

**COUR SUPRÊME DU CANADA**

|  |  |
| --- | --- |
| **Référence :** Canada (Commission canadienne des droits de la personne) *c.* Canada (Procureur général), 2018 CSC 31, [2018] 2 R.C.S. 230 | **Appel entendu :** 28 novembre 2017**Jugement rendu :** 14 juin 2018**Dossier :** 37208 |

Entre :

Commission canadienne des droits de la personne

Appelante

et

Procureur général du Canada

Intimé

- et -

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

Intervenants

**Traduction française officielle**

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

|  |  |
| --- | --- |
| **Motifs de jugement :** (par. 1 à 68) | Le juge Gascon (avec l’accord de la juge en chef McLachlin et des juges Abella, Moldaver, Karakatsanis et Wagner)  |
| **Motifs conjoints concordants :** (par. 69 à 107) | Les juges Côté et Rowe |
| **Motifs concordants :** (par. 108 à 115) | Le juge Brown |

Canada (Commission canadienne des droits de la personne) *c.* Canada (Procureur général), 2018 CSC 31, [2018] 2 R.C.S. 230

Commission canadienne des droits de la personne Appelante

c.

Procureur général du Canada Intimé

et

Procureure générale du Québec,

Tania Zulkoskey,

Centre d’action pour la sécurité du revenu,

Clinique juridique communautaire de Sudbury,

Chinese and Southeast Asian Legal Clinic,

Community Legal Assistance Society,

HIV & AIDS Legal Clinic Ontario,

Association canadienne des avocats musulmans,

Conseil des Canadiens avec déficiences,

Fonds d’action et d’éducation juridiques pour les femmes,

Association des femmes autochtones du Canada,

Amnistie internationale,

Société de soutien à l’enfance et à la famille des

Premières Nations du Canada,

Jeremy E. Matson,

Bureau d’Aide Juridique Afro‑Canadien,

Aboriginal Legal Services et

Alliance de la fonction publique du Canada Intervenants

**Répertorié : Canada (**Commission canadienne des droits de la personne) ***c.* Canada (**Procureur général)

2018 CSC 31

No du greffe : 37208.

2017 : 28 novembre; 2018 : 14 juin.

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

en appel de la cour d’appel fédérale

 *Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Rejet par le Tribunal canadien des droits de la personne de plaintes selon lesquelles des dispositions de la Loi sur les Indiens empêchant les enfants des plaignants d’être inscrits à titre d’« Indiens » constituaient un acte discriminatoire dans la prestation de services — Conclusion du Tribunal portant que les plaintes constituaient une attaque directe contre l’art. 6 de la Loi sur les Indiens et que les textes de loi ne sont pas compris dans le sens du terme « services » figurant à l’art. 5 de la Loi canadienne sur les droits de la personne — Les décisions du Tribunal sont-elles assujetties à la norme de la décision raisonnable ou à celle de la décision correcte?*

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

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

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

 *Arrêt*: Le pourvoi est rejeté.

 *La* juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner et Gascon : Lorsqu’un tribunal administratif interprète sa loi constitutive, il existe une présomption bien établie selon laquelle la décision est assujettie à la norme de la décision raisonnable. Cette présomption peut être réfutée, et la norme de la décision correcte appliquée, lorsqu’il est possible d’établir que les questions en jeu relèvent des catégories énumérées dans *Dunsmuir* ou, exceptionnellement, lorsqu’une analyse contextuelle révèle que le législateur avait clairement l’intention que la norme de la décision correcte s’applique. Lors de l’analyse relative à la norme de contrôle applicable, il n’existe aucune distinction de principe entre un tribunal des droits de la personne interprétant sa loi constitutive et tout autre décideur interprétant la sienne.

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

 La catégorie des questions touchant véritablement à la compétence se limite aux situations où le décideur est appelé à déterminer s’il a la faculté de connaître de la question. Depuis son inclusion, dans l’arrêt *Dunsmuir*, au sein des catégories de questions appelant la norme de la décision correcte, la notion de question touchant véritablement à la compétence s’est révélée aussi insaisissable que controversée. Toutes les fois où elle a appliqué l’arrêt *Dunsmuir*, la Cour n’a jamais été en mesure de trouver un seul cas où cette catégorie aurait pu être jugée applicable. Depuis l’arrêt *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers’ Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, la Cour a réaffirmé le caractère restrictif et la nature exceptionnelle de cette catégorie. Cependant, en raison de la distinction difficile à faire entre les simples questions de compétence (soit celles permettant de décider de l’étendue du pouvoir d’une personne) et les questions touchant véritablement à la compétence (soit celles permettant de décider si la personne a compétence pour procéder à l’instruction), les avocats tout comme les juges sont tentés de revenir à une interprétation large de la notion de compétence pour justifier l’application de la norme de la décision correcte. En conséquence, la recherche illusoire de questions touchant véritablement à la compétence peut mettre en péril la certitude dont ont besoin les parties et miner la suprématie législative. Bien que certains aient préconisé la nécessité conceptuelle d’un examen de la compétence en fonction de la norme de la décision correcte, l’application de la norme de la raisonnabilité permet bien souvent aux tribunaux de remplir aisément leur fonction de surveillance à l’égard de la compétence de l’exécutif. Comme les parties n’ont pas présenté d’observations complètes sur cette question, ce sera aux éventuelles parties à un litige d’établir si cette catégorie est toujours nécessaire.

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

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

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

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

 *Les* juges Côté et Rowe : Il convient de présumer que la norme de la décision raisonnable s’applique aux décisions qui impliquent l’interprétation et l’application par le tribunal de sa loi constitutive. Il existe toutefois deux situations où cette présomption ne s’appliquera pas. Premièrement, la jurisprudence reconnaît quatre catégories de questions qui devront nécessairement être examinées selon la norme de la décision correcte : les questions constitutionnelles, les questions de droit qui revêtent une importance capitale pour le système juridique et qui sont étrangères au domaine d’expertise du tribunal, les questions impliquant la délimitation des compétences respectives de tribunaux spécialisés concurrents, ainsi que les questions touchant véritablement à la juridiction. Deuxièmement, la présomption d’application de la norme de la décision raisonnable sera réfutée si les facteurs contextuels énumérés dans l’arrêt *Dunsmuir* tendent plutôt vers la norme de la décision correcte. Cette approche contextuelle ne joue pas qu’un rôle subordonné dans l’analyse relative à la norme de contrôle. Le recours à une telle analyse n’a rien d’exceptionnel et le cadre d’analyse établi dans *Dunsmuir* est manifestement de nature contextuelle.

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

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

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

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

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

**Jurisprudence**

Citée par le juge Gascon

 **Arrêt appliqué :** *Dunsmuir c. Nouveau‑Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; **arrêts examinés :** *Alliance de la fonction publique du Canada c. Canada (Agence du revenu)*, 2012 CAF 7; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers’ Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; **arrêts mentionnés :** *Canada (Procureur général) c. Larkman*, 2012 CAF 204; *Matson c. Canada (Affaires indiennes et du Nord)*, 2013 TCDP 13; *Andrews c. Canada (Affaires indiennes et du Nord)*, 2013 TCDP 21; *Canada (Procureur général) c. Watkin*, 2008 CAF 170, 378 N.R. 268; *Alliance de la fonction publique du Canada c. Canada (Agence du revenu)*, 2010 TCDP 9; *Canada (Procureur général) c. Druken*, [1989] 2 C.F. 24; *Insurance Corp. of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145; *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*, 2004 CSC 30, [2004] 1 R.C.S. 789; *Tranchemontagne c. Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées)*, 2006 CSC 14, [2006] 1 R.C.S. 513; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Wilson c. Énergie Atomique du Canada Ltée*, 2016 CSC 29, [2016] 1 R.C.S. 770; *Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 CSC 47, [2016] 2 R.C.S. 293; *Québec (Procureure générale) c. Guérin*, 2017 CSC 42, [2017] 2 R.C.S. 3; *Delta Air Lines Inc. c. Lukács*, 2018 CSC 2, [2018] 1 R.C.S. 6; *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3; *Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161; *McLean c. Colombie‑Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, 2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467; *Stewart c. Elk Valley Coal Corp.*, 2017 CSC 30, [2017] 1 R.C.S. 591; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau‑Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Halifax (Regional Municipality) c. Nouvelle‑Écosse (Human Rights Commission)*, 2012 CSC 10, [2012] 1 R.C.S. 364; *Société Radio‑Canada c. SODRAC 2003 Inc.*, 2015 CSC 57, [2015] 3 R.C.S. 615; *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160; *City of Arlington, Texas c. Federal Communications Commission*, 133 S. Ct. 1863 (2013); *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Utilities Commission)*, 2015 CSC 45, [2015] 3 R.C.S. 219; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2014 CSC 40, [2014] 2 R.C.S. 135; *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. University of Calgary*, 2016 CSC 53, [2016] 2 R.C.S. 555; *Nor‑Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616; *Kanthasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 61, [2015] 3 R.C.S. 909; *Commission scolaire de Laval c. Syndicat de l’enseignement de la région de Laval*, 2016 CSC 8, [2016] 1 R.C.S. 29; *Barreau du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2017 CSC 56, [2017] 2 R.C.S. 488; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Domtar Inc. c. Québec (Commission d’appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756; *Newfoundland and Labrador Nurses’ Union c. Terre‑Neuve‑et‑Labrador (Conseil du trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708; *Beattie c. Canada (Affaires indiennes et du Nord)*, 2014 TCDP 1; *Canada (Procureur général) c. Davis*, 2013 CF 40; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2012 CF 445, [2013] 4 R.C.F. 545; *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571; *Descheneaux c. Canada (Procureur général)*, 2015 QCCS 3555; *McIvor c. Canada (Indian and Northern Affairs, Registrar)*, 2009 BCCA 153, 306 D.L.R. (4th) 193.

Citée par les juges Côté et Rowe

 **Arrêt appliqué :** *Dunsmuir c. Nouveau‑Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; **arrêts mentionnés :** *Andrews c. Canada (Affaires indiennes et du Nord)*, 2013 TCDP 21; *Matson c. Canada (Affaires indiennes et du Nord)*, 2013 TCDP 13; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers’ Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220; *United Taxi Drivers’ Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)*, 2004 CSC 19, [2004] 1 R.C.S. 485; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678; *Nor‑Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283; *Barreau du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2017 CSC 56, [2017] 2 R.C.S. 488; *Canada (Procureur général) c. Watkin*, 2008 CAF 170, 378 N.R. 268; *Canada (Procureur général) c. Johnstone*, 2014 CAF 110, [2015] 2 R.C.F. 595; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Seeley*, 2014 CAF 111; *Université de la Colombie‑Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353; *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571; *Nouveau‑Brunswick (Commission des droits de la personne) c. Potash Corporation of Saskatchewan Inc.*, 2008 CSC 45, [2008] 2 R.C.S. 604; *Tranchemontagne c. Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées)*, 2006 CSC 14, [2006] 1 R.C.S. 513; *Commission de l’assurance‑emploi du Canada c. M. W.*, 2014 TSSDA 371; *Garneau Community League c. Edmonton (City)*, 2017 ABCA 374, 60 Alta. L.R. (6th) 1; *Druken c. Canada (Commission de l’emploi et de l’immigration)*, 1987 CanLII 99; *Canada (Procureur général) c. Druken*, [1989] 2 C.F. 24; *Gonzalez c. Canada (Commission de l’emploi et de l’immigration)*, [1997] 3 C.F. 646; *McAllister‑Windsor c. Canada (Développement des ressources humaines)*, 2001 CanLII 20691; *Alliance de la fonction publique du Canada c. Canada (Agence du revenu)*, 2012 CAF 7; *Forward c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 TCDP 5; *Canada (Commission des droits de la personne) c. M.R.N.*, 2003 CF 1280, [2004] 1 R.C.F. 679; *Canada (Procureur général) c. McKenna*, [1999] 1 C.F. 401; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 CSC 19, [2003] 1 R.C.S. 226.

Citée par le juge Brown

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

**Lois et règlements cités**

*Acte pour encourager la Civilisation graduelle des Tribus Sauvages en cette Province, et pour amender les Lois relatives aux Sauvages*, S. Prov. C. 1857, 20 Vict., c. 26, préambule.

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 15.

*Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, c. H.19, art. 1.

*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, c. H‑6, art. 2, 4, 5, 5 à 14.1, 39, 40, 49, 50(2), 62(1), 67 [abr. 2008, c. 30, art. 1].

*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 96.

*Loi modifiant la Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, c. 32 (1er suppl.).

*Loi modifiant la Loi sur les Indiens pour donner suite à la décision de la Cour supérieure du Québec dans l’affaire Descheneaux c. Canada (Procureur général)*, L.C. 2017, c. 25.

*Loi modifiant la Loi sur les Indiens (règles relatives au décès)*, L.R.C. 1985, c. 43 (4e suppl.).

*Loi sur l’équité entre les sexes relativement à l’inscription au registre des Indiens*, L.C. 2010, c. 18.

*Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, c. I‑5, art. 6.

**Doctrine et autres documents cités**

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

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

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

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

 POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel fédérale (les juges Pelletier, de Montigny et Gleason), 2016 CAF 200, [2017] 2 R.C.F. 211, 487 N.R. 137, [2016] 4 C.N.L.R. 1, 363 C.R.R. (2d) 130, 8 Admin. L.R. (6th) 1, 402 D.L.R. (4th) 160, [2016] A.C.F. no 818 (QL), 2016 CarswellNat 9942 (WL Can.), confirmant une décision de la juge McVeigh, 2015 CF 398, [2015] 3 C.N.L.R. 1, 7 Admin. L.R. (6th) 75, 477 F.T.R. 229, [2015] A.C.F. no 400 (QL), 2015 CarswellNat 12313 (WL Can.). Pourvoi rejeté.

 Brian Smith et Fiona Keith, pour l’appelante.

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

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

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

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

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

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

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

 Stephen Aylward, pour l’intervenante Amnistie internationale.

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

 Jeremy E. Matson, en personne.

