

T-26-10
2011 FC 130

T-26-10
2011 CF 130

Public Mobile Inc. (*Applicant*)

v.

Attorney General of Canada, Globalive Wireless Management Corp., Bell Canada, Rogers Communications Inc., Shaw Communications Inc., and TELUS Communications Company (*Respondents*)

and

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

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

Federal Court, Hughes J.—Ottawa, January 19, 20 and February 4, 2011.

* Editor’s Note: This decision has been reversed on appeal (A-78-11, A-79-11, 2011 FCA 194). The reasons for judgment, handed down June 8, 2011, will be published in the *Federal Courts Reports*.

Telecommunications — Judicial review of Governor in Council decision pursuant to Telecommunications Act, s. 12(1) varying decision of Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC), determining that respondent Globalive Wireless Management Corp. meeting requirements of Act, s. 16, eligible to operate as telecommunications carrier in Canada — Respondent not demonstrating to CRTC Canadian ownership, control following participation in radio frequency auction — CRTC examining whether respondent meeting Act, s. 16(3)(c) — Finding that respondent controlled in fact by non-Canadians — Governor in Council disagreeing, considering that in case of respondent, access to foreign capital, technology, experience should be encouraged — Also considering that CRTC’s decision depriving Canadians of competitive wireless telecommunications services — Governor in Council misinterpreting Canadian ownership, control requirements in Act, not acting within statutory mandate — No policy objective in Act encouraging foreign investment — Promotion of Canadian control essential criterion — Application allowed.

Public Mobile Inc. (*demanderesse*)

c.

Le procureur général du Canada, Globalive Wireless Management Corp., Bell Canada, Rogers Communications Inc., Shaw Communications Inc., et TELUS Communications Company (*défendeurs*)

et

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

RÉPERTORIÉ : PUBLIC MOBILE INC. c. CANADA (PRO-CUREUR GÉNÉRAL)

Cour fédérale, juge Hughes—Ottawa, 19, 20 janvier, et 4 février 2011.

* Note de l’arrêtiste : Cette décision a été infirmée en appel (A-78-11, A-79-11, 2011 CAF 194). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 8 juin 2011, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

Télécommunications — Contrôle judiciaire d’une décision prise par la gouverneure en conseil en vertu de l’art. 12(1) de la Loi sur les télécommunications pour modifier une décision par laquelle le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (le Conseil) a décidé que la défenderesse Globalive Wireless Management Corp. respectait l’art. 16 de la Loi et était admise à opérer comme entreprise de télécommunication au Canada — La défenderesse n’a pas réussi à montrer au Conseil qu’elle était la propriété de Canadiens et qu’elle était contrôlée par des Canadiens à la suite de sa participation à une vente aux enchères du spectre des radiofréquences — Le Conseil s’est penché sur la question de savoir si la défenderesse respectait l’art. 16(3)(c) de la Loi — Le Conseil a conclu que la défenderesse était contrôlée de fait par des non-Canadiens — La gouverneure en conseil n’était pas d’accord, estimant que dans le cas de la défenderesse, l’accès aux capitaux, à la technologie et au savoir-faire étrangers devrait être favorisé — Elle estimait aussi que la décision du Conseil priverait les Canadiens de services de télécommunication sans fil plus concurrentiels — La gouverneure en conseil a mal interprété les exigences de propriété et de contrôle canadiens de la Loi et

Practice — Parties — Standing — Governor in Council varying, pursuant to Telecommunications Act, s. 12(1), decision of Canadian Radio-television and Telecommunications Commission, determining that respondent Globalive Wireless Management Corp. meeting requirements of Act, s. 16, eligible to operate as telecommunications carrier in Canada — Whether applicant having standing, exhausting effective remedies — Applicant impacted by Governor in Council's decision in light of concern that respondent would have exclusive access to foreign capital — Not necessary to plead nature of standing — Argument applicant having effective alternative remedy not based on Telecommunications Act or other statute — Access to courts herein appropriate.

