les objectifs de la politique canadienne en matière de télécommunication ». En toute déférence, je ne puis souscrire à la conclusion du juge de première instance qu’il s’agissait d’une erreur. Comme tout décideur, le gouverneur en conseil doit exercer son pouvoir en conformité avec l’objet de la loi pertinente (*Odynsky*, au paragraphe 86). Cependant, le fait de favoriser l’accès aux capitaux, à la technologie et au savoir-faire étrangers peut servir quelques-uns des objectifs de politique énoncés à l’article 7, dont ceux de permettre l’accès aux Canadiens à des services de télécommunications sûrs, abordables et de qualité (alinéa 7b)), d’accroître l’efficacité et la compétitivité (alinéa 7c)), de favoriser le libre jeu du marché (alinéa 7f)), de stimuler la recherche et le développement (alinéa 7g)) et de



[48] It also bears mentioning that the Governor in Council clearly recognized that any policies not enumerated in the Act have to operate within the limits of the objectives identified in section 7. It never purported to attach independent significance to the promotion of foreign investment. This is seen in recital 11, which states that access to foreign investment was to be encouraged “in a manner that supports all of the Canadian telecommunication policy objectives”.

[49] This is sufficient to justify allowing the appeal. I would add, further, as explained below, that it would not constitute a reviewable error for the Governor in Council in this particular case to consider appropriate policy considerations when applying the control-in-fact test. The position of Public Mobile and TELUS is that the test set out in subsection 16(3) of the Act constitutes a self-contained statutory “recipe” for determining whether a telecommunications carrier is Canadian-owned and controlled. When applying this test, Public Mobile and TELUS submit that there is no room for the Governor in Council to consider the section 7 policy objectives. As I noted above, I assumed, without deciding, that the standard of review on this issue would be correctness.

[50] In my view, the Governor in Council is not restricted to assessing control in fact only as a corporate lawyer would. Once again, the fact Parliament chose to grant the Governor in Council the right to review the CRTC’s application of the control-in-fact test implies the decision was intended to incorporate policy concerns when appropriate. The control-in-fact test is also necessarily contextual and somewhat imprecise. Determining where control in fact lies may require weighing a number of competing factors. The Governor in Council may legitimately consider the statutory context in deciding how to strike this balance.

satisfaire les exigences économiques et sociales des usagers des services de télécommunication (alinéa 7*h*)).

[48] Il importe également de mentionner que la gouverneure en conseil a clairement reconnu que toutes les politiques non mentionnées dans la Loi devaient valoir dans les limites des objectifs précisés à l’article 7. Elle n’a jamais voulu donner une importance particulière à la promotion de l’investissement étranger. Son intention ressort du paragraphe 11 du préambule, lequel énonce que l’investissement étranger devait être favorisé « dans le but d’appuyer tous les objectifs de la politique canadienne en matière de télécommunication ».

[49] Ces motifs justifient d’accueillir l’appel. En outre, j’ajouterais, comme je l’explique plus loin, que, si la gouverneure en conseil avait en l’espèce tenu compte de considérations de politique appropriées en appliquant le critère du contrôle de fait, elle n’aurait pas commis une erreur susceptible de contrôle. Selon Public Mobile et TELUS, le critère énoncé au paragraphe 16(3) de la Loi prévoit ses propres ingrédients législatifs qui permettent de déterminer si une entreprise de télécommunication appartient à des Canadiens et est contrôlée par eux. Public Mobile et TELUS soutiennent qu’il n’est pas loisible au gouverneur en conseil, lorsqu’il applique ce critère, de considérer les objectifs de politique énoncés à l’article 7. Comme je l’ai fait remarquer ci-dessus, j’ai supposé, sans me prononcer sur ce point, que la norme de contrôle applicable à cette question était celle de la décision correcte.

[50] À mon avis, le gouverneur en conseil n’est pas tenu de considérer la question du contrôle de fait exactement comme le serait un avocat de société. Là encore, le fait pour le législateur d’avoir choisi de conférer au gouverneur en conseil le droit de réviser l’application par le CRTC du critère du contrôle de fait signifie que la décision doit incorporer les considérations de politique lorsque les circonstances le justifient. Le critère du contrôle de fait est, en outre, nécessairement contextuel et quelque peu imprécis. La question de savoir en quoi consiste le contrôle de fait peut requérir de soupeser un certain nombre de facteurs concurrents. Le gouverneur en conseil peut légitimement considérer le contexte législatif pour décider comment il arrivera à cette pondération.