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

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

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

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

 Le juge Gascon —

1. Aperçu
2. Le présent pourvoi concerne plusieurs plaintes fondées sur la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, c. H‑6 (« *LCDP* »), que le Tribunal canadien des droits de la personne (« Tribunal ») a rejetées dans deux décisions. D’après ces plaintes, les droits à l’inscription prévus dans la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, c. I‑5, constitueraient des actes discriminatoires prohibés par la *lcdp.* En l’espèce, notre Cour est appelée à décider, premièrement, s’il convient de faire preuve de déférence à l’égard de l’interprétation de sa loi constitutive par un tribunal des droits de la personne et, deuxièmement, si les décisions par lesquelles le Tribunal a rejeté les plaintes en cause au motif qu’elles constituaient des attaques directes contre un texte de loi étaient raisonnables.
3. Toutes les plaintes découlent des effets que continue d’avoir l’« émancipation », une politique discriminatoire et préjudiciable autrefois consacrée dans la *Loi sur les Indiens*. L’émancipation retirait aux individus leur statut obtenu en vertu de la *Loi sur les Indiens* et empêchait leurs enfants d’être inscrits à titre d’« Indiens ». Le législateur a mis un terme à l’émancipation, et adopté des dispositions réparatrices en matière d’inscription. Les plaignants soutiennent que ces mesures réparatrices sont insuffisantes, parce qu’eux‑mêmes et leurs enfants continuent de souffrir de discrimination en raison des séquelles laissées par l’émancipation.
4. Le Tribunal a instruit les plaintes séparément. Dans les deux décisions, il a statué que les plaintes constituaient une attaque directe à la *Loi sur les Indiens*. Pour pouvoir établir l’existence d’actes discriminatoires susceptibles de justifier l’intervention du Tribunal, les plaignants devaient démontrer que les dispositions législatives en cause constituaient un service aux termes de la *LCDP.* Après une analyse fouillée et réfléchie de leur loi habilitante, de la jurisprudence et de diverses considérations de principe, les membres décideurs dans les deux décisions ont conclu que la loi n’était pas un service aux termes de la *LCDP* et ont rejeté les plaintes. Saisies de demandes de contrôle judiciaire, la Cour fédérale et la Cour d’appel fédérale ont toutes deux conclu que les décisions rendues par le Tribunal étaient raisonnables et devaient être maintenues. Je suis du même avis; je rejetterais donc le pourvoi.
5. Contexte
	1. L’inscription sous le régime de la Loi sur les Indiens
6. Depuis son adoption, en 1876, la *Loi sur les Indiens* régit la reconnaissance du statut d’« Indien ». Dans sa version actuelle, cette loi établit un régime d’inscription prévoyant une liste exhaustive de critères d’admissibilité au statut d’« Indien ». Cependant, les conditions relatives au droit à l’inscription prévues dans la *Loi sur les Indiens* ne correspondent pas nécessairement aux coutumes propres à chaque communauté autochtone pour ce qui est de définir l’appartenance de ses membres. Elles ne cadrent pas non plus nécessairement avec l’identité ou le patrimoine autochtones. Reste que le statut procure indubitablement des avantages, aussi bien tangibles qu’intangibles.
7. Les plaintes à l’origine du présent pourvoi prennent leur source dans un historique d’aspects profondément préjudiciables et discriminatoires de la *Loi sur les Indiens* que les réformes de 1985 et de 2011 ont en grande partie supprimés (*Loi* *modifiant la Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, c. 32 (1er suppl.), *Loi modifiant la Loi sur les Indiens (règles relatives au décès)*, L.R.C. 1985, c. 43 (4e suppl.), et *Loi sur l’équité entre les sexes relativement à l’inscription au registre des Indiens*, L.C. 2010, c. 18). Avant ces réformes, des personnes ayant le statut d’« Indien » sous le régime de la *Loi sur les Indiens* pouvaient obtenir une « émancipation », euphémisme employé pour désigner divers processus législatifs par lesquels ce statut leur était retiré. Suivant l’une des formes d’émancipation, le gouvernement encourageait les individus à renoncer à leur statut, en leur octroyant en retour des droits fondamentaux, notamment la citoyenneté et le droit de vote, ainsi que le droit de détenir une terre en fief simple (*Canada (Procureur général) c. Larkman*, 2012 CAF 204, par. 12 (CanLII)). Sous une autre forme, une femme inscrite qui épousait un homme non inscrit devenait involontairement « émancipée », à l’instar de chacun de ses enfants (Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones, vol. 4, Perspectives et réalités (1996), p. 26‑27). Cette politique, qui traduisait une conception discriminatoire des femmes comme étant subordonnées à leur mari, entérinait par ailleurs un système de descendance patrilinéaire étranger à de nombreuses communautés autochtones (*Rapport*, p. 26‑27). Selon l’intention déclarée du législateur, l’émancipation avait pour objectif de réduire progressivement le nombre d’« Indiens » inscrits (voir, p. ex., le préambule de l’*Acte pour encourager la Civilisation graduelle des Tribus Sauvages en cette Province, et pour amender les Lois relatives aux Sauvages*, S. Prov. C. 1857, 20 Vict., c. 26). À la base, l’émancipation était une politique discriminatoire qui visait l’éradication de la culture autochtone ainsi que l’assimilation des peuples autochtones (*Larkman*, par. 11).
8. En 1985, le législateur a adopté un nouveau texte de loi qui éliminait la pratique de l’émancipation et qui créait de nouvelles dispositions en matière d’inscription, redonnant ainsi à ceux ayant perdu leur statut le droit de s’inscrire (Loi modifiant la Loi sur les Indiens). Puis, en 2011, une autre réforme est venue accorder le droit à l’inscription aux enfants nés d’une mère ayant perdu son statut par suite d’un mariage avec un homme non inscrit (*Loi sur l’équité entre les sexes relativement à l’inscription au registre des Indiens*). Au cours de la présente instance, de nouvelles modifications à la *Loi sur les Indiens* qui sont susceptibles d’avoir une incidence sur le droit des membres de la fratrie Matson au statut d’« Indien » sont entrées en vigueur (*Loi modifiant la Loi sur les Indiens pour donner suite à la décision de la Cour supérieure du Québec dans l’affaire Descheneaux c. Canada (Procureur général)*, L.C. 2017, c. 25). Toutefois, la question du caractère théorique des plaintes des Matson n’a pas été pleinement débattue par les parties, et il n’est pas nécessaire de l’examiner afin de statuer sur le présent pourvoi. Je ne m’attarderai donc pas plus longuement sur les éventuels effets des nouvelles dispositions relatives au droit à l’inscription.
9. Toutes les plaintes se fondent sur les règles de la *Loi sur les Indiens* applicables à la transmission du droit au statut d’« Indien ». Selon la version actuelle de cette loi, une personne peut être admissible à l’une ou l’autre de deux catégories de statut. Ainsi, les personnes qui satisfont aux critères exhaustifs d’admissibilité peuvent se voir conférer le statut visé au par. 6(1). Quant au statut prévu au par. 6(2), il peut être accordé aux personnes inadmissibles au statut visé au par. 6(1), mais dont un seul parent jouit d’un droit à l’inscription en vertu du par. 6(1). La différence entre les deux catégories de statut tient principalement à la capacité qu’aura la personne inscrite de transmettre à ses enfants le droit à l’inscription : l’enfant dont un seul parent a le statut au titre du par. 6(1) sera admissible au statut visé par le par. 6(2), alors qu’un enfant dont un seul parent a le statut au titre du par. 6(2) ne sera pas admissible au statut d’« Indien » inscrit.
	1. Les plaintes dans Matson c. Canada (Affaires indiennes et du Nord), 2013 TCDP 13
10. Les plaintes dans l’affaire *Matson* concernent trois membres d’une fratrie qui allèguent qu’une discrimination fondée sur le sexe a entraîné leur inadmissibilité au statut visé au par. 6(1), de même que l’inadmissibilité de leurs enfants au statut visé au par. 6(2). Leur grand‑mère a perdu son statut lorsqu’elle a épousé un homme non inscrit. Après l’entrée en vigueur des modifications législatives de 1985, elle a pu recouvrer son statut par application de l’al. 6(1)c). Les modifications apportées en 2011 ont ensuite permis au père d’obtenir le statut visé à l’al. 6(1)c.1); et les membres de la fratrie ont obtenu le statut visé au par. 6(2). En revanche, leurs enfants ne sont pas admissibles au statut. Si le grand‑parent autochtone des membres de la fratrie avait été de sexe masculin, ces derniers auraient été admissibles à l’inscription au titre de l’al. 6(1)a), et leurs enfants, à l’inscription au titre du par. 6(2).
	1. Les plaintes dans Andrews c. Canada (Affaires indiennes et du Nord), 2013 TCDP 21
11. Les plaintes des Andrews concernent les effets des dispositions relatives à l’émancipation, ainsi que la portée des dispositions réparatrices adoptées par la suite. Le père de M. Andrews a perdu son statut d’« Indien » à la suite d’une ordonnance d’émancipation. En conséquence, sa première épouse et leur fille ont également perdu leur statut. M. Andrews est né après que l’ordonnance d’émancipation ait été rendue, et sa mère, qui n’était pas inscrite, n’était pas touchée par l’ordonnance. À la suite de l’adoption des modifications législatives en 1985, le père et la demi‑sœur de M. Andrews sont devenus admissibles au statut au titre de l’al. 6(1)d). Cependant, puisque la mère de M. Andrews n’a jamais été admissible au statut, celui‑ci est admissible uniquement au statut visé au par. 6(2) et sa fille n’est admissible à aucun statut. Or, si M. Andrews était né avant l’ordonnance d’émancipation, ou s’il n’y avait pas eu d’ordonnance, il serait admissible au statut visé au par. 6(1), et sa fille, au statut visé au par. 6(2). Dans ses plaintes, M. Andrews allègue que pareil résultat constitue de la discrimination illicite fondée sur la race, l’origine nationale ou ethnique et la situation de famille.
	1. Loi canadienne sur les droits de la personne
12. Une personne peut, en vertu de la *LCDP*,déposer une plainte concernant l’un des actes discriminatoires énoncés dans cette loi, et quiconque est reconnu coupable d’un tel acte peut faire l’objet d’une ordonnance du Tribunal (art. 4 de la *LCDP*). Dans les plaintes en l’espèce, il est allégué qu’Affaires indiennes et du Nord Canada (« AINC ») a commis un acte discriminatoire dans le cadre de la prestation de services, en contravention de l’art. 5 de la *LCDP*,lorsqu’il a privé les plaignants d’une forme d’inscription qui leur aurait permis de transmettre à leurs enfants le droit au statut d’« Indien ». L’article 5 est ainsi libellé :