Construction of Statutes — Governor in Council varying, pursuant to Telecommunications Act, s. 12(1), decision of Canadian Radio-television and Telecommunications Commission, determining that respondent Globalive Wireless Management Corp. meeting requirements of Act, s. 16, eligible to operate as telecommunications carrier in Canada — Whether Governor in Council acting within statutory mandate — Act providing policy objective promoting Canadian ownership, control in telecommunications — Governor in Council misdirecting itself by interpreting Canadian ownership, control requirements in way that ensures, encourages access to foreign capital, technology, experience — Act not referring to foreign investment — No policy objective in Act encouraging such investment — Only Parliament may rewrite Act — Governor in Council acting outside Act in limiting impact of decision on respondent — Cannot restrict interpretation to one individual, not to others in similar circumstance.

This was an application for judicial review of a decision by the Governor in Council pursuant to subsection 12(1) of the *Telecommunications Act* varying a decision of the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC) and determining that the respondent Globalive Wireless Management Corp. meets the requirements of section 16 of the Act and is eligible to operate as a telecommunications carrier in Canada.

a outrepassé son mandat légal — Aucun objectif de la politique prévu par la Loi ne favorise l'investissement étranger — La promotion du contrôle canadien est le critère essentiel — Demande accueillie.

Pratique — Parties — Qualité pour agir — La gouverneure en conseil a modifié, en vertu de l'art. 12(1) de la Loi sur les télécommunications, une décision par laquelle le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes a décidé que la défenderesse Globalive Wireless Management Corp. respectait l'art. 16 de la Loi et était admise à opérer comme entreprise de télécommunication au Canada — Il s'agissait de savoir si la demanderesse avait qualité pour agir et si elle avait épuisé tous les recours en vertu de la Loi — La demanderesse subissait les conséquences de la décision de la gouverneure en conseil à la lumière de la préoccupation selon laquelle la défenderesse aurait exclusivement accès aux capitaux étrangers — Il n'était pas nécessaire de plaider la nature de la qualité pour agir — L'argument selon lequel la demanderesse disposait d'un autre recours approprié ne reposait pas sur la Loi sur les télécommunications ni sur aucune autre loi — En l'espèce, l'accès aux tribunaux était approprié.

Interprétation des lois — La gouverneure en conseil a modifié, en vertu de l'art. 12(1) de la Loi sur les télécommunications, une décision par laquelle le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes a décidé que la défenderesse Globalive Wireless Management Corp. respectait l'art. 16 de la Loi et était admise à opérer comme entreprise de télécommunication au Canada — Il s'agissait de savoir si la gouverneure en conseil avait outrepassé son mandat légal — La Loi établit un objectif qui favorise l'accession à la propriété et le contrôle canadiens dans le secteur des télécommunications — La gouverneure en conseil a commis une erreur de droit lorsqu'elle a interprété les exigences de propriété et de contrôle canadiens de manière à favoriser et à garantir l'accès aux capitaux, à la technologie et au savoir-faire étrangers — Il n'est aucunement question d'investissement étranger dans la Loi — Aucun objectif de la politique prévu par la Loi ne favorise un tel investissement — Il appartient uniquement au législateur de réécrire la Loi — La gouverneure en conseil a outrepassé les dispositions de la Loi lorsqu'elle a affirmé que son décret ne visait que la défenderesse — Elle ne pouvait pas limiter son interprétation à un seul intéressé à l'exclusion des autres intéressés dans une situation semblable.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision prise par la gouverneure en conseil en vertu du paragraphe 12(1) de la *Loi sur les télécommunications* pour modifier une décision par laquelle le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (le Conseil) a décidé que la défenderesse Globalive Wireless Management Corp. respectait l'article 16 de la Loi et était admise à opérer comme entreprise de télécommunication au Canada.

Both the applicant and the respondent successfully participated in the auction of radio frequency spectrum and received licences from the Minister of Industry to offer wireless telecommunications services in Canada using that spectrum. The respondent however did not successfully demonstrate to the CRTC that it was Canadian-owned and controlled, as required by section 16. Specifically, the CRTC examined whether the respondent met the “control in fact” provision of paragraph 16(3)(c) of the Act. The CRTC found, *inter alia*, that commercial agreements provided a non-Canadian entity with influence over the respondent, and that the respondent’s high level of debt held by the non-Canadian entity was unacceptable. These findings led the CRTC to believe that the respondent was controlled in fact by non-Canadians. The Governor in Council considered that in the case of the respondent, access to foreign capital, technology and experience should be encouraged and ensured. The Governor in Council disagreed with the CRTC’s finding regarding the multiple levers of influence, and also considered that the CRTC’s decision would deprive Canadians of competitive wireless telecommunications services.