[51] More broadly, paragraph 16(3)(c) is actually closely related to the objectives set out in section 7. It is intended to address concerns that a company controlled by a non-Canadian might be less committed than a Canadian-controlled company to the attainment of the telecommunications policy objectives. In other words, Parliament has decided that Canadian-controlled companies are more likely to further the section 7 purposes by, for instance, investing in Canadian telecommunications infrastructure or providing reliable telecommunications services to rural Canadians. Hence, reference to section 7 policies could be relevant to deciding whether a company was in fact Canadian-controlled.

[52] The applications Judge also held that the Governor in Council made a reviewable error by suggesting in recital 23 that its decision applied to Globalive and not other similarly situated companies. Although Globalive and the Attorney General argued that the applications Judge erred by relying on recital 23, neither Public Mobile nor TELUS disputed this. In any event, I am unable to see how this recital would affect the end result in this case.

#### *Standing of Public Mobile*

[53] While I respectfully disagree with the reasons of the applications Judge on this issue, I do think he made the correct decision in granting Public Mobile standing to seek judicial review of the Order in Council.

[54] I believe Public Mobile is entitled to public interest standing. The test for this was set out by the Supreme Court in *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236 (*Canadian Council of Churches*). Though *Canadian Council of Churches* was a Charter case [*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]] dealing with an intervener, the same test applies

[51] Plus généralement, l'alinéa 16(3)c) est en fait étroitement lié aux objectifs énoncés à l'article 7. Il vise à répondre à la préoccupation qu'une société contrôlée par un non-Canadien puisse être moins résolue qu'une société contrôlée par un Canadien à réaliser les objectifs de la politique en matière de télécommunication. En d'autres termes, le législateur a décidé qu'il était davantage probable que les sociétés contrôlées par des Canadiens favorisent la réalisation des objectifs visés à l'article 7, par exemple en investissant dans l'infrastructure des télécommunications au Canada ou en fournissant des services de télécommunications sûrs aux Canadiens dans les régions rurales. Par conséquent, la référence aux politiques énoncées à l'article 7 peut être pertinente pour déterminer si une société est en fait contrôlée par des Canadiens.

[52] Le juge de première instance a également conclu que la gouverneure en conseil a fait une erreur susceptible de contrôle en déclarant au paragraphe 23 du préambule que sa décision s'appliquait à Globalive et non à d'autres sociétés dans une situation similaire. S'il est vrai que Globalive et le procureur général ont affirmé que le juge de première instance a commis une erreur en s'appuyant sur le paragraphe 23 du préambule, ni Public Mobile, ni TELUS n'ont contesté leur affirmation. Quoi qu'il en soit, je ne vois pas en quoi ce paragraphe du préambule pourrait affecter l'issue de la présente affaire.

#### *La qualité de Public Mobile pour agir*

[53] En toute déférence, bien que je ne souscrive pas aux motifs du juge de première instance sur cette question, j'estime qu'il a pris la bonne décision en reconnaissant que Public Mobile avait qualité pour demander le contrôle judiciaire du décret.

[54] Je crois que la qualité pour agir dans l'intérêt public doit être reconnue à Public Mobile. Le critère applicable à cette question a été énoncé par la Cour suprême dans l'arrêt *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236 (*Conseil canadien des Églises*). L'arrêt *Conseil canadien des Églises* concernait une affaire relative à la Charte [*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*,

in applications for judicial review and to parties seeking public interest standing (see *Odynsky*, at paragraph 59). An applicant for public interest standing must satisfy the court that:

- a. a serious issue has been raised;
- b. it has a genuine or direct interest in the outcome of the litigation; and
- c. there is no other reasonable and effective way to bring the issue before the court.

[55] In seeking to challenge the Order in Council, Public Mobile has clearly raised serious issues relating to the interpretation of the Act as well as the application of the control-in-fact test in this case. There is also no reasonable and effective way to bring this issue before a court without resort to public interest standing. Neither Globalive nor the Attorney General could reasonably be expected to challenge the Order in Council. Only Public Mobile did challenge it.