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

 **a)** d’en priver un individu;

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

1. Décisions des juridictions inférieures
	1. Les décisions du Tribunal canadien des droits de la personne
		1. Ladécision *Matson*
2. En réponse à la demande de la Commission canadienne des droits de la personne (« Commission »), le Tribunal a instruit les plaintes de la famille Matson en vertu de l’art. 49 de la *LCDP.* Dans sa décision, il s’est penché sur trois questions : (1) Les plaintes constituaient‑elles une contestation directe de la *Loi sur les Indiens*? (2) Le Tribunal était‑il lié par la décision de la Cour d’appel fédérale dans *Alliance de la fonction publique du Canada c. Canada (Agence du revenu)*, 2012 CAF 7 (« *Murphy* »)? Et enfin, (3) les plaintes — correctement qualifiées — mettaient‑elles en cause un acte discriminatoire?
3. Dans la décision du Tribunal, le membre décideur, M. Lustig, a entrepris de qualifier les plaintes en commençant par d’abord rappeler le critère à employer — énoncé dans l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Watkin*, 2008 CAF 170, 378 N.R. 268 — pour établir ce qui constitue un service. Il a ensuite rappelé la teneur de l’arrêt *Murphy*, selon lequel la *LCDP* ne permet pas l’instruction de plaintes visant directement des dispositions législatives. Le membre décideur a examiné les observations présentées par les membres de la fratrie Matson et conclu que leurs plaintes étaient essentiellement une contestation des critères relatifs au droit à l’inscription énoncés à l’art. 6 de la *Loi sur les Indiens*. Il a relevé qu’AINC n’a rien à voir avec la détermination de ces critères, et ne dispose pas non plus d’un pouvoir discrétionnaire quant à leur application. Bien que le fait de traiter les demandes de requérants et d’inscrire ceux‑ci au registre puisse être qualifié de service habituellement fourni au public, le droit sous‑jacent à l’inscription établi par voie législative n’est pas un service qu’AINC offre au public. Il s’agit plutôt d’un avantage conféré par une loi fédérale.
4. Le membre décideur s’est demandé s’il était tenu de suivre l’arrêt de la Cour d’appel fédérale dans *Murphy*, où il a été conclu que le Tribunal n’est pas compétent pour examiner les contestations directes visant un texte législatif. Dans *Murphy*, la plaignante avait reçu une somme en règlement d’une plainte pour une pratique salariale discriminatoire subie pendant plusieurs années. Cette somme était considérée, au sens de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. 1 (5e suppl.), comme un revenu d’emploi gagné au cours de l’année où le paiement avait été fait. L’Agence du revenu du Canada n’avait pas appliqué le mécanisme des paiements forfaitaires rétroactifs admissibles, qui aurait eu pour effet de répartir ces revenus sur les années d’imposition antérieures, car les intérêts composés sur l’impôt théorique que la plaignante aurait dû payer dépassaient les avantages liés au fait que les impôts étaient calculés selon un taux inférieur. Celle‑ci a contesté la validité de cette cotisation, en alléguant qu’il s’agissait d’un acte discriminatoire au sens de la *LCDP.* Le Tribunal a rejeté sa plainte, au motif qu’elle visait les dispositions de la loi prescrivant les calculs à effectuer dans le cadre de la cotisation en cause (2010 TCDP 9). S’exprimant au nom de la Cour d’appel fédérale, le juge Noël (maintenant juge en chef), a confirmé la décision du Tribunal. Bien qu’ayant appliqué la norme de contrôle de la décision raisonnable, le juge Noël a jugé « correcte » l’opinion suivant laquelle la *LCDP* ne permet pas l’instruction de plaintes qui constituent une attaque directe contre la loi (par. 6 (CanLII)). Il a conclu à l’inapplicabilité de l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Druken*,[1989] 2 C.F. 24, où la Cour d’appel fédérale avait approuvé une attaque directe contre un texte législatif,puisque, dans cette affaire, le procureur général avait concédé que l’art. 5 de la *LCDP* s’appliquait aux dispositions contestées de la *Loi de 1971 sur l’assurance chômage*, S.C. 1970‑71‑72, c. 48 (*Murphy*, par. 7).
5. Le membre décideur a rejeté les arguments selon lesquels l’arrêt *Murphy* avait été supplanté par des décisions de notre Cour ayant force de précédent, soit les arrêts *Insurance Corp. of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145, *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150, *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114 (« *Action Travail des Femmes* »), *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Communauté urbaine de Montréal*, 2004 CSC 30, [2004] 1 R.C.S. 789 (« *Larocque* »), et *Tranchemontagne c. Ontario* *(Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées)*, 2006 CSC 14, [2006] 1 R.C.S. 513. Après avoir soigneusement analysé cette jurisprudence, le membre décideur a conclu que, bien que notre Cour ait effectivement reconnu la primauté de la législation en matière de droits de la personne et le pouvoir des tribunaux des droits de la personne de déclarer inopérant un texte de loi incompatible avec cette législation, aucun des arrêts invoqués n’étayait l’argument voulant qu’une ordonnance en ce sens puisse être rendue sans qu’il n’y ait, au préalable, mise en cause d’un acte discriminatoire.
6. Le membre décideur s’est également demandé s’il existait des décisions de la Cour fédérale ou une jurisprudence provinciale analogue en matière de droits de la personne qui seraient contraires à cette conclusion, et qui appuieraient la thèse selon laquelle le Tribunal peut connaître d’une plainte contestant directement un texte de loi, et il est parvenu à la même conclusion. Il a admis que, dans certaines circonstances, une plainte relative aux droits de la personne peut contester les agissements d’un décideur administratif qui met à exécution les aspects obligatoires d’une disposition législative, mais il a conclu que le plaignant doit tout de même faire état d’un acte discriminatoire qui entraîne l’exercice du pouvoir de réparation du Tribunal.
7. Le membre décideur a ensuite rejeté les arguments selon lesquels l’art. 2 et les par. 49(5) et 62(1) de la *LCDP* appuient une interprétation élargie du terme « services » qui engloberait les dispositions législatives. Il a ajouté que, au contraire, conformément à la jurisprudence, ces dispositions mettent en évidence le pouvoir du Tribunal de rendre inopérantes des lois incompatibles à titre de réparation, mais n’indiquent pas que la loi elle‑même constitue un service au sens de la *LCDP.* De même, le membre décideur a rejeté l’argument selon lequel l’art. 67 de la *LCDP* a été adopté principalement dans le but de mettre à l’abri les dispositions de la *Loi sur les Indiens* en matière d’inscription; il a déclaré que l’ancien art. 67 poursuivait l’objectif plus large de soustraire les mesures et les décisions prises sous le régime de la *Loi sur les Indiens* à l’application de la *LCDP*.
8. Le membre décideur est donc parvenu à la conclusion que, faute d’un acte discriminatoire visé par la *LCDP*, les plaignants ne peuvent contester les dispositions de la *Loi sur les Indiens*. Il a ajouté qu’une demande fondée sur l’art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* est davantage indiquée. Il a cité *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, à l’appui de sa conclusion selon laquelle le cadre d’analyse fondé sur la *Charte* représente un moyen plus adéquat pour la contestation d’un texte de loi qu’une analyse consistant à démontrer l’existence d’un motif justifiable aux termes de la *LCDP.* Le membre décideur a donc rejeté les plaintes.
	* 1. La décision *Andrews*
9. À la demande de la Commission, le Tribunal a aussi procédé à l’instruction des plaintes de la famille Andrews. Comme point de départ de son analyse, le membre décideur, Mme Marchildon, a examiné la thèse suivant laquelle les dispositions relatives à l’émancipation sont contraires aux valeurs des droits de la personne. Néanmoins, elle a ensuite précisé que, dans le cadre de cette affaire, les questions déterminantes étaient celles de savoir si les plaintes portaient sur une prestation de services à caractère discriminatoire, et, dans la négative, si la *LCDP* permettait l’instruction de plaintes qui constituent uniquement une contestation de la loi.
10. Comme dans la décision *Matson*, le membre décideur a étudié la jurisprudence sur ce qui constitue un service, en la mettant en parallèle avec les observations du plaignant. Elle en a conclu qu’elle était en présence d’une contestation directe de l’art. 6 de la *Loi sur les Indiens*. Elle a reconnu que même si l’inscription à titre d’« Indien » peut constituer un service, les dispositions prévoyant le droit à l’inscription qui sous‑tendent ce service découlent de l’exercice du pouvoir législatif *sui generis* du Parlement, qui ne peut être considéré comme un service aux termes de l’art. 5 de la *LCDP.* Le membre décideur a fait sienne la conclusion tirée dans la décision *Matson*, selon laquelle l’arrêt *Murphy* n’a pas été supplanté par les arrêts de notre Cour. Elle a ensuite rejeté la prétention voulant que les autres décisions soumises à son examen par la Commission constituent un courant jurisprudentiel contradictoire. Elle a en outre déclaré que le cadre de justification établi dans l’arrêt *R. c.* *Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, est la méthode la plus appropriée pour décider s’il y a lieu de confirmer la validité de règles d’application générale.
	1. La Cour fédérale (2015 CF 398)
11. La Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire présentée par la Commission à l’encontre des décisions *Matson* et *Andrews*.
12. La juge McVeigh a statué que le Tribunal s’était raisonnablement fondé sur l’arrêt *Murphy* pour exclure les textes de loi du sens du terme service. Elle a rejeté l’argument avancé par la Commission selon lequel l’arrêt *Murphy* n’a pas valeur de précédent et est erroné. À son avis, le Tribunal était tenu de suivre la convention verticale du précédent. Quoi qu’il en soit, elle ne jugeait pas l’arrêt *Murphy* erroné, de sorte qu’il n’y avait pas lieu pour le Tribunal de s’en écarter. Qui plus est, la juge McVeigh a estimé que le Tribunal avait raisonnablement conclu qu’en dépit du fait qu’il pouvait déclarer un texte de loi inopérant, il n’avait pas le pouvoir d’accorder une réparation à moins que l’existence d’un acte discriminatoire, au sens de la *LCDP*, n’ait été établie. En définitive, après avoir passé en revue l’historique législatif de l’art. 67 de la *LCDP*, la juge McVeigh a conclu que le Tribunal avait raisonnablement jugé que la preuve soumise à cet égard n’était pas suffisante pour justifier l’interprétation large des dispositions sur l’inscription, selon laquelle cette dernière serait considérée comme un service.
	1. La Cour d’appel fédérale (2016 CAF 200, [2017] 2 R.C.F. 211)
13. Dans un arrêt unanime, la Cour d’appel fédérale a rejeté l’appel interjeté par la Commission à l’encontre de la décision de la Cour fédérale.
14. S’exprimant au nom de la Cour d’appel fédérale, la juge Gleason a d’abord examiné l’application de la norme de contrôle aux décisions des tribunaux des droits de la personne à la suite de l’arrêt *Dunsmuir c. Nouveau‑Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190. Elle a déclaré que la norme de la décision raisonnable doit, en principe, être appliquée aux décisions des tribunaux administratifs interprétant leur loi constitutive, sauf dans les cas où une exception reconnue s’applique, ou lorsque des facteurs contextuels donnent à penser qu’il convient d’appliquer la norme de la décision correcte.
15. Tout en reconnaissant que des décisions des tribunaux spécialisés en matière de droits de la personne ont parfois été examinées selon la norme de la décision correcte, la juge Gleason a estimé que l’on peut déterminer la norme de contrôle applicable en ayant recours aux principes généraux du droit administratif. L’interprétation de la législation sur les droits de la personne ne soulève pas de question constitutionnelle justifiant un contrôle selon la norme de la décision correcte. Bien que les questions tranchées par les tribunaux des droits de la personne puissent avoir une portée générale telle qu’elles revêtent une importance capitale pour l’ensemble du système juridique, elles n’échappent généralement pas aux domaines d’expertise du Tribunal. La juge Gleason a examiné la possibilité que la norme de la décision correcte s’applique lorsque d’autres tribunaux ont compétence pour interpréter les mêmes dispositions de la *LCDP*; cependant, il n’y avait aucun chevauchement de cet ordre en l’espèce. Par conséquent, selon la juge Gleason, c’est la norme de la décision raisonnable qui s’applique à l’interprétation de l’art. 5 par le Tribunal, de même qu’à son interprétation des faits dans les décisions *Matson* et *Andrews*.
16. La juge Gleason a poursuivi en statuant que les conclusions tirées par le Tribunal, ainsi que les motifs à l’appui de celles‑ci, étaient raisonnables. Elle a retenu la qualification des plaintes faite par le Tribunal, à savoir qu’il s’agit d’attaques directes contre l’acte de légiférer, pour ensuite reconnaître que les législatures ne fournissent pas des « services » lorsqu’elles adoptent des mesures législatives. Ensuite, elle a confirmé que le principe de la primauté des lois sur les droits de la personne s’applique uniquement en cas de conflit entre la *LCDP* et un autre texte de loi dans le cadre d’affaires portant sur un acte discriminatoire. La juge Gleason a en outre estimé que l’incapacité du Tribunal d’accorder une réparation efficace appuie la conclusion selon laquelle l’art. 5 n’entre pas en jeu. Elle a déclaré que, à son avis, l’approche retenue par le Tribunal repose sur des considérations de politique inattaquables, pour ensuite juger que rien ne justifie que le Tribunal fasse office de tribunal subsidiaire habilité à statuer sur des allégations concernant la nature discriminatoire d’une loi, alors qu’une demande fondée sur la *Charte* est un mécanisme qui convient davantage à cette fin. Enfin, en ce qui a trait à la question de l’accès à la justice, la juge Gleason s’est dite en désaccord avec la prétention de la Commission voulant que le Tribunal soit plus accessible que les cours de justice.
17. Pour l’ensemble de ces motifs, la juge Gleason a conclu que rien ne permettait d’affirmer que l’arrêt *Murphy* n’était plus valable, ou que les décisions du Tribunal étaient par ailleurs déraisonnables.
18. Analyse
	1. La norme de contrôle applicable
19. Depuis plusieurs années, notre Cour tente de simplifier l’analyse relative à la norme de contrôle applicable, afin de « faire en sorte que les parties cessent de débattre des critères applicables et fassent plutôt valoir leurs prétentions sur le fond » (*Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers’ Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, par. 36, citant *Dunsmuir*, par. 145, le juge Binnie). Dans cette optique, il existe une présomption bien établie selon laquelle la décision d’un tribunal administratif qui interprète sa loi constitutive est assujettie à la norme de la décision raisonnable (*Dunsmuir*,par. 54; *Alberta Teachers*, par. 39; *Wilson c. Énergie Atomique du Canada Ltée*, 2016 CSC 29, [2016] 1 R.C.S. 770, par. 15; *Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd*., 2016 CSC 47, [2016] 2 R.C.S. 293, par. 22; *Québec (Procureure générale) c. Guérin*, 2017 CSC 42, [2017] 2 R.C.S. 3, par. 33‑34; *Delta Air Lines Inc. c. Lukács*, 2018 CSC 2, [2018] 1 R.C.S. 6, par. 8).
20. Cette présomption peut être réfutée, et la norme de la décision correcte appliquée, lorsqu’il est possible d’établir que les questions en jeu relèvent des catégories suivantes : (1) les questions touchant au partage constitutionnel des compétences; (2) les questions touchant véritablement à la compétence; (3) les questions touchant la compétence concurrente entre tribunaux administratifs; et (4) les questions d’importance capitale pour le système juridique *et* qui échappent au domaine d’expertise du décideur (*Capilano*, par. 24; *Dunsmuir*, par. 58‑61). À titre exceptionnel, la présomption peut également être réfutée lorsqu’une analyse contextuelle révèle que le législateur avait clairement l’intention que la norme de la décision correcte s’applique (*Capilano*, par. 34; *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3, par. 46; *Tervita Corp. c. Canada (Commissaire de la concurrence)*, 2015 CSC 3, [2015] 1 R.C.S. 161, par. 35‑36 et 38‑39; *McLean c. Colombie‑Britannique (Securities Commission)*,2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895, par. 22; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283, par. 15).
21. Lors de l’analyse relative à la norme de contrôle applicable, il n’existe aucune distinction de principe entre un tribunal des droits de la personne interprétant sa loi constitutive et tout autre décideur interprétant la sienne (*Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471 (« *Mowat* »), par. 22‑24; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, 2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467, par. 167‑168; *Saguenay*, par. 50; *Stewart c. Elk Valley Coal Corp*., 2017 CSC 30, [2017] 1 R.C.S. 591, par. 22). Les tribunaux des droits de la personne ont également droit à la déférence lorsqu’ils appliquent leur loi constitutive.