The issues were whether the applicant had standing, and whether it had an effective remedy under the Act that it has not exhausted; and whether the Governor in Council acted within its statutory mandate in varying the CRTC’s decision.

Held, the application should be allowed.

Regarding the issue of standing, the applicant clearly stated the impact of the Governor in Council’s decision on its operations by expressing its concern that the respondent would exclusively have access to foreign capital. Because this was an application and not an action, the applicant did not need to plead the nature of the standing that it claimed in order to secure judicial relief. The parties at the hearing were aware of the arguments raised as to standing. The respondent’s argument that the applicant should not be allowed standing because it had an effective alternative remedy was not based on the *Telecommunications Act* or other statute, but on its suggestion that certain legal tactics may be favourable to the applicant. All avenues must be exhausted before turning to the courts, but this does not mean that an opposing party may frustrate access to the courts by suggesting strategies that may or may not work. Herein, access to the courts was appropriate.

La demanderesse et la défenderesse ont toutes deux participé avec succès à une vente aux enchères du spectre des radiofréquences et le ministre de l’Industrie leur a délivré une licence leur permettant d’offrir des services de télécommunication sans fil au Canada par utilisation du spectre. Cependant, la défenderesse n’a pas réussi à montrer au Conseil qu’elle était la propriété de Canadiens et qu’elle était contrôlée par des Canadiens, comme l’exige l’article 16. Plus particulièrement, le Conseil s’est penché sur la question de savoir si la défenderesse respectait la disposition sur le « contrôle de fait » énoncée à l’alinéa 16(3)c) de la Loi. Le Conseil a conclu, entre autres, que des ententes commerciales permettaient à une entité non canadienne d’exercer une influence sur la défenderesse et que le haut niveau d’endettement de la défenderesse détenu par l’entité non canadienne n’était pas acceptable. Ces conclusions ont mené le Conseil à inférer que la défenderesse était contrôlée de fait par des non-Canadiens. La gouverneure en conseil estimait que dans le cas de la défenderesse, l’accès aux capitaux, à la technologie et au savoir-faire étrangers devrait être favorisé et garanti. La gouverneure en conseil rejetait la conclusion du Conseil en ce qui avait trait à la combinaison de plusieurs moyens d’influence et elle estimait aussi que la décision du Conseil priverait les Canadiens de services de télécommunication sans fil plus concurrentiels.

Les questions en litige étaient celles de savoir si la demanderesse avait qualité pour agir et si elle aurait pu se prévaloir d’un autre recours en vertu de la Loi qu’elle n’avait pas épuisé et celle de savoir si la gouverneure en conseil avait outrepassé son mandat légal en modifiant la décision du Conseil.

Jugement : la demande doit être accueillie.

S’agissant de la qualité pour agir, la demanderesse a exposé clairement les conséquences de la décision de la gouverneure en conseil sur ses activités en soulevant la préoccupation selon laquelle la défenderesse aurait exclusivement accès aux capitaux étrangers. Parce qu’il s’agissait d’une demande et non d’une action, la demanderesse n’avait pas à plaider la nature de la qualité pour agir qu’elle alléguait afin d’obtenir réparation par la Cour. Lors de l’audience, les parties étaient parfaitement au courant des allégations soulevées à l’égard de la qualité pour agir. L’argument de la défenderesse selon lequel la demanderesse ne devrait pas avoir qualité pour agir parce qu’elle disposait d’un autre recours approprié ne reposait pas sur la *Loi sur les télécommunications* ni sur aucune autre loi pertinente, il était plutôt fondé sur la prétention que certaines stratégies juridiques étaient plus satisfaisantes pour la demanderesse. Toutes les voies de recours doivent être épuisées avant de saisir les tribunaux de l’affaire, mais cela ne veut pas dire qu’une partie adverse peut empêcher l’accès aux tribunaux en proposant des stratégies dont l’issue est incertaine. En l’espèce, l’accès aux tribunaux était approprié.