[56] Unless public interest standing is granted, the Order in Council would therefore effectively be immune from judicial review. Ensuring that no government action is beyond the reach of the courts is fundamental to the rule of law. Indeed, in *Canadian Council of Churches*, the Supreme Court wrote that “the basic purpose for allowing public interest standing is to ensure that legislation is not immunized from challenge” (at page 256; see also *Hy and Zel’s Inc. v. Ontario (Attorney General)*; *Paul Magder Furs Ltd. v. Ontario (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 675, at page 692). It is important that the requirements for public interest standing not be applied mechanistically (*Corp. of the Canadian Civil Liberties Assn. v. Canada (Attorney General)* (1998), 40 O.R. (3d) 489 (C.A.), at pages 497 and 519 (*per* Charron J.A.), leave to appeal denied, [1999] 1 S.C.R. vii). Instead, the Court’s application of the test should be informed by the factual context and policy issues at play, including the spectre of immunizing government action from review by the courts and the public importance of

1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] visant la qualité pour agir d’un intervenant, mais le même test s’applique aux demandes de contrôle judiciaire et aux parties qui cherchent à se faire reconnaître la qualité pour agir dans l’intérêt public (voir *Odynsky*, au paragraphe 59). La partie qui demande que lui soit reconnue la qualité pour agir dans l’intérêt public doit satisfaire aux critères suivants :

- a. une question sérieuse à juger a été soulevée;
- b. elle possède un intérêt véritable et direct quant à l’issue du litige;
- c. il n’y a aucun autre moyen raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour.

[55] En voulant contester le décret, Public Mobile a clairement soulevé des questions sérieuses ayant trait à l’interprétation de la Loi ainsi qu’à l’application du critère du contrôle de fait en l’espèce. Il n’y a aucun moyen raisonnable et efficace de soumettre cette question à la cour autre que celui d’obtenir la qualité pour agir dans l’intérêt public. On ne pouvait pas raisonnablement s’attendre à ce que Globalive ou le procureur général conteste le décret. Seule Public Mobile l’a contesté.

[56] Si la qualité pour agir dans l’intérêt public n’était pas reconnue, le décret serait par conséquent à l’abri du contrôle judiciaire. Il est fondamental pour maintenir la primauté du droit d’assurer qu’aucune mesure gouvernementale n’échappe au contrôle des tribunaux. Dans l’arrêt *Conseil canadien des Églises*, la Cour suprême affirme que « l’objet fondamental de la reconnaissance de la qualité pour agir dans l’intérêt public est de garantir qu’une loi n’est pas à l’abri de la contestation » (à la page 256; voir aussi *Hy and Zel’s Inc. c. Ontario (Procureur général)*; *Paul Magder Furs Ltd. c. Ontario (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 675, à la page 692). Il importe de ne pas appliquer de manière mécanique les exigences qui concernent la qualité pour agir dans l’intérêt public (*Corp. of the Canadian Civil Liberties Assn. v. Canada (Attorney General)* (1998), 40 O.R. (3d) 489 (C.A.), aux pages 497 et 519 (motifs de la juge Charron), autorisation d’appel refusée, [1999] 1 R.C.S. vii). L’application du critère par la Cour devrait plutôt reposer sur le contexte factuel et sur les questions de politique en jeu, y compris

the issue raised by the applicant (see *Odynsky*, at paragraph 61; *Harris v. Canada*, [2000] 4 F.C. 37 (C.A.); *Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society v. Canada (Attorney General)*, 2010 BCCA 439, 324 D.L.R. (4th) 1 (*Downtown Eastside Sex Workers*), at paragraph 41).

[57] It is certainly true that courts must balance this consideration against the importance of preserving judicial economy and preventing commercial rivals from using judicial review as a tool of competitive warfare. However, where as in this case the interests of all Canadians are involved to an unusual degree, concerns about immunization become paramount. Though these concerns do not give the Court licence to ignore the *Canadian Council of Churches* test, I believe it is appropriate in this context to recognize that Public Mobile has sufficient interest in the outcome of this litigation to be granted public interest standing. *CanWest MediaWorks Inc. v. Canada (Minister of Health)*, 2008 FCA 207, 78 Admin. L.R. (4th) 1, in which this Court held that an indirect commercial interest did not constitute a genuine interest in the outcome of the litigation for the purpose of public interest standing, is therefore distinguishable from this case. There were no concerns in *CanWest MediaWorks Inc.* about government action being immunized from judicial review.