22. Dans ses deux décisions, le Tribunal a été appelé à qualifier les plaintes dont il était saisi et à vérifier si l’existence d’un acte discriminatoire au sens de la *LCDP* avait été établie. Cette démarche est clairement visée par la présomption de déférence. La Commission a néanmoins fait valoir que la présomption pouvait être réfutée, pour le motif que les deux décisions du Tribunal soulèvent une question d’une importance capitale qui échappe à l’expertise de celui‑ci, ou pour le motif qu’il ressort d’une analyse contextuelle qu’aucune déférence n’est de mise à son endroit. Bien que la Commission n’ait pas plaidé en ce sens, l’incertitude qui persiste au sujet de l’applicabilité de la catégorie des questions touchant véritablement la compétence fait en sorte qu’il est aussi nécessaire de l’examiner brièvement.
	* 1. Les questions touchant véritablement à la compétence
23. Les questions touchant véritablement à la compétence ont été décrites comme une catégorie exceptionnelle et étroite de questions appelant une révision selon la norme de la décision correcte (*Alberta Teachers*, par. 39). Elles se limitent aux situations où le décideur est appelé à déterminer s’il a la faculté de connaître de la question (*Dunsmuir*, par. 59; *Guérin*, par. 32). En ce sens, les « véritables » questions de compétence renvoient à une signification bien plus restreinte de la « compétence » que celle habituellement donnée à ce mot. Ce sens étroit du terme compétence a été souligné par le juge Dickson (plus tard juge en chef) dans l’arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau‑Brunswick*,[1979] 2 R.C.S. 227 (« *SCFP* »), lorsqu’il a formulé la mise en garde selon laquelle les tribunaux « devraient éviter de qualifier trop rapidement un point de question de compétence, et ainsi de l’assujettir à un examen judiciaire plus étendu, lorsqu’il existe un doute à cet égard » (p. 233). Dans l’arrêt *Dunsmuir*, la Cour a confirmé l’approche étroite à adopter sur ce plan lorsqu’elle a expressément rejeté l’idée de revenir à la théorie de la compétence ou de la condition préalable qui a longtemps « pesé sur la jurisprudence » (par. 59; voir également *Halifax (Regional Municipality) c. Nouvelle‑Écosse (Human Rights Commission)*, 2012 CSC 10, [2012] 1 R.C.S. 364, par. 34). Si l’on s’éloigne de cette conception étroite de la compétence, on ne fait donc que courir le risque de ressusciter des débats clos depuis longtemps.
24. Ni la Commission ni les tribunaux d’instances inférieures n’ont laissé entendre que l’espèce mettait en jeu l’énigmatique catégorie des questions touchant véritablement à la compétence. Toutefois, à l’instar des parties, ils ont parfois décrit la question faisant l’objet du présent pourvoi comme étant celle de savoir si le Tribunal a « compétence » pour instruire des contestations directes d’un texte de loi, ou si les cours de justice sont les juridictions les plus à même de statuer sur la validité d’une loi. Quoi qu’il en soit, ramenée à l’essentiel, la question dont était saisi le Tribunal était celle de savoir si les droits à l’inscription prévus dans la *Loi sur les Indiens* constituent un service aux termes de la *LCDP.* C’est dans ce contexte que le Tribunal a cherché à établir si les plaintes en question visaient un acte discriminatoire au sens de la *LCDP.*
25. Il ne fait aucun doute que le Tribunal avait le pouvoir d’instruire une plainte portant sur un acte discriminatoire. À cet égard, la question de savoir ce qu’inclut le terme « services » n’a rien de plus exceptionnel que les questions qui se posaient dans le cadre d’autres affaires où notre Cour, à la majorité, a maintes fois refusé de voir une question touchant véritablement à la compétence (*Guérin*, par. 33‑36; *Capilano*, par. 26; *Alberta Teachers*, par. 33; *SCFP*,p. 233‑234; *Société Radio‑Canada c. SODRAC 2003 Inc*., 2015 CSC 57, [2015] 3 R.C.S. 615, par. 39; *Nolan c. Kerry (Canada) Inc*., 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678, par. 35; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd*., 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160, par. 36; *Mowat*, par. 24‑25). Conclure que le Tribunal devait trancher une question touchant véritablement à la compétence risquerait uniquement de tirer de l’oubli la théorie de la compétence ou de la condition préalable qui a clairement été mise au rancart dans *Dunsmuir*. En clair, définir ce qui constitue un service aux termes de la *LCDP* n’est pas une question touchant véritablement à la compétence.
26. Cela dit, l’incertitude persistante quant à la portée de cette catégorie appelle des remarques supplémentaires. Depuis son inclusion, dans l’arrêt *Dunsmuir*, au sein des catégories de questions appelant la norme de la décision correcte, la notion de question touchant véritablement à la compétence s’est révélée aussi insaisissable que controversée. Dans l’arrêt *Alberta Teachers*, les juges majoritaires de la Cour ont envisagé d’éliminer la notion de compétence véritable dans le contexte de l’analyse relative à la norme de contrôle applicable, en faisant remarquer qu’elle est peu utile et qu’elle « sème la confusion tant chez les juges que chez les avocats » (par. 38; voir également les par. 34‑42). Les juges majoritaires ont souligné qu’ils ne pouvaient « offrir de définition quant à [. . .] une question touchant véritablement à la compétence » (par. 42).
27. J’ouvre ici une parenthèse pour souligner qu’il est en effet difficile d’établir de façon cohérente l’existence d’une pareille question sans pour autant revenir à la théorie de la compétence ou de la condition préalable que la Cour a clairement écartée dans les arrêts *SCFP* (p. 233) et *Dunsmuir* (par. 35). D’aucuns sont d’avis que la plupart des questions pouvant être qualifiées de [traduction] « questions de compétence » consistent simplement en l’interprétation, par un décideur, de sa loi constitutive ou d’une loi qui y est étroitement liée (P. Daly, *The hopeless search for « true » questions of jurisdiction* (15 août 2013) (en ligne)). Dans *McLean*, le juge Moldaver a noté que la Cour suprême des États‑Unis a rejeté la distinction entre l’interprétation qui touche à la compétence et celle qui n’y touche pas parce qu’elle est [traduction] « illusoire » (note 3, citant *City of Arlington, Texas c. Federal Communications Commission*, 133 S. Ct. 1863 (2013), p. 1868).
28. Néanmoins, dans l’arrêt *Alberta Teachers*, les juges majoritaires se sont contentés de souligner que, si elles existent, « [l]es véritables questions de compétence ont une portée étroite et se présentent rarement » (par. 39). Ils ont précisé qu’il appartiendra aux futures parties à un litige de s’acquitter du lourd fardeau de démontrer qu’elles ont bel et bien trouvé une question touchant véritablement à la compétence (par. 42). Toutefois, jusqu’à maintenant, aucune partie à un litige n’a pu relever ce défi devant nous.
29. Depuis l’arrêt *Alberta Teachers*, la quête des questions touchant véritablement à la compétence est en fait demeurée vaine. Chaque fois que des parties à un litige ont plaidé l’existence d’une question de ce genre, notre Cour a réaffirmé le caractère restrictif et la nature exceptionnelle de cette catégorie (*Guérin*, par. 32; *Capilano*, par. 26; *SODRAC*, par. 39; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Utilities Commission)*,2015 CSC 45, [2015] 3 R.C.S. 219, par. 27; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Procureur général)*, 2014 CSC 40, [2014] 2 R.C.S. 135, par. 61). En 2013, un auteur de doctrine a qualifié la quête de questions touchant véritablement à la compétence de [traduction] « désespérée », en faisant également observer que la Cour, cinq ans après l’arrêt *Dunsmuir*, n’en avait pas encore trouvé une seule (Daly). Dix années se sont maintenant écoulées depuis l’arrêt *Dunsmuir*, et cette quête reste toujours aussi désespérée. Toutes les fois où elle a appliqué l’arrêt *Dunsmuir*, notre Cour n’a jamais été en mesure de trouver un seul cas où cette catégorie aurait pu être jugée applicable.
30. Si les questions touchant véritablement à la compétence étaient tout bonnement tombées dans l’oubli, il serait inutile d’en dire davantage à ce sujet. Cependant, cela ne s’est pas produit. La difficulté inhérente à ce type de questions tient au fait que la compétence est un concept aux contours flous. Lorsque les décideurs interprètent et appliquent leurs lois constitutives, ils déterminent nécessairement la portée du pouvoir que leur confère la loi (*Alberta Teachers*, par. 34). Il n’existe aucune balise claire qui permettrait de distinguer les simples questions de compétence (soit celles permettant de décider de l’étendue du pouvoir d’une personne) des questions touchant véritablement à la compétence (soit celles permettant de décider si la personne a compétence pour procéder à l’instruction). Devant pareille imprécision, les avocats tout comme les juges sont tentés de revenir à une interprétation large de la notion de compétence pour justifier l’application de la norme de la décision correcte, contrairement à la jurisprudence de notre Cour. En conséquence, non seulement la recherche illusoire de questions touchant véritablement à la compétence peut‑elle mettre en péril la certitude dont ont besoin les parties, mais elle peut aussi miner la suprématie législative.
31. Pour certains, le maintien de la catégorie des questions touchant véritablement à la compétence peut, au mieux, sembler offrir une certaine valeur au plan théorique. Dans ses motifs concordants dans l’arrêt *Alberta Teachers*, le juge Cromwell a souligné avec emphase la nécessité conceptuelle d’un examen de la compétence en fonction de la norme de la décision correcte étant donné le pouvoir de surveillance des cours de justice à l’égard des limites de la compétence. Or, même lui a reconnu que la catégorie des questions touchant véritablement à la compétence apportait peu à l’analyse relative à la norme de contrôle applicable (par. 94). L’on peut donc se demander si cette nécessité conceptuelle justifie que l’on consacre les ressources des cours de justice et des parties à tenter de définir un concept intrinsèquement nébuleux.
32. Notre jurisprudence reconnaît que la garantie constitutionnelle dont bénéficie le contrôle judiciaire repose sur l’obligation des cours de justice de veiller à la légalité de l’action administrative (*Dunsmuir*, par. 29; *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220, p. 234‑238). Cependant, notre jurisprudence a également confirmé que le contrôle judiciaire repose sur le respect des choix des décideurs à qui le législateur a confié des fonctions, et reconnaît qu’une loi puisse légitimement se prêter à plusieurs interprétations raisonnables (*Dunsmuir*, par. 35; *McLean*, par. 33). En ce qui a trait aux questions d’interprétation législative qui n’appellent qu’une seule réponse raisonnable, notre Cour a démontré que la norme de la raisonnabilité permet toujours aux cours de révision de statuer efficacement sur des questions en tenant compte tant des principes de la primauté du droit que de la suprématie législative qui sont au cœur de l’analyse que commande le contrôle judiciaire (*McLean*, par. 38; *Mowat*, par. 34; *Dunsmuir*, par. 75). Sous ce rapport, l’application de la norme de la raisonnabilité permet bien souvent aux tribunaux de remplir aisément leur fonction de surveillance à l’égard de la compétence de l’exécutif.
33. En réalité, la catégorie des questions touchant véritablement à la compétence est maintenue en vie artificiellement depuis l’arrêt *Alberta Teachers*. Jamais les juges majoritaires de la Cour n’ont reconnu un seul exemple de question de ce type, et son existence même est mise en doute depuis longtemps. Comme les parties n’ont pas présenté d’observations complètes sur cette question et son effet potentiel, s’il en est, sur le cadre d’analyse actuel applicable à la norme de contrôle, je me contenterai de réitérer le commentaire déjà formulé par la Cour, c’est‑à‑dire que ce sera aux éventuelles parties à un litige d’établir si cette catégorie est toujours nécessaire ou si le moment est venu, pour reprendre les termes du juge Binnie, « d’en finir avec cette catégorie de questions » une fois pour toutes (*Alberta Teachers*, par. 88).
	* 1. Les questions d’une importance capitale
34. La Commission soutient que les décisions du Tribunal soulèvent une question d’une importance capitale à l’égard de laquelle celui‑ci ne possède pas l’expertise voulue, puisque d’autres tribunaux fédéraux habilités à trancher des questions générales de droit ont une compétence concurrente à l’égard de l’interprétation de la portée de l’art. 5 de la *LCDP.* L’arrêt *Dunsmuir* a établi que la norme de contrôle de la décision correcte pouvait s’appliquer aux questions de droit qui, à la fois, présentent une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble, *et* sont étrangères au domaine d’expertise du décideur (par. 55 et 60). Depuis *Dunsmuir*, notre Cour a appliqué cette catégorie commandant l’utilisation de la norme de la décision correcte à seulement deux reprises — d’abord dans l’arrêt *Saguenay*, par. 49‑51, et ensuite dans l’arrêt *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. University of Calgary*, 2016 CSC 53, [2016] 2 R.C.S. 555, par. 21‑22 et 26. En fait, la Cour a maintes fois rejeté une application libérale de cette catégorie (voir, p. ex., *Nor‑Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616, par. 38; *Whatcott*, par. 168; *Kanthasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 61, [2015] 3 R.C.S. 909, par. 44; *Commission scolaire de Laval c. Syndicat de l’enseignement de la région de Laval*, 2016 CSC 8, [2016] 1 R.C.S. 29, par. 34; *Alberta Teachers*, par. 32; *Barreau du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2017 CSC 56, [2017] 2 R.C.S. 488, par. 18; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, par. 60 et 62; *McLean*, par. 28).
35. Ici, le Tribunal possède une vaste expertise pour ce qui est de déterminer ce qui constitue un acte discriminatoire. Le fait que d’autres tribunaux fédéraux soient habilités à appliquer la *LCDP* ne dépouille nullement le Tribunal de son expertise relativement à sa loi constitutive. Indépendamment du fait qu’elles aient ou non atteint l’importance requise, les questions soumises au Tribunal relevaient clairement de son expertise. Par conséquent, en l’espèce, cette catégorie de questions ne trouve pas application.
	* 1. L’analyse contextuelle
36. La Commission a aussi soutenu qu’une analyse contextuelle réfute la présomption d’application de la norme de la décision raisonnable en l’espèce. Selon elle, cette analyse révèle l’intention claire du législateur que la norme de la décision correcte s’applique, en s’appuyant sur le fait que le Tribunal a modifié le [traduction] « critère juridique fondamental » servant à déterminer ce qui constitue un service aux termes de la *LCDP.*En se fondant sur l’analyse contextuelle qu’ils ont effectuée, mes collègues les juges Côté et Rowe appliqueraient également la norme de la décision correcte. Soit dit en tout respect, je suis en désaccord avec ces deux positions.
37. La présomption d’application de la norme de la décision raisonnable se voulait un moyen d’éviter aux parties d’avoir systématiquement à passer par une analyse exhaustive de la norme de contrôle applicable. Lorsque la présomption s’applique, il est nécessaire, pour que le processus soit ainsi simplifié, que l’analyse contextuelle joue un rôle qui reste subordonné dans l’analyse relative à la norme de contrôle. Notre Cour a certes déjà indiqué que, occasionnellement, la présomption de déférence peut être réfutée par une analyse contextuelle (*Saguenay*, par. 46; *Capilano*, par. 32; *Tervita*, par. 35; *McLean*, par. 22; *Barreau du Québec*, par. 23). Cependant, la Cour a aussi souligné que cela était le cas dans une « situation exceptionnelle *nouvelle* » (*Rogers*, par. 16 (en italique dans l’original)).
38. Cette approche contextuelle devrait être appliquée avec parcimonie. Comme l’ont déclaré les juges majoritaires de la Cour dans l’arrêt *Alberta Teachers*, il est inapproprié de « revenir à l’analyse exhaustive lorsqu’une démarche sommaire permet de déterminer la norme de contrôle » (par. 44). En effet, le « recours à une analyse contextuelle peut être source d’incertitude et d’interminables litiges au sujet de la norme de contrôle applicable » (*Capilano*, par. 35). La présomption d’application de la norme de la décision raisonnable et les catégories déjà énumérées suffiront généralement pour déterminer la norme de contrôle applicable. Dans les cas exceptionnels où il serait justifié de recourir à une analyse contextuelle pour repousser la présomption, celle‑ci n’a pas à être longue et détaillée (*Capilano*, par. 34). Dans les situations où tel était le cas, ou lorsqu’il en a été question par le passé, l’analyse ne portait que sur les facteurs déterminants qui révélaient une intention claire du législateur justifiant la réfutation de la présomption (voir, p. ex., *Rogers*, par. 15; *Tervita*, par. 35‑36; voir également *Saguenay*,par. 50‑51).
39. À cet égard, je ne peux souscrire à la qualification que mes collègues les juges Côté et Rowe donnent au cadre d’analyse actuel applicable à la norme de contrôle, qui exigerait selon eux l’application de la norme de la décision correcte dès que « les facteurs contextuels énumérés dans l’arrêt *Dunsmuir* tendent plutôt vers la norme de la décision correcte » (par. 73). Lorsque la présomption d’application de la norme de la raisonnabilité joue, comme en l’espèce, l’approche qu’ils suggèrent d’adopter irait à l’encontre du rôle accessoire de l’analyse contextuelle dans notre jurisprudence actuelle, et compromettrait la stabilité que notre Cour a cherché à établir au cours de la dernière décennie. Bien que notre Cour puisse ultérieurement juger nécessaire d’examiner à nouveau le cadre d’analyse applicable à la norme de contrôle, une insatisfaction face à l’état actuel du droit ne permet pas de faire abstraction de notre jurisprudence postérieure à l’arrêt *Dunsmuir*. Cela ne fait que créer de la confusion inutile dans un domaine du droit qui est déjà complexe.