As to whether the Governor in Council acted within its statutory mandate, the Governor in Council misdirected itself in law by interpreting the Canadian ownership and control requirements in a way that ensures and encourages access to foreign capital, technology and experience. Section 7 of the Act states that telecommunications is essential in maintaining Canada's identity and sovereignty, and provides a policy objective that promotes Canadian ownership and control. The Act does not refer anywhere to "foreign investment" or to "foreign capital, technology and experience". There is no policy objective in the Act that encourages foreign investment. The promotion of Canadian control should be the essential criterion where it is at risk from foreign investment. It is for Parliament to rewrite the Act, not the Governor in Council. The Governor in Council also acted outside the legal parameters of the Act in limiting the impact of its decision only on Globalive. The Governor in Council cannot restrict its interpretation to one individual and not to others who may find themselves in a similar circumstance.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10.
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26), 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27).
Federal Courts Rules, SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2).
National Transportation Act, R.S.C., 1985, c. N-20, s. 59.
Radiocommunication Act, R.S.C., 1985, c. R-2, s. 1 (as am. by S.C. 1989, c. 17, s. 2).
Radiocommunication Regulations, SOR/96-484, s. 10.
Railway Act, 1903 (*The*), S.C. 1903, c. 58, s. 42.5
Telecommunications Act, S.C. 1993, c. 38, ss. 4, 5 (as am. by S.C. 2004, c. 25, s. 175), 7, 8, 10, 11, 12, 13, 16 (as am. by S.C. 2010, c. 12, s. 2184), 47, 52, 60, 61, 62, 63, 64(1) (as am. by S.C. 1999, c. 31, s. 206(F)), 72.15 (as enacted by S.C. 2005, c. 50, s. 2).

CASES CITED

CONSIDERED:

*Review of the proposed acquisition of an interest in Canadian Airlines International Ltd. cob under the firm name and style of Canadian Airlines International or Canadi*n*, Decision No. 297-A-1993, dated May 27, 1993 (N.T.A.); *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577; *Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.*, 2010 SCC

S'agissant de la question de savoir si la gouverneure en conseil avait outrepassé son mandat légal, la gouverneure en conseil avait commis une erreur de droit lorsqu'elle a interprété les exigences de propriété et de contrôle canadiens de manière à favoriser l'accès aux capitaux, à la technologie et au savoir-faire étrangers. L'article 7 de la Loi dispose que les télécommunications jouent un rôle essentiel pour l'identité et la souveraineté du Canada et établit un objectif de politique qui favorise l'accession à la propriété et le contrôle canadiens. Il n'est aucunement question d'« investissement étranger » ni « de capitaux, de technologie et de savoir-faire étrangers » dans la Loi. Aucun objectif de la politique prévu par la Loi n'a pour but de favoriser l'investissement étranger. La promotion du contrôle canadien devrait être le critère essentiel lorsqu'il y a une menace envers le contrôle canadien. Il appartient au législateur et non au gouverneur en conseil de réécrire la Loi. La gouverneure en conseil a aussi outrepassé les dispositions de la Loi lorsqu'elle a affirmé que son décret ne visait que Globalive. La gouverneure en conseil ne pouvait pas limiter son interprétation à un seul intéressé à l'exclusion des autres intéressés qui pourraient se trouver dans une situation semblable.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Acte des chemins de fer, 1903, S.C. 1903, ch. 58, art. 42.
Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), ch. 10.
Loi sur la radiocommunication, L.R.C. (1985), ch. R-2, art. 1 (mod. par L.C. 1989, ch. 17, art. 2).
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26), 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27).
Loi sur les télécommunications, L.C. 1993, ch. 38, art. 4, 5 (mod. par L.C. 2004, ch. 25, art. 175), 7, 8, 10, 11, 12, 13, 16 (mod. par L.C. 2010, ch. 12, art. 2184), 47, 52, 60, 61, 62, 63, 64(1) (mod. par L.C. 1999, ch. 31, art. 206(F)), 72.15 (édicte par L.C. 2005, ch. 50, art. 2).
Loi sur les transports nationaux, L.R.C. (1985), ch. N-20, art. 59.
Règlement sur la radiocommunication, DORS/96-484, art. 10.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Examen d'un projet d'acquisition d'un intérêt dans les Lignes aériennes Canadien International Ltée, décision n° 297-A-1993, en date du 27 mai 1993 (O.N.T.); *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2^e) 1; *Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62, [2010] 3 R.C.S. 585; *Air Canada c. Administration portuaire de Toronto*, 2010