[58] Counsel also briefly referred to the residual discretion to grant standing recognized by the Supreme Court in *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner)*, [1990] 2 S.C.R. 367 (*Professional Institute*), at page 400, and *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, [1998] 3 S.C.R. 157 (*Richardson*), at paragraph 33. However, the nature and scope of this discretion remain unclear (see *Morgentaler v. New Brunswick*, 2009 NBCA 26, 344 N.B.R. (3d) 39, at paragraph 34; *Downtown Eastside Sex Workers*, at paragraph 98 (*per Groberman J.A.*, dissenting on other grounds)). Because I have concluded

le spectre que les mesures du gouvernement se trouvent à l'abri du contrôle des tribunaux et l'importance de la question soulevée par le demandeur pour le public (voir *Odynsky*, au paragraphe 61; *Harris c. Canada*, [2000] 4 C.F. 37 (C.A.); *Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society v. Canada (Attorney General)*, 2010 BCCA 439, 324 D.L.R. (4th) 1 (*Downtown Eastside Sex Workers*), au paragraphe 41).

[57] Il est certes vrai que les tribunaux doivent mettre en équilibre cette considération et l'importance de l'économie des ressources judiciaires conjuguée au fait d'empêcher que le contrôle judiciaire devienne entre concurrents une arme visant à éliminer la concurrence. Cependant, lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, les intérêts de tous les Canadiens sont en jeu à un degré inhabituel, les préoccupations qui portent sur le fait pour les actes publics de se trouver à l'abri des tribunaux deviennent primordiales. De telles préoccupations n'autorisent pas les tribunaux à ne pas appliquer le test énoncé dans l'arrêt *Conseil canadien des Églises*, mais j'estime que le présent contexte se prête à reconnaître à Public Mobile un intérêt suffisant dans l'issue du litige pour qu'elle obtienne la qualité pour agir dans l'intérêt public. Une distinction peut donc être établie entre l'affaire *CanWest MediaWorks Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2008 CAF 207, dans laquelle la Cour a statué qu'un intérêt commercial indirect ne constituait pas un intérêt véritable dans l'issue du litige permettant d'obtenir la qualité pour agir dans l'intérêt public, et la présente affaire. Il n'y avait aucune préoccupation dans l'affaire *CanWest MediaWorks Inc.* quant à la possibilité que les mesures gouvernementales soient à l'abri du contrôle judiciaire.

[58] Les avocats ont aussi fait brièvement référence au pouvoir discrétionnaire résiduel d'accorder la qualité pour agir, reconnu par la Cour suprême à la page 400 de l'arrêt *Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367 (*Institut professionnel*), et au paragraphe 33 de l'arrêt *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157 (*Richardson*). Cependant, les tribunaux n'ont pas encore clairement précisé la nature et l'étendue de ce pouvoir discrétionnaire (voir *Morgentaler c. Nouveau-Brunswick*, 2009 NBCA 26, 344 R.N.-B. (3<sup>e</sup>) 39, au paragraphe 34;

that Public Mobile is entitled to public interest standing, it is not necessary to consider whether it would also have been entitled to discretionary standing as set out by the Supreme Court in the *Professional Institute* and *Richardson* cases.

#### Conclusion

[59] The appeals will therefore be allowed, and the Order in Council will be restored. Globalive and the Attorney General are entitled to their costs throughout. No costs will be assessed for or against the interveners.

DAWSON J.A.: I agree.

STRATAS J.A.: I agree.

*Downtown Eastside Sex Workers*, au paragraphe 98 (motifs du juge Groberman, de la Cour d'appel, dissident à d'autres égards)). Comme j'ai conclu que Public Mobile a qualité pour agir dans l'intérêt public, il n'est pas nécessaire que j'examine si elle aurait également eu qualité pour agir en vertu du pouvoir discrétionnaire résiduaire établi par la Cour suprême dans l'arrêt *Institut professionnel* et dans l'arrêt *Richardson*.

#### Conclusion

[59] Les appels seront par conséquent accueillis et le décret rétabli. Globalive et le procureur général ont droit aux dépens dans toutes les instances. Aucuns dépens ne sont adjugés en faveur des intervenants ni contre eux.

LA JUGE DAWSON, J.C.A. : Je suis d'accord.

LE JUGE STRATAS, J.C.A. : Je suis d'accord.