40. Dans cette perspective, au regard des circonstances particulières de la présente affaire, aucun facteur ne rend nécessaire une analyse contextuelle longue et détaillée pour tenter de réfuter la présomption en l’espèce. L’argument de la Commission selon lequel les modifications apportées aux « critères juridiques fondamentaux » exigent l’application de la norme de la décision correcte doit être rejeté. En effet, cet argument n’a aucun fondement dans la jurisprudence, ne constitue pas une indication claire de l’intention du législateur, et risquerait d’ajouter encore plus à l’incertitude dans l’analyse de la norme de contrôle applicable. De plus, je prendrais garde de ne pas ajouter aux facteurs appropriés énumérés dans *Dunsmuir* à moins que ce ne soit fondé sur une raison valable de principe, sans quoi cela risquerait de donner lieu à une ingérence injustifiée dans l’exercice des pouvoirs des décideurs à qui le législateur a choisi de déléguer certaines fonctions.
41. J’estime par ailleurs que je dois aussi me pencher sur l’application de l’analyse contextuelle que font mes collègues les juges Côté et Rowe en l’espèce. À mon avis, aucun des facteurs qu’ils soulèvent ne justifie l’application de cette analyse, ou, par extension, de la norme de la décision correcte. N’en déplaise à mes collègues, je suis d’avis que la façon dont ils appliquent l’analyse contextuelle ne trouve pas appui dans la jurisprudence de notre Cour et, à certains égards, qu’elle est même contraire à celle‑ci.
42. Pour ce qui est de l’absence de clause privative, notre Cour a établi depuis longtemps qu’une telle omission ne repousse pas la présomption de déférence (*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, par. 25; *Mowat*, par. 17). Au contraire, le fait que le législateur a confié certains pouvoirs à un décideur administratif plutôt qu’aux tribunaux judiciaires porte à croire qu’il avait l’intention que la déférence s’impose (*Khosa*, par. 25).
43. De plus, la jurisprudence de la Cour n’étaye pas une application de la norme de la décision correcte fondée sur le fait que d’autres tribunaux administratifs peuvent trancher des questions relatives à la *LCDP.* Notre Cour a certes reconnu que la norme de la décision correcte peut s’appliquer lorsqu’un tribunal ne fait pas partie d’un « régime administratif distinct et particulier » parce qu’il a compétence concurrente avec les cours de justice ou parce qu’il est clairement indiqué dans une disposition que la décision doit être traitée comme si elle avait été rendue par une cour de justice (*Rogers*, par. 15 (italique omis), citant *Dunsmuir*, par. 55; voir également *Tervita*, par. 38). Cette situation diffère par contre de celle où un tribunal applique sa loi constitutive, où les cours de justice n’ont pas compétence concurrente et où il n’y a pas de disposition expresse créant un droit d’appel. De fait, à mon avis, la démarche adoptée à ce chapitre par mes collègues les juges Côté et Rowe créerait une nouvelle catégorie appelant la norme de la décision correcte pour les questions qui auraient une importance capitale, peu importe l’expertise du tribunal.
44. La possibilité que des courants jurisprudentiels divergents existent ne justifie pas non plus l’application de la norme de la décision correcte. Notre Cour a reconnu que les courants de ce type ne justifient pas à eux seuls un contrôle judiciaire, et elle a appliqué une norme empreinte de déférence dans les cas où ils ont été soulevés (*Wilson*, par. 17; *Barreau du Québec*, par. 19; *Smith*, par. 38; *Domtar Inc. c. Québec (Commission d’appel en matière de lésions professionnelles)*, [1993] 2 R.C.S. 756, p. 800‑801). Je doute aussi qu’il existe un tel courant jurisprudentiel divergent relativement aux questions soulevées dans la présente affaire. La démarche relative à l’art. 5 de la *LCDP* adoptée dans *Druken* en 1998 a été écartée dans l’arrêt *Murphy* en 2012, lequel fait autorité depuis. Qui plus est, la décision contradictoire la plus récente dont font mention mes collègues les juges Côté et Rowe a été rendue il y a 17 ans.
45. Enfin, je suis en désaccord avec la façon dont mes collègues les juges Côté et Rowe analysent la nature de la question en litige et l’objet du Tribunal. L’interprétation de la portée du terme « services » ne comporte pas de dimension constitutionnelle. Aucune interprétation de l’art. 5 de la *LCDP* ne peut empêcher les cours supérieures de statuer sur des contestations fondées sur l’art. 15 de la *Charte*, ni ne peut habiliter le Tribunal à connaître des demandes fondées sur la *Charte*. De fait, formuler l’analyse de ces facteurs comme consistant à savoir si les cours de justice sont mieux placées pour trancher certaines questions revient à effectivement mettre en cause la théorie de la compétence ou de la condition préalable. Comme je l’ai déjà expliqué, cette théorie a été écartée il y a longtemps (*SCFP*, p. 233; *Dunsmuir*, par. 59; *Halifax*, par. 34).
46. Puisque la présomption d’application de la norme de la décision raisonnable n’est pas réfutée, à l’instar de la Cour fédérale et de la Cour d’appel fédérale, j’examinerai les décisions du Tribunal selon la norme de la décision raisonnable.
	1. Le contrôle des décisions
		1. La norme de la décision raisonnable
47. Lorsqu’une cour de révision examine une décision selon la norme de la décision raisonnable, elle doit principalement s’intéresser à « la justification de la décision, à la transparence et à l’intelligibilité du processus décisionnel », de même qu’à « l’appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » (*Dunsmuir*, par. 47; *Newfoundland and Labrador Nurses’ Union c. Terre‑Neuve‑et‑Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708, par. 14). Lorsqu’elle est appliquée à l’interprétation législative, la norme de la décision raisonnable reconnaît que le décideur, titulaire de pouvoirs délégués, est le mieux placé pour comprendre les considérations de politique générale et le contexte qu’il faut connaître pour résoudre toute ambiguïté dans le texte de loi (*McLean*, par. 33). Les cours de révision doivent par ailleurs éviter de soupeser et d’apprécier à nouveau la preuve prise en compte par le décideur (*Khosa*, par. 64). Fondamentalement, la norme de la raisonnabilité reconnaît qu’il peut légitimement y avoir de multiples issues possibles, même lorsque celles‑ci ne correspondent pas à la solution optimale que la cour de révision aurait elle‑même retenue.
	* 1. Application
48. Dans les deux décisions qu’il a rendues, le Tribunal a fourni des motifs soigneusement rédigés et mûrement réfléchis où il a expliqué les raisons pour lesquelles les plaignants n’avaient pas réussi à établir l’existence d’un acte discriminatoire au sens de la *LCDP.*Les membres décideurs ont d’abord qualifié les plaintes de contestations visant directement un texte de loi. Ils ont ensuite conclu que, s’il était vrai que la *LCDP* conférait au Tribunal le pouvoir réparateur de déclarer inopérantes des lois incompatibles, ce dernier ne pouvait accorder une telle réparation sans que l’existence d’un acte discriminatoire ait été prouvée au préalable. Ils ont ajouté qu’un texte de loi en soi n’était pas un service aux termes de l’art. 5, qui interdit les actes discriminatoires dans le cadre de la prestation de services. Pour parvenir à cette conclusion, les membres décideurs ont étudié les éléments de preuve et les observations des plaignants, la jurisprudence applicable, l’objet, la nature et l’économie de la *LCDP* et enfin, les considérations de politique générale pertinentes. Les décisions en cause respectent les critères de justification, de transparence et d’intelligibilité définis dans *Dunsmuir*, et elles appartiennent aux issues possibles raisonnables (par. 47).
49. La question déterminante que les membres décideurs devaient trancher était celle de savoir si les plaintes constituaient une attaque directe contre un texte de loi ou si elles mettaient en cause un acte discriminatoire dans la prestation d’un service. Il est incontesté que les actions de l’exécutif dans le cadre de la fourniture de services destinés principalement au public sont susceptibles de faire l’objet d’un examen fondé sur les lois en matière de droits de la personne (voir, p. ex., *Tranchemontagne*; *Beattie c. Canada (Affaires indiennes et du Nord)*, 2014 TCDP 1; *Canada (Procureur général) c. Davis*, 2013 CF 40; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2012 CF 445, [2013] 4 R.C.F. 545). Ce qui est en litige, c’est plutôt l’examen de plaintes qui, essentiellement, visent uniquement des textes de loi. Lorsqu’ils examinent de telles plaintes, les tribunaux des droits de la personne font face à la tâche difficile d’établir une distinction entre les services administratifs et la législation. Les tribunaux des droits de la personne des administrations fédérale et provinciales ont adopté diverses approches pour faire une telle distinction (C. Mummé, « At the Crossroads in Discrimination Law : How the Human Rights Codes Overtook the *Charter* in Canadian Government Services Cases » (2012), 9 *J.L. & Equality* 103, p. 116‑117). Puisque cette distinction soulève une question mixte de fait et de droit qui relève directement de leur champ d’expertise, les tribunaux des droits de la personne sont les mieux placés pour élaborer une approche permettant d’établir les distinctions de cette nature. Dans le cadre d’un contrôle selon la norme de la raisonnabilité, la cour de révision a pour tâche d’exercer une surveillance à l’égard de l’approche utilisée par le tribunal dans le contexte de la décision prise dans son ensemble. Son rôle n’est pas d’imposer l’approche de son choix.
50. Les membres décideurs ont abordé la qualification des plaintes en examinant la jurisprudence afin d’établir ce qui constitue un service aux termes de l’art. 5 de la *LCDP.* Ils ont étudié la nature des allégations, la formulation des observations des plaignants et le rapport qui existe entre le registraire et les dispositions sur le droit à l’inscription à l’art. 6 de la *Loi sur les Indiens*. Les deux membres décideurs ont accordé de l’importance aux observations des plaignants dont la formulation donnait à penser que les plaintes visaient les dispositions sur le droit à l’inscription de la *Loi sur les Indiens*. De l’avis des membres décideurs, les plaintes ne mettaient pas en cause les moyens employés par le registraire pour traiter leurs demandes, mais visaient essentiellement les critères d’admissibilité que le registraire était tenu d’appliquer. Sur ce fondement, les membres décideurs ont raisonnablement conclu que les plaintes portées devant eux pouvaient être qualifiées à bon droit d’attaques directes contre un texte de loi.
51. Après avoir conclu que les plaintes mettaient en cause des critères législatifs plutôt que le processus d’inscription, les membres décideurs ont examiné la question de savoir si les plaignants étaient en mesure d’établir l’existence d’un acte discriminatoire au sens de la *LCDP*. Dans toutes les plaintes, il était allégué qu’AINC s’était livré à des actes discriminatoires en refusant aux plaignants un service, ou en leur faisant subir, en ce qui a trait à un service, une distinction défavorable fondée sur un motif illicite. Les membres décideurs ont donc cherché à établir si le texte de loi constituait un service aux termes de la loi.
52. Le Tribunal a raisonnablement examiné les lignes directrices que la Cour d’appel fédérale a énoncées dans l’arrêt *Murphy*, de même que la décision sous‑jacente du Tribunal à laquelle la Cour d’appel fédérale a souscrit dans cet arrêt. Il n’est pas nécessaire, pour trancher le présent pourvoi, de déterminer la mesure dans laquelle l’arrêt *Murphy* avait valeur de précédent, ni de quelle manière notre Cour aurait pu infirmer une telle décision au terme d’un contrôle selon la norme de la raisonnabilité. En effet, même si les membres décideurs s’estimaient liés par l’arrêt *Murphy*, ils ont tout de même mené une analyse approfondie afin d’établir si cet arrêt avait été supplanté, que ce soit par un précédent qui les lie ou par la *LCDP.* Ainsi, les deux décisions ont été rendues en fonction des faits qui leur sont propres.
53. Dans le cadre de leur analyse de la jurisprudence émanant de notre Cour et des juridictions provinciales, les membres décideurs ont fait une distinction entre la préséance des lois sur les droits de la personne et l’interdiction que prévoit la loi à l’égard des actes discriminatoires. Ils ont reconnu que selon les décisions rendues dans des affaires comme *Heerspink*, *Craton*, *Action Travail des Femmes*, *Andrews c. Law Society of British Columbia*, *Larocque* et *Tranchemontagne*, les lois sur les droits de la personne pouvaient rendre inopérantes des dispositions législatives incompatibles. C’est ainsi que lorsqu’un acte discriminatoire sans motif justifiable est démontré, le Tribunal a le pouvoir d’ordonner à un décideur administratif de cesser d’appliquer les dispositions incompatibles. Mais comme le Tribunal l’a indiqué, dans les arrêts précédemment mentionnés, les tribunaux des droits de la personne étaient intervenus pour remédier à un acte discriminatoire établi. Rien dans ces décisions ne permettait d’affirmer que les textes de loi en général constituaient des « services ». Le Tribunal s’est raisonnablement abstenu d’inférer de la jurisprudence concernant son pouvoir de réparation qu’elle infirmait l’arrêt *Murphy*, ou qu’elle exigeait une interprétation large du sens du terme « services ».
54. Les membres décideurs ont aussi raisonnablement évalué la question de savoir si un texte de loi pouvait constituer un service compte tenu des arrêts *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571, et *Watkin*. Le membre décideur saisi de l’affaire *Andrews* a souligné que la nature *sui generis* du pouvoir de légiférer du Parlement était incompatible avec le fait de considérer l’acte de légiférer comme un service public, et que l’acte de légiférer n’avait pas la connotation transitive nécessaire pour pouvoir être considéré comme un service destiné au public.
55. Aucune question ne se soulève non plus quant à l’examen de l’économie de la *LCDP* par le Tribunal. Les deux membres décideurs ont conclu que les dispositions invoquées par la Commission étaient pleinement cohérentes avec la distinction entre la préséance des lois sur les droits de la personne et la portée de l’interdiction relative aux actes discriminatoires prévue dans la *LCDP.* Le paragraphe 49(5), qui exige que le membre décideur affecté aux affaires dans lesquelles des dispositions législatives pourraient être déclarées inopérantes soit un avocat, et le par. 62(1), qui place la législation sur les régimes de retraite à l’abri d’un examen, sont compatibles avec la différence qui existe entre la préséance de la *LCDP* et la portée de l’interdiction relative aux actes discriminatoires qu’elle prévoit. Aucune de ces dispositions n’appuie l’interprétation selon laquelle toute loi serait susceptible de révision par le Tribunal. L’article 67 de la *LCDP* (maintenant abrogé), qui soustrayait la *Loi sur les Indiens* aux plaintes en matière de droits de la personne, correspondait à l’intention qu’avait le législateur de mettre à l’abri d’une contestation les services fournis conformément à la *Loi sur les Indiens*. Toutefois, l’art. 67 ne permettait pas, à lui seul, de conclure que le législateur avait eu l’intention de permettre des contestations directes de toutes les autres lois.
56. La Commission et les intervenants ont soulevé de nombreuses raisons de politique générale qui justifieraient que les contestations directes visant des textes de loi soient examinées par le Tribunal. Cependant, il n’appartient pas à une cour de révision de soupeser à nouveau les considérations de politique générale. Les membres décideurs ont clairement tenu compte des difficultés d’ordre pratique et des remises en question de la légitimité démocratique que suppose l’examen des contestations de la loi en fonction du critère du motif justifiable. La conclusion qu’ils ont tirée n’a rien de déraisonnable.
57. Je conclurai en soulignant que l’analyse de l’art. 5 de la *LCDP* contenue dans les motifs des juges Côté et Rowe ne diffère pas beaucoup de celle qu’a faite le Tribunal. En fait, je ne vois pas de quelle façon leur analyse ajoute à l’interprétation que le Tribunal donne à sa loi constitutive, qui portait en grande partie sur la jurisprudence en matière de droits de la personne et qui abordait l’épineuse question de savoir dans quels cas une plainte peut être qualifiée à juste titre d’attaque contre un texte de loi. Compte tenu de cela, je doute que notre Cour, ou toute autre cour de révision, soit nécessairement mieux placée pour interpréter la loi constitutive de ce décideur.
58. Conclusion
59. Le Tribunal a examiné toutes les plaintes dans des décisions détaillées, logiques et mûrement réfléchies qui faisaient partie des issues possibles acceptables. Les deux décisions sont raisonnables, et elles devraient être maintenues.
60. En terminant, je tiens à souligner que le présent pourvoi est tranché sans que nous ayons à juger si la *Loi sur les Indiens* porte atteinte aux droits que l’art. 15 de la *Charte* garantit aux plaignants. À ce chapitre, je fais simplement remarquer que, ces dernières années, deux contestations des dispositions relatives à l’inscription de la *Loi sur les Indiens* ont été couronnées de succès, et ont entraîné une réforme de la loi (*Descheneaux c. Canada (Procureur général)*, 2015 QCCS 3555; *McIvor c. Canada (Indian and Northern Affairs, Registrar)*, 2009 BCCA 153, 306 D.L.R. (4th) 193).
61. En conséquence, je rejetterais le pourvoi. Puisqu’aucune des parties n’a demandé de dépens, aucuns ne seront adjugés.