62, [2010] 3 S.C.R. 585, 327 D.L.R. (4th) 527, 96 C.L.R. (3d) 1; *Air Canada v. Toronto Port Authority*, 2010 FC 774, 371 F.T.R. 247; *Irving Shipbuilding Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 116, [2010] 2 F.C.R. 488, 314 D.L.R. (4th) 340, 98 Admin. L.R. (4th) 51; *League for Human Rights of B'nai Brith Canada v. Canada*, 2010 FCA 307, 93 Imm. L.R. (3d) 1, 409 N.R. 298; *Canada (Attorney General) v. McArthur*, 2010 SCC 63, [2010] 3 S.C.R. 626, 327 D.L.R. (4th) 562, 13 Admin. L.R. (5th) 1; *Thorson v. Attorney General of Canada et al.*, [1975] 1 S.C.R. 138, (1974), 43 D.L.R. (3d) 1, 1 N.R. 225; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, 211 D.L.R. (4th) 577, [2002] 7 W.W.R. 1; *Montréal (City) v. Montreal Port Authority*, 2010 SCC 14, [2010] 1 S.C.R. 427, 317 D.L.R. (4th) 193, 99 Admin. L.R. (4th) 167; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735, (1980), 115 D.L.R. (3d) 1, 33 N.R. 304; *Canada (Wheat Board) v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 214, [2010] 3 F.C.R. 374, 392 N.R. 149; *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, 2003 SCC 29, [2003] 1 S.C.R. 539, 226 D.L.R. (4th) 193, 50 Admin. L.R. (3d) 1; *Doctors Hospital and Minister of Health et al., Re* (1976), 12 O.R. (2d) 164, 68 D.L.R. (3d) 220, 1 C.P.C. 232 (Div. Ct.).

REFERRED TO:

Ferring Inc. v. Canada (Minister of Health), 2007 FCA 276, 60 C.P.R. (4th) 273, 370 N.R. 263; *C.B. Powell Limited v. Canada (Border Services Agency)*, 2010 FCA 61, [2011] 2 F.C.R. 332, 400 N.R. 367.

APPLICATION for judicial review of a decision by the Governor in Council (Order in Council P.C. 2009-2008) pursuant to subsection 12(1) of the *Telecommunications Act* varying a decision of the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (Telecom Decision CRTC 2009-678, as amended by Telecom Decision CRTC 2009-678-1) and determining that the respondent Globalive Wireless Management Corp. meets the requirements of section 16 of the Act and is eligible to operate as a telecommunications carrier in Canada. Application allowed.

APPEARANCES

John B. Laskin and *Michael H. Ryan* for applicant.

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

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

CF 774; *Irving Shipbuilding Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 116, [2010] 2 R.C.F. 488; *Ligue des droits de la personne de B'nai Brith Canada c. Canada*, 2010 CAF 307; *Canada (Procureur général) c. McArthur*, 2010 CSC 63, [2010] 3 R.C.S. 626; *Thorson c. Procureur général du Canada et autres*, [1975] 1 R.C.S. 138; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Montréal (Ville) c. Administration portuaire de Montréal*, 2010 CSC 14, [2010] 1 R.C.S. 427; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735; *Canada (Commission du blé) c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 214, [2010] 3 R.C.F. 374; *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, 2003 CSC 29, [2003] 1 R.C.S. 539; *Doctors Hospital and Minister of Health et al., Re* (1976), 12 O.R. (2d) 164, 68 D.L.R. (3d) 220, 1 C.P.C. 232 (C. div.).