 Version française des motifs rendus par

 Les juges Côté et Rowe —

1. Aperçu
2. Le présent pourvoi soulève la question de savoir si le Tribunal canadien des droits de la personne (« Tribunal ») a commis une erreur en concluant que les textes de loi ne peuvent faire l’objet d’une contestation en vertu de l’art. 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, c. H‑6 (« *LCDP* »). Cette disposition interdit, notamment, les distinctions discriminatoires par un fournisseur de services destinés au public. Dans les décisions *Andrews c. Canada (Affaires indiennes et du Nord)*, 2013 TCDP 21, et *Matson c. Canada (Affaires indiennes et du Nord)*, 2013 TCDP 13, le Tribunal a rejeté plusieurs plaintes déposées à l’encontre des dispositions en matière d’inscription de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, c. I‑5, au motif qu’elles ne mettaient pas en cause un acte discriminatoire commis par « le fournisseur de [. . .] services » (art. 5 de la *LCDP*). Appliquant une norme de contrôle qui commande la déférence, la Cour fédérale (2015 CF 398) et la Cour d’appel fédérale (2016 CAF 200, [2017] 2 R.C.F. 211) ont toutes deux conclu que les décisions *Matson* et *Andrews* du Tribunal étaient raisonnables. Les juges majoritaires de notre Cour en feraient de même.
3. Nous sommes d’accord avec notre collègue le juge Gascon quant à l’issue du présent pourvoi, et nous souscrivons également à son résumé des faits et de l’historique judiciaire. Toutefois, nous sommes en désaccord en ce qui concerne le choix de la norme de contrôle applicable. À notre avis, une analyse contextuelle mène à la conclusion que les décisions du Tribunal devraient être examinées selon la norme de la décision correcte. En appliquant cette norme, nous concluons que le Tribunal a correctement tranché la question en litige, et nous rejetterions le pourvoi en conséquence.
4. Analyse
	1. Quelle est la norme de contrôle applicable?
5. Dans *Dunsmuir c. Nouveau‑Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 62, la Cour a établi un cadre d’analyse en deux étapes pour déterminer le degré de déférence qui doit être accordé à la décision d’un organisme administratif lors du contrôle judiciaire. À la première étape, la cour de révision examine la jurisprudence pour vérifier si la norme de contrôle applicable a déjà été établie. Dans l’affirmative, l’analyse s’arrête là et la cour applique cette norme dans son examen sur le fond de la décision contestée. Toutefois, si la jurisprudence n’a pas établi la norme applicable, la deuxième étape de l’analyse prévoit que la cour doit entreprendre une analyse plus rigoureuse afin de déterminer si la décision de l’organisme statutaire doit être examinée selon la norme de la décision raisonnable ou selon la norme de la décision correcte.
6. L’analyse relative à la norme de contrôle énoncée dans l’arrêt *Dunsmuir* exige que la cour tienne compte de plusieurs facteurs contextuels, dont la nature de la question en cause, l’existence ou l’inexistence d’une clause privative, la raison d’être du tribunal selon sa loi habilitante, ainsi que l’expertise du tribunal (par. 64). Ces facteurs aident à déterminer la norme qui permet d’atteindre un juste équilibre entre le respect de la primauté du droit, d’une part, et la suprématie législative, d’autre part.
7. Dans la jurisprudence qui a suivi l’arrêt *Dunsmuir*, la Cour a accordé beaucoup d’importance à la nature de la question en cause pour déterminer la norme de contrôle applicable. Dans *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers’ Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, par. 39, la Cour a affirmé qu’il convient de présumer que la norme de la décision raisonnable sera applicable aux décisions qui impliquent l’interprétation et l’application par le tribunal de sa loi constitutive, ou d’une loi étroitement liée à son mandat. Il existe toutefois deux situations où cette présomption ne s’appliquera pas. Premièrement, la jurisprudence reconnaît quatre « catégories » de questions qui devront nécessairement être examinées selon la norme de la décision correcte : les questions constitutionnelles, les questions de droit qui revêtent une importance capitale pour le système juridique et qui sont étrangères au domaine d’expertise du tribunal, les questions impliquant la délimitation des compétences respectives de tribunaux spécialisés concurrents, ainsi que les questions touchant véritablement à la juridiction. Deuxièmement, la présomption d’application de la norme de la décision raisonnable sera réfutée si les facteurs contextuels énumérés dans l’arrêt *Dunsmuir* tendent plutôt vers la norme de la décision correcte.
8. En l’espèce, nous convenons avec la Commission canadienne des droits de la personne (« Commission ») que la jurisprudence n’est pas claire quant à la norme applicable à la question particulière dont nous sommes saisis. C’est la conclusion unanime à laquelle en sont arrivés les juges de la Cour d’appel fédérale; suite à un examen attentif de la jurisprudence pertinente, la juge Gleason a fait remarquer la difficulté à « tracer une ligne de démonstration nette entre les décisions assujetties à la norme de contrôle de la décision raisonnable et celles qui appellent la norme de la décision correcte lorsque les tribunaux des droits de la personne sont appelés à interpréter la portée des garanties prévues par leurs lois constitutives » (par. 69). De plus, bien que dans l’arrêt *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471 (« *Mowat* »), la Cour ait appliqué la norme de la décision raisonnable au contrôle d’une décision du Tribunal où celui‑ci avait conclu qu’il avait le pouvoir statutaire d’adjuger des dépens en faveur de la plaignante après que celle‑ci eut obtenu gain de cause, elle a néanmoins reconnu que le cadre d’analyse établi dans l’arrêt *Dunsmuir* peut exiger que certaines décisions du Tribunal soient examinées selon la norme de la décision correcte (par. 23).
9. Selon les parties, la question en litige repose principalement sur l’interprétation de l’art. 5 de la *LCDP*, par le Tribunal, et nul ne conteste qu’il s’agit d’une question à l’égard de laquelle la présomption de la norme de la décision raisonnable s’applique. L’intimé, le procureur général du Canada, prétend que cette présomption n’est pas réfutée, que ce soit sur le fondement d’une catégorie de questions, ou sur le fondement de facteurs contextuels. L’appelante, la Commission, plaide plutôt qu’une analyse contextuelle mène à la conclusion que la norme de la décision correcte devrait s’appliquer en l’espèce.
10. Puisque l’interprétation de l’art. 5 de la *LCDP* est en cause dans la présente affaire, nous sommes d’accord que l’application de la norme de la décision raisonnable *doit être présumée*. Le juge Gascon est d’avis que la question dont nous sommes saisis ne fait partie d’aucune des catégories reconnues qui emportent l’assujettissement à la norme de la décision correcte — mais il en dit beaucoup plus à cet égard. Sans que cette question ait été soulevée devant la Cour, il va même jusqu’à souligner les difficultés que pose selon lui la catégorie des questions touchant la juridiction et il dit avoir de sérieuses réserves quant à l’utilité même de cette catégorie dans l’analyse relative à la norme de contrôle applicable (par. 31‑41).
11. Nous nous dissocions fermement de ces commentaires faits en *obiter*. Reconnaissant que la notion de juridiction a joué, et joue encore, un rôle essentiel en droit administratif, notre Cour a clairement indiqué à plusieurs reprises que les décideurs administratifs *doivent* déterminer correctement la portée du pouvoir qui leur a été délégué (*Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220, p. 236‑237; *United Taxi Drivers’ Fellowship of Southern Alberta c. Calgary (Ville)*, 2004 CSC 19, [2004] 1 R.C.S. 485, par. 5; *Dunsmuir*, par. 29). Il en est ainsi parce que les questions de juridiction sont fondamentalement liées tant au maintien de la suprématie législative — qui exige qu’un organisme statutaire donné agisse dans les limites que le législateur a prévues — qu’au respect de la primauté du droit — qui veut que tout exercice de l’autorité déléguée procède de la loi (*Dunsmuir*, par. 28). Rien dans nos motifs ne doit être interprété comme une menace à ces principes bien établis de contrôle judiciaire. Toutefois, nous convenons avec notre collègue le juge Gascon que toute incertitude qui entoure la catégorie de questions touchant la juridiction devra être réglée à une autre occasion, lorsque les parties soulèveront directement cette question.
12. Nous sommes également en désaccord avec la proposition selon laquelle l’approche contextuelle ne joue qu’un rôle subordonné dans l’analyse relative à la norme de contrôle (motifs du juge Gascon, par. 45). Selon notre interprétation de la jurisprudence applicable, le recours à l’analyse contextuelle n’a absolument rien d’exceptionnel; le cadre d’analyse établi par notre Cour dans *Dunsmuir* est manifestement de nature contextuelle. Les « catégories de questions auxquelles s’applique la norme de la décision correcte », comme on en est venu à les qualifier, sont simplement des situations où la jurisprudence a déjà établi la norme applicable, si bien qu’une analyse plus poussée des facteurs contextuels pertinents n’est plus nécessaire (*Dunsmuir*, par. 57‑61; l’hon. M. Bastarache, *Dunsmuir 10 Years Later* (9 mars 2018) (en ligne)). À cet égard, il suffit de répéter ce qu’a affirmé notre Cour il y a 10 ans dans *Dunsmuir* quant à la détermination de la norme de contrôle applicable :

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

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

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

1. À la lumière de ces considérations, nous ne pouvons souscrire à la proposition selon laquelle l’approche contextuelle « devrait être appliquée avec parcimonie » ou que « [l]a présomption d’application de la norme de la décision raisonnable et les catégories déjà énumérées suffiront généralement pour déterminer la norme de contrôle applicable » (motifs du juge Gascon, par. 46). Suivant l’arrêt *Dunsmuir*, une telle analyse *doit* être entreprise lorsque les catégories identifiées dans la jurisprudence ne s’appliquent pas. Et nous observons que c’est précisément ce qu’a fait notre Cour dans de nombreux arrêts postérieurs à *Dunsmuir* : *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678; *Nor‑Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283; *Barreau du Québec c. Québec (Procureure générale)*, 2017 CSC 56, [2017] 2 R.C.S. 488. On ne doit pas minimiser l’importance du contexte dans le cadre d’analyse énoncé dans l’arrêt *Dunsmuir*.
2. C’est pourquoi nous contestons la qualification que fait le juge Gascon de notre analyse relative à la norme de contrôle, selon laquelle celle‑ci « ne trouve pas appui dans la jurisprudence de la Cour et, à certains égards, [. . .] est même contraire à celle‑ci » (par. 49).
3. Revenant à la présente affaire, et sans décider si cette question appartient à l’une ou l’autre des catégories qui appellent l’application de la norme de la décision correcte, nous concluons, en fonction des facteurs contextuels pertinents énumérés dans *Dunsmuir*, que la présomption a été réfutée en l’espèce, et que la norme qu’il convient d’appliquer est donc celle de la décision correcte. À cet égard, notons également que l’application de la norme de la décision correcte aux questions touchant la portée des protections en matière de droits de la personne sous le régime de la *LCDP* — sur le fondement des catégories ou du contexte — n’est pas du tout une situation inédite (voir, par exemple, *Mowat*, par. 23; *Canada (Procureur général) c. Watkin*, 2008 CAF 170, 378 N.R. 268, par. 23; *Canada (Procureur général) c. Johnstone*, 2014 CAF 110, [2015] 2 R.C.F. 595, par. 44‑52; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Seeley*, 2014 CAF 111, par. 35-36 (CanLII)).
	* 1. Absence de clause privative
4. Le premier facteur à considérer est l’absence de clause privative. Dans l’arrêt *Dunsmuir*, la Cour a souligné que l’existence d’une clause privative « atteste la volonté du législateur que les décisions du décideur administratif fassent l’objet de plus de déférence et que le contrôle judiciaire soit minimal » (par. 52). Autrement dit, bien que ces dispositions statutaires n’écartent pas le pouvoir inhérent et constitutionnel des cours supérieures de procéder au contrôle judiciaire de décisions administratives, elles donnent fortement à penser qu’il faut faire preuve de déférence envers le décideur concerné.
5. Bien que la *LCDP* confère au Tribunal le pouvoir de « tranche[r] les questions de droit et les questions de fait dont il est saisi » (par. 50(2)), le législateur a décidé de ne pas soustraire ces décisions à un contrôle rigoureux au moyen d’une clause privative. Nous reconnaissons que l’absence d’une telle clause n’a pas pour effet, à elle seule, de réfuter la présomption de déférence, mais nous notons par ailleurs qu’elle n’appuie pas non plus un contrôle selon la norme de la décision raisonnable.
	* 1. L’expertise du Tribunal : l’art. 5 de la *LCDP* n’est pas interprété exclusivement dans le cadre d’un régime administratif distinct et particulier
6. Un deuxième facteur milite en faveur de la norme de la décision correcte : il serait souhaitable que tous les organismes fédéraux statutaires adoptent une interprétation uniforme du terme « services » tel qu’il apparaît à l’art. 5 de la *LCDP.* À plusieurs reprises, la Cour a affirmé que les protections en matière de droits de la personne doivent être interprétées uniformément dans les divers ressorts, sauf intention contraire manifeste du législateur (*Université de la Colombie‑Britannique c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353, p. 373; *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571, par. 47; *Nouveau‑Brunswick (Commission des droits de la personne) c. Potash Corporation of Saskatchewan Inc.*, 2008 CSC 45, [2008] 2 R.C.S. 604, par. 68, la juge en chef McLachlin, dans ses motifs concordants en partie). À notre sens, il est encore plus impératif que les tribunaux judiciaires et administratifs chargés de l’application d’une loi donnée sur les droits de la personne interprètent uniformément ses dispositions. La primauté du droit se trouve ébranlée lorsque la même protection contre la discrimination est interprétée et appliquée d’une certaine manière par un décideur administratif, et d’une manière complètement différente par un autre décideur.
7. Le Tribunal n’est pas le seul décideur administratif à l’échelle fédérale qui est chargé d’assurer le respect des protections contre la discrimination prévues par la *LCDP.*Notre Cour a conclu que les décideurs administratifs autres que les tribunaux des droits de la personne peuvent aussi disposer du pouvoir d’interpréter et d’appliquer les lois sur les droits de la personne relativement aux affaires dont ils sont dûment saisis (*Tranchemontagne c. Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées)*, 2006 CSC 14, [2006] 1 R.C.S. 513; voir, par exemple, *Commission de l’assurance‑emploi du Canada c. M. W.*, 2014 TSSDA 371, par. 51‑69 (CanLII)). Par conséquent, nous sommes d’avis que la question particulière en litige — à savoir si une loi peut être contestée au motif qu’elle constitue un acte discriminatoire dans la prestation d’un service — ne se pose pas dans le cadre d’un régime administratif particulièrement distinct à l’égard duquel le Tribunal a juridiction exclusive (*Dunsmuir*, par. 55; *Rogers Communications*, par. 18; *Johnstone*, par. 47‑48). Divers autres décideurs, y compris la Commission, le Tribunal de la sécurité sociale et les arbitres en droit du travail, ont examiné et continueront d’examiner cette même question. Pour reprendre les termes utilisés par le juge Slatter dans *Garneau Community League c. Edmonton (City)*, 2017 ABCA 374, 60 Alta. L.R. (6th) 1, par. 95 :

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

1. La principale préoccupation concernant cette juridiction concurrente est donc que ces décideurs parviendront à des conclusions divergentes quant à la portée d’une seule et même protection en matière de droits de la personne ou, plus généralement, que la réponse à une question de droit donnée dépendra du décideur qui l’étudie. Cette préoccupation est fondamentalement liée à la primauté du droit. Et, à notre avis, il importe peu que la juridiction soit partagée entre un organisme statutaire et une cour de justice ou entre plusieurs organismes de ce genre; la possibilité qu’une décision administrative ait des répercussions qui vont au‑delà d’un seul tribunal distinct fait ressortir cette préoccupation relative à la primauté du droit et justifie le contrôle de cette décision selon la norme de la décision correcte.
2. Cette préoccupation relative à la primauté du droit n’est pas simplement théorique. Comme il a été souligné dans les décisions *Andrews* et *Matson*, il existe deux courants jurisprudentiels opposés quant à savoir si la protection offerte par l’art. 5 de la *LCDP* permet des contestations visant une loi et rien d’autre. Dans *Druken*, le Tribunal et la Cour d’appel fédérale ont tous deux reconnu que l’assurance‑emploi, qui était offerte sous le régime de la *Loi de 1971 sur l’assurance‑chômage*, L.C. 1970‑71‑72, c. 48,et son règlement, était un « service » aux fins de l’art. 5 de la *LCDP* (*Druken c. Canada (Commission de l’emploi et de l’immigration)*, 1987 CanLII 99; *Canada (Procureur général) c. Druken*, [1989] 2 C.F. 24). Ce raisonnement a été suivi par la Cour fédérale dans *Gonzalez c. Canada (Commission de l’emploi et de l’immigration)*, [1997] 3 C.F. 646 (1re inst.), et par le Tribunal dans *McAllister‑Windsor c. Canada (Développement des ressources humaines)*, 2001 CanLII 20691. En revanche, d’autres décideurs ayant interprété cette même disposition de la *LCDP* sont parvenus à la conclusion contraire. Par exemple, dans *Alliance de la fonction publique du Canada c. Canada (Agence du revenu)*, 2012 CAF 7 (« *Murphy* »), la Cour d’appel fédérale a conclu que « la LCDP ne prévoit pas la possibilité de déposer de plaintes contre une loi fédérale » (par. 6 (CanLII)). Cette conclusion n’est pas sans rappeler celle du Tribunal dans *Forward c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 TCDP 5, et celle de la Cour fédérale dans *Canada (Commission des droits de la personne) c. M.R.N.*, 2003 CF 1280, [2004] 1 R.C.F. 679, par. 30, ainsi que les commentaires du juge Robertson de la Cour d’appel fédérale dans *Canada (Procureur général) c. McKenna*, [1999] 1 C.F. 401, par. 78‑80.
3. Ces deux interprétations apparemment raisonnables de la même protection en matière de droits de la personne peuvent‑elles coexister? La portée de l’art. 5 de la *LCDP* devrait‑elle être tributaire de l’opinion du membre du Tribunal ou du juge devant lequel se trouvent les parties au litige? À notre avis, il faut répondre à ces questions par la négative. Étant donné ce qui précède, et le statut quasi constitutionnel des lois en matière de droits de la personne, la question qui se pose en l’espèce en est précisément une qui exige une réponse uniforme et cohérente de la part des tribunaux et des organismes statutaires canadiens. Toutefois, cet objectif est impossible à atteindre si les cours supérieures exigent seulement que ces décisions appartiennent aux issues raisonnables. Plutôt, l’application de la norme de la décision correcte, qui commande peu de déférence, permet aux cours de fournir des directives utiles quant à la portée de ces protections fondamentalement importantes en matière de droits de la personne et d’assurer le respect de la primauté du droit en pareils cas.
	* 1. L’objet du Tribunal et la nature de la question en litige
4. Enfin, la question soumise à la Cour concerne l’objet même de l’existence du Tribunal. En décidant si les contestations d’un texte de loi sont visées par la définition d’« acte discriminatoire » de la *LCDP*, le Tribunal répond à une question de droit qui comporte une dimension constitutionnelle : qui peut décider du type de contestations pouvant être présentées à l’encontre d’une mesure législative? D’après la Commission, décider que les contestations d’un texte de loi ne sont pas visées à l’art. 5 mine la primauté des lois en matière de droits de la personne en empêchant les demandeurs de soumettre certains types de contestations au Tribunal. Bien que le présent pourvoi n’en soit pas un constitutionnel au sens strict (c’est‑à‑dire qu’il ne met pas directement en cause des droits protégés par la *Charte canadienne des droits et libertés*, par exemple), il fait nécessairement intervenir la primauté du droit et l’obligation des cours supérieures au sens de l’art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* d’assurer le respect de ce principe constitutionnel fondamental (*Dunsmuir*, par. 29 et 31). Dans ces circonstances, il n’y a pas lieu de faire preuve de déférence à l’égard de la décision d’un décideur administratif.
	* 1. Conclusion
5. Nous reconnaissons que l’analyse en l’espèce commence par la présomption d’application de la norme de la décision raisonnable, mais il est incontestable que cette présomption peut être réfutée au moyen d’une analyse contextuelle. Nous convenons aussi avec notre collègue le juge Gascon que l’absence d’une clause privative « ne repousse pas la présomption de déférence » (par. 50). En effet, notre Cour a reconnu que « [sa] présence ou [son] absence ne sont plus déterminantes quant à savoir si la déférence s’impose ou non à l’endroit du tribunal administratif » (*Mowat*, par. 17). D’ailleurs, nul ne conteste que l’éventualité de courants jurisprudentiels contradictoires ne justifie pas, *à elle seule*, l’application d’une norme de contrôle moins déférente (motifs du juge Gascon, par. 52). Toutefois, à notre avis, ce sont tous des indices qui militent en faveur de la norme de la décision correcte. Bien qu’aucun de ces facteurs ne puisse *à lui seul* commander l’application de la norme de la décision correcte, nous réitérons que « [l]’analyse doit être contextuelle » (*Dunsmuir*, par. 64). Et lorsque notre Cour a affirmé que « [d]ans bien des cas, il n’est pas nécessaire de tenir compte de tous les facteurs, car certains d’entre eux peuvent, dans une affaire donnée, déterminer l’application de la norme de la décision raisonnable » (*Dunsmuir*, par. 64), elle fit ainsi en reconnaissant que, dans d’autres affaires, le contexte dans son ensemble serait déterminant. C’est le cas en l’espèce. Pour ce motif, une analyse contextuelle nous mène à la conclusion que la présomption est réfutée en l’espèce, et que la décision contestée doit être examinée selon la norme de la décision correcte.
	1. L’article 5 de la LCDP permet‑il l’instruction de plaintes qui constituent une simple contestation d’une loi?
6. Le plaignant qui dépose une plainte de discrimination devant le Tribunal doit s’assurer que celle‑ci relève du champ d’application de la *LCDP.* L’article 40 de cette loipermet aux individus et aux groupes de déposer une plainte à l’égard d’un « acte discriminatoire ». Selon l’art. 39, l’« acte discriminatoire » englobe toutes les interdictions énumérées aux art. 5 à 14.1 de la *LCDP.*
7. Il est question en l’espèce de la portée de l’art. 5 de la *LCDP*, dont le libellé est le suivant :

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

 **a)** d’en priver un individu;

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

1. Les plaintes en l’espèce allèguent‑elles un acte discriminatoire dans la prestation d’un service destiné au public? Devant le Tribunal, les plaignants cherchaient à contester les dispositions en matière d’inscription de la *Loi sur les Indiens* au motif qu’elles créaient des distinctions illicites du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur sexe et de leur situation de famille (*Matson*, par. 2 (CanLII); *Andrews*, par. 11 (CanLII)). Ils n’ont pas contesté les actes du Registraire dans le cadre du traitement de leurs demandes. Pour l’essentiel, ces plaintes portent sur la décision du Parlement de rendre inaccessible le statut d’« Indien » aux personnes dans des circonstances semblables. Le Tribunal a correctement qualifié ces plaintes de simple contestation d’une loi.
2. La réparation découlant d’une contestation tranchée en faveur des plaignants sur ce fondement consisterait à déclarer les dispositions contestées inopérantes. Or, le Tribunal doit d’abord être validement saisi de l’affaire avant que cette réparation — ou toute autre réparation — puisse être octroyée. La Cour d’appel fédérale a indiqué à juste titre qu’il ne faut pas confondre la portée de l’art. 5 et celle du pouvoir du Tribunal d’accorder des réparations (motifs de la C.A., par. 99). De plus, la primauté des lois sur les droits de la personne en cas d’incompatibilité avec d’autres lois ne guide pas l’interprétation que la Cour doit donner quant à la portée de l’art. 5. Le sens de cette disposition doit être établi de façon indépendante selon les principes d’interprétation législative.
3. Quelle est donc la portée de l’art. 5? En anglais, le libellé de cette disposition met l’accent sur la *prestation* de services (« *the provision of services* »). La version française de la *LCDP* indique que *le* *fournisseur de [. . .] services* commet un acte discriminatoire s’il prive un individu de services ou s’il le défavorise à l’occasion de leur fourniture. Ce libellé donne à penser que l’art. 5 est axé sur la discrimination exercée par un fournisseur de services.
4. À notre avis, le législateur n’est pas un fournisseur de services, et il ne fournissait pas un service lorsqu’il a adopté les dispositions en matière d’inscription de la *Loi sur les Indiens*. En outre, le processus législatif se distingue des autres termes énumérés à l’art. 5; il ne s’apparente ni à un bien, ni à une installation, ni à un moyen d’hébergement (voir *Forward*, par. 42 (CanLII)). Comme l’a fait observer le Tribunal dans *Andrews*, le processus législatif est unique :