DÉCISIONS CITÉES :

Ferring Inc. c. Canada (Ministre de la Santé), 2007 CAF 276; *C.B. Powell Limited c. Canada (Agence des services frontaliers)*, 2010 CAF 61, [2011] 2 R.C.F. 332.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision prise par la gouverneure en conseil (Décret C.P. 2009-2008) en vertu du paragraphe 12(1) de la *Loi sur les télécommunications* pour modifier une décision par laquelle le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (décision de télécom CRTC 2009-678, modifiée par la décision de télécom CRTC 2009-678-1) a décidé que la défenderesse Globalive Wireless Management Corp. respectait l'article 16 de la Loi et était admise à opérer comme entreprise de télécommunication au Canada. Demande accueillie.

ONT COMPARU

John B. Laskin et *Michael H. Ryan* pour la demanderesse.

Robert B. MacKinnon et *Alexander M. Gay* pour le défendeur le procureur général du Canada.

Thomas G. Heintzman, c.r., *Malcolm M. Mercer* et *Anna Matas* pour la défenderesse Globalive Wireless Management Corp.

Kenneth E. Jull and Stephen R. Schmidt for respondent TELUS Communications Company.
Steven Shrybman for interveners.

Kenneth E. Jull et Stephen R. Schmidt pour la défenderesse TELUS Communications Company.
Steven Shrybman pour les intervenants.

SOLICITORS OF RECORD

Nelligan O'Brien Payne LLP, Ottawa, for applicant.

Deputy Attorney General of Canada for respondent Attorney General of Canada.

McCarthy Tétrault LLP, Toronto, for respondent Globalive Wireless Management Corp.

TELUS Communications Company, Ottawa, for respondent TELUS Communications Company.

Sack Goldblatt Mitchell LLP, Ottawa, for interveners.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Nelligan O'Brien Payne LLP, Ottawa, pour la demanderesse.

Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur le procureur général du Canada.

McCarthy Tétrault S.E.N.C.R.L., s.r.l., Toronto, pour la défenderesse Globalive Wireless Management Corp.

TELUS Communications Company, Ottawa, pour la défenderesse TELUS Communications Company.

Sack Goldblatt Mitchell LLP, Ottawa, pour les intervenants.

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

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

[1] HUGHES J.: This is an application for judicial review brought under the provisions of section 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)] of a decision dated December 10, 2009, made by the Governor in Council [*CRTC – Variation of Telecom Decision CRTC 2009-678*, Order in Council P.C. 2009-2008] pursuant to subsection 12(1) of the *Telecommunications Act*, S.C. 1993, c. 38. By that decision, the Governor in Council varied a decision of the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission (CRTC), Telecom Decision CRTC 2009-678 [*Review of Globalive Wireless Management Corp. under the Canadian ownership and control regime*, as amended by Telecom Decision CRTC 2009-678-1]. The Governor in Council [at paragraph 23] determined that the respondent Globalive Wireless Management Corp. met the requirements of section 16 of the *Telecommunications Act* and is currently eligible to operate as a telecommunications common carrier in Canada.

[2] For the reasons that follow, I find that the applicant Public Mobile Inc. has standing to bring this application, that the decision of the Governor in Council is quashed, that the judgment will be stayed for 45 days and that costs are to be spoken to.

[1] LE JUGE HUGHES : Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire, présentée en vertu de l'article 18.1 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)], d'un décret pris par la gouverneure en conseil le 10 décembre 2009 [*CRTC – Modifie la décision de télécom CRTC 2009-678*, Décret C.P. 2009-2008] en vertu du paragraphe 12(1) de la *Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, ch. 38. Par ce décret, la gouverneure en conseil a modifié une décision rendue par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (le Conseil), à savoir la décision de télécom CRTC 2009-678 [*Examen de Globalive Wireless Management Corp. dans le cadre du régime de propriété et de contrôle canadiens*, modifiée par la décision de télécom CRTC 2009-678-1]. Elle a décidé que la défenderesse Globalive Wireless Management Corp. respectait l'article 16 de la *Loi sur les télécommunications* et était admise, dès lors, à opérer comme entreprise de télécommunication au Canada.

[2] Pour les motifs exposés ci-dessous, je conclus que la demanderesse Public Mobile Inc. a qualité pour présenter la demande de contrôle judiciaire, que le décret de la gouverneure en conseil est annulé, que l'application du jugement est suspendue pendant 45 jours et que les

parties devront présenter des observations au sujet des dépens.