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

1. Le Parlement se distingue des décideurs administratifs qui exercent leurs fonctions conformément à une autorisation statutaire. Ces derniers et les organismes statutaires, dont le Registraire, pourraient être considérés comme des « fournisseurs de services » ou des entités qui « fournisse[nt] [. . .] de[s] services [. . .] destinés au public ». S’ils utilisent leur pouvoir discrétionnaire conféré par la loi d’une manière qui prive un individu de ces services ou qui le défavorise sur le fondement d’un motif de distinction illicite, l’art. 5 s’applique. Toutefois, lorsque leur travail consiste simplement à appliquer des critères prévus par la loi, la contestation ne vise pas la prestation de services, mais la loi elle‑même (*Murphy*, par. 6).
2. En outre, la jurisprudence applicable indique que l’adoption d’une loi n’est pas un service. La Cour a défini un service comme (1) quelque chose d’avantageux (2) qui est mis à la disposition du public ou lui est offert (*Gould*; voir également *Watkin*, par. 31). Dans l’arrêt *Gould*, le juge La Forest, dans ses motifs concordants, a affirmé ce qui suit au par. 55 :

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

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

1. La Cour d’appel fédérale a adopté un point de vue semblable dans *Murphy*. Dans cette affaire, la Commission a fait valoir que les cotisations d’impôt sur le revenu établies par l’Agence du revenu du Canada conformément à la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, c. 1 (5e suppl.) (« *LIR* »), étaient des « services » au sens de la *LCDP.*En concluant que l’obligation impérative d’établir le montant des impôts en conformité avec la *LIR* était au cœur de l’allégation, la Cour d’appel a qualifié la plainte d’attaque directe à l’encontre des dispositions applicables de la *LIR*. Lorsqu’elle a rejeté l’appel, la Cour d’appel a affirmé sans équivoque que l’art. 5 de la *LCDP* « ne prévoit pas la possibilité de déposer de plaintes contre une loi fédérale » (par. 6).
2. Nous tenons également à souligner que la disposition équivalente à l’art. 5 de la *LCDP* dans les lois provinciales sur les droits de la personne peut être formulée dans des termes plus généraux, et sans nécessairement faire référence à « la prestation de services » ou au « fournisseur de services ». Par exemple, l’article premier du *Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, c. H.19, de l’Ontario, indique que « [t]oute personne a droit à un traitement égal en matière de services, de biens ou d’installations, sans discrimination ». La question de savoir si la contestation d’un texte de loi serait autorisée sur le fondement de cette loi ou d’autres lois provinciales en matière de droits de la personne n’est pas en cause en l’espèce, et la Cour pourra y répondre à une autre occasion.
3. La Commission a présenté à la Cour deux autres arguments contextuels pour étayer sa thèse voulant qu’une loi puisse être contestée sur le fondement de la *LCDP.* Premièrement, elle allègue que l’abrogation de l’art. 67 de la *LCDP* (L.C. 2008, c. 30, art. 1) démontre que le législateur avait envisagé la possibilité que les lois fassent l’objet de contestations directes. L’article 67 prévoyait que « [l]a [*LCDP*] est sans effet sur la *Loi sur les Indiens* et sur les dispositions prises en vertu de cette loi. » La Commission soutient qu’en abrogeant cette exception à la primauté de la *LCDP*, le législateur a assujetti la *Loi sur les Indiens*, dans sa *totalité*, à la *LCDP*, y compris les dispositions contestées qui portent sur l’inscription. Pour appuyer davantage sa position, la Commission fait valoir que l’art. 67 avait été adopté (et subséquemment abrogé) précisément par crainte que les dispositions en matière d’inscription de la *Loi sur les Indiens* soient jugées discriminatoires.
4. Deuxièmement, la Commission allègue qu’il ressort également du par. 49(5) de la *LCDP* que le législateur a envisagé la possibilité que les lois puissent être contestées directement. Cette disposition exige que la formation du Tribunal soit composée d’un membre du barreau d’une province ou de la Chambre des notaires du Québec si la plainte soulève l’incompatibilité potentielle de la *LCDP* avec une disposition d’un autre texte de loi.
5. En tout respect, nous estimons qu’aucune de ces dispositions ne nous éclaire sur la question en litige : l’acte de légiférer peut‑il être qualifié de service, de sorte qu’une disposition discriminatoire puisse être contestée directement sur le fondement de l’art. 5 de la *LCDP*? Les arguments évoqués précédemment confondent la capacité du Tribunal d’instruire une plainte et la portée de son pouvoir de réparation. Là encore, la possibilité de déclarer une loi inopérante à titre de mesure de réparation ne nous permet pas de déterminer la portée de ce qui constitue un acte discriminatoire aux termes de l’art. 5. Ces deux questions sont distinctes et doivent le demeurer.
6. Conclusion
7. En somme, nous convenons avec le Tribunal et les cours d’instances inférieures que les plaintes qui constituent une simple contestation d’un texte de loi ne peuvent être présentées sur le fondement de l’art. 5 de la *LCDP.* L’acte de légiférer n’est pas un service. Par conséquent, c’est à bon droit que le Tribunal a rejeté les plaintes au motif qu’il n’y avait aucun acte discriminatoire sous‑jacent.
8. Le juge Gascon affirme que le contrôle fondé sur la norme de la décision correcte que nous entreprenons ne diffère pas vraiment de l’analyse effectuée par le Tribunal en première instance et, pour cette raison, il se demande si notre Cour est mieux placée pour interpréter la loi constitutive du décideur (par. 65). N’en déplaise à notre collègue, cette affirmation ne tient pas compte du rôle des cours de justice lors d’un contrôle judiciaire. Ce n’est pas parce que notre analyse calque en grande partie celle du Tribunal que la conclusion à laquelle nous sommes arrivés relativement à la norme de contrôle applicable est moins valable. Dans tout contrôle fondé sur la norme de la décision correcte, la cour de justice peut conclure que le tribunal est parvenu à la décision correcte. On ne peut conclure pour autant que le Tribunal est nécessairement « mieux placé » que les tribunaux judiciaires pour rendre des décisions, ou que la suprématie législative doit toujours avoir préséance sur les préoccupations quant à la primauté du droit.
9. Les cours supérieures ont l’*obligation* constitutionnelle de surveiller l’exercice du pouvoir décisionnel en matière administrative (art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*; *Crevier*, p. 234; *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 CSC 19, [2003] 1 R.C.S. 226, par. 21; *Dunsmuir*, par. 29). L’analyse relative à la norme de contrôle aide les tribunaux judiciaires à déterminer le degré de déférence dont ils doivent faire preuve à l’égard de la décision du décideur administratif dans le but d’atteindre un juste équilibre entre la primauté du droit et le maintien de la suprématie législative — et non pour identifier qui est mieux placé pour trancher les questions qui se posent. De plus, le résultat de l’analyse effectuée dans le cadre d’un contrôle judiciaire ne devrait jouer aucun rôle dans le choix de la norme applicable. La norme de la décision correcte fait partie intégrante du droit relatif au contrôle judiciaire, en ce sens où elle « favorise ainsi le prononcé de décisions justes tout en évitant l’application incohérente et irrégulière du droit » (*Dunsmuir*, par. 50).
10. À l’instar de nos collègues majoritaires, nous rejetterions le pourvoi. Nous sommes aussi d’avis que cette conclusion ne vise aucunement la possibilité ou non pour les plaignants de présenter une demande fondée sur l’art. 15 de la *Charte* relativement aux dispositions contestées de la *Loi sur les Indiens*.

 Version française des motifs rendus par

1. Le juge Brown — Je suis d’accord avec mon collègue le juge Gascon pour dire que les réponses du Tribunal canadien des droits de la personne aux questions qui lui ont été soumises — soit que l’acte de légiférer n’est pas un « service » au sens de l’art. 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, c. H‑6, et qu’il n’y avait donc aucun acte discriminatoire sous‑jacent — étaient raisonnables. Je conviens en outre avec mes collègues les juges Côté et Rowe que les réponses du Tribunal étaient correctes. En effet, les par. 56 à 66 des motifs du juge Gascon étayent eux aussi la conclusion que la décision à laquelle est arrivé le Tribunal était correcte.
2. Vu l’impossibilité d’attaquer les décisions du Tribunal en fonction d’une norme de contrôle ou de l’autre, il n’y a rien à ajouter à ce sujet, du moins en ce qui concerne le présent pourvoi. J’écris de brefs motifs pour exprimer ma réserve plus générale concernant les remarques incidentes de mon collègue le juge Gascon à propos des questions touchant véritablement à la compétence, et pour souligner quelques difficultés que peuvent fort bien poser ses déclarations sur l’analyse contextuelle.
3. Dans son analyse des questions touchant véritablement à la compétence, le juge Gascon passe sous silence un point central qui, sans être déterminant, me semble être une considération importante militant contre sa proposition d’« en finir avec » cette catégorie de questions assujetties à un contrôle selon la norme de la décision correcte. Je me reporte à l’arrêt *Dunsmuir c. Nouveau‑Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, où la Cour affirme qu’elle continue de reconnaître que cette catégorie est fondamentale pour le contrôle judiciaire. Mon collègue fait remarquer qu’« une insatisfaction face à l’état actuel du droit ne permet pas de faire abstraction de notre jurisprudence postérieure à l’arrêt *Dunsmuir*» (par. 47). Cette observation vaut toutefois tout autant pour l’arrêt *Dunsmuir* lui‑même. Or, la Cour y a écrit, citant l’honorable Thomas Cromwell, que [traduction] « la primauté du droit est consacrée par le pouvoir d’une cour de justice de statuer en dernier ressort sur l’étendue de la compétence d’un tribunal administratif » (par. 30, citant T. Cromwell, « Appellate Review : Policy and Pragmatism », dans *2006 Isaac Pitblado Lectures, Appellate Courts : Policy, Law and Practice*, V‑1, p. V‑12). Cela suppose non seulement que l’examen de ces questions est de la plus haute importance, mais également que ces questions existent toujours. Par conséquent, bien que l’on puisse « en finir avec » *la* *catégorie* des questions touchant véritablement à la compétence, cela ne veut pas dire que *ces* *questions elles‑mêmes* disparaîtront.
4. Il faut donc faire preuve de circonspection pour décider de l’opportunité et, le cas échéant, de la manière d’« en finir avec » les questions touchant véritablement à la compétence. L’exercice d’un pouvoir public, notamment un pouvoir public délégué, doit toujours être autorisé par la loi. Le contrôle judiciaire est un gage de fidélité à ce principe. Comme je l’ai indiqué dans *West Fraser Mills Ltd. c. Colombie-Britannique (Workers’ Compensation Appeal Tribunal)*, 2018 CSC 22, [2018] 1 R.C.S. 635, par. 124, je reconnais qu’il est souvent difficile de distinguer l’exercice d’un pouvoir délégué qui soulève des questions touchant véritablement à la compétence de l’exercice du pouvoir qui fait intervenir l’application ordinaire d’une loi habilitante. Il reste cependant des questions qui s’apparentent davantage à la première catégorie, notamment celles encore largement reconnues comme des questions de compétence par les juridictions inférieures (comme la décision d’adopter un texte législatif subordonné : *Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) c. Canada*, 2018 CAF 58, par. 80 (CanLII)), et qui suscitent nettement les mêmes préoccupations relatives à la primauté du droit que celles qui, aux dires de la Cour dans *Dunsmuir*, appellent une norme de contrôle plus rigoureuse. Attribuer uniformément à pareilles questions la même norme de contrôle de la « raisonnabilité » qu’à toutes les autres questions rendrait cette norme beaucoup moins utile, car cela ne donnerait à la cour de révision aucun fondement pour distinguer les éléments méritant la déférence des autres.
5. Par conséquent, l’abolition de la catégorie des questions touchant véritablement à la compétence devra s’accompagner d’une transition concomitante à un cadre plus souple relatif à la norme de contrôle, plutôt qu’à un cadre strictement binaire (ou fondé uniquement sur la raisonnabilité).
6. Cela m’amène à ma seconde réserve, soit la portée extrêmement restreinte attribuée par mon collègue le juge Gascon à l’analyse contextuelle, portée qui nuira considérablement à la souplesse nécessaire. Selon lui, l’analyse contextuelle est « exceptionnelle » et doit être utilisée « avec parcimonie ». En outre, elle joue un « rôle subordonné » lors du choix de la norme de contrôle applicable (par. 45‑46).
7. Les termes descriptifs comme « exceptionnel » et « avec parcimonie » constituent naturellement le même type de mises en garde que celles énoncées de temps à autre par la Cour à l’égard des questions touchant véritablement à la compétence, ce qui laisse croire que la Cour pourrait à court terme vouloir « en finir avec » l’analyse contextuelle. Cela mis à part, et soit dit en tout respect, et reconnaissant que mon collègue peut s’appuyer sur des déclarations antérieures de la Cour, ces déclarations ne donnent que peu d’indications utiles, sinon aucunes, aux juridictions inférieures. En effet, il n’est pas facile de concilier les affirmations donnant à penser qu’il faut procéder à un examen contextuel « avec parcimonie » ou que cet examen joue un « rôle subordonné » et la reconnaissance par mon collègue (au par. 46) du fait que les cours de révision devraient examiner « les facteurs [. . .] qui rév[èlent] une intention claire du législateur justifiant la réfutation de la présomption ». Si l’on tient compte des facteurs qui révèlent l’intention du législateur, on procède *dans les faits* à une analyse contextuelle.
8. Les réserves que j’ai à propos de ces aspects des motifs de mon collègue n’influent toutefois pas sur le résultat. Je suis également d’avis qu’il y a lieu de rejeter le pourvoi.

 *Pourvoi rejeté.*

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

 Procureur de l’intimé : Procureur général du Canada, Toronto.

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

 Procureurs de l’intervenante Tania Zulkoskey : Cavalluzzo, Toronto.

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

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

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

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

 Procureurs de l’intervenante Amnistie internationale : Stockwoods, Toronto.

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

 Procureur de l’intervenant le Bureau d’Aide Juridique Afro‑Canadien : Bureau d’Aide Juridique Afro‑Canadien, Toronto.

 Procureur de l’intervenant Aboriginal Legal Services : Aboriginal Legal Services, Toronto.

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