INDEX

For convenience, these reasons are indexed as follows:

	<u>Paragraphs</u>
The Parties	3 to 7
Background Facts	8 to 13
Telecom Decision CRTC 2009-678	14 to 37
The Governor in Council's Decision	38 to 59
Issues	60 to 61
Court's Supervisory Function—Section 18.1	62 to 65
Issue 1 (a) Standing	66 to 79
(b) Alternative Remedy	80 to 83
Issue 2 (a) The <i>Telecommunications Act</i> ..	84 to 95
(b) Findings of Fact	96 to 104
(c) Legal Findings	105 to 119
Conclusions	120 to 121
Costs	122 to 123
Judgment	Page 59

TABLE DES MATIÈRES

Par souci de commodité, je fournis une table des matières des présents motifs :

	<u>Paragraphs</u>
Les parties	3 à 7
Les faits	8 à 13
La décision de télécom CRTC 2009-678 ...	14 à 37
Le décret de la gouverneure en conseil	38 à 59
Les questions en litige	60 à 61
La fonction de surveillance de la Cour — Article 18.1	62 à 65
La première question en litige	a) Qualité pour agir 66 à 79
(b) L'autre recours	80 à 83
La deuxième question en litige	(a) La <i>Loi sur les télécommunications</i>
(b) Les conclusions de fait	84 à 95
(c) Les conclusions de droit	96 à 104
(c) Les conclusions de droit	105 à 119
Conclusions	120 à 121
Les dépens	122 à 123
Jugement	Page 59

THE PARTIES

[3] The applicant Public Mobile Inc. successfully participated in 2008 in an auction of radio frequency spectrum conducted by the Minister of Industry. As a result it proposed to commence operation as a telecommunications common carrier and to introduce wireless services sometime in 2010. Public Mobile received a letter from the CRTC stating that Public Mobile was required to satisfy the CRTC as to whether it complied with the Canadian ownership requirements of the *Telecommunications Act*. The record indicates that as of the date of filing of the record, Public Mobile was engaged in hearings before the CRTC in this respect.

[4] The respondent Attorney General of Canada represents the Governor in Council in these proceedings.

[5] The respondent Globalive Wireless Management Corp. also successfully participated in the auction of radio frequency spectrum in securing the right to use radio frequencies that would permit it to provide wireless telecommunications services to the public subject to compliance with the provisions of the *Telecommunications Act*. The CRTC held a hearing as to whether Globalive complied with the Canadian ownership requirements of that Act. The CRTC, in its decision, determined that Globalive did not meet the provisions of subsection 16(1) of that Act in that it was controlled by a non-Canadian. The decision of the Governor in Council reversed that determination.

[6] The respondents Bell Canada, Rogers Communications Inc., Shaw Communications Inc. and TELUS Communications Company, like Public Mobile and Globalive, also successfully participated in the auction of radio frequency spectrum. They were not required to demonstrate to the CRTC that they met the requirements of the *Telecommunications Act*, presumably since they had already been offering and providing wireless communication services in Canada. Only TELUS appeared in these proceedings. It made submissions at the hearing supportive of the positions taken by the applicant Public Mobile.

LES PARTIES

[3] En 2008, la demanderesse Public Mobile Inc. a participé avec succès à une vente aux enchères du spectre des radiofréquences tenue par le ministre de l'Industrie. Elle a par la suite proposé de commencer à opérer comme entreprise de télécommunication à un moment donné en 2010. Public Mobile a reçu une lettre du Conseil l'avisant qu'elle devait le convaincre qu'elle respectait les exigences relatives à la propriété fixées par la *Loi sur les télécommunications*. Le dossier révèle que Public Mobile participait à des audiences devant le Conseil à ce sujet en date du dépôt du dossier.

[4] Le procureur général du Canada, défendeur, représente la gouverneure en conseil en l'espèce.

[5] La défenderesse Globalive Wireless Management Corp. a également participé avec succès à la vente aux enchères du spectre des radiofréquences et a obtenu le droit de se servir de radiofréquences qui lui permettraient d'offrir des services de télécommunication sans fil au public, à la condition qu'elle respecte les dispositions de la *Loi sur les télécommunications*. Le Conseil a tenu une audience quant à la question de savoir si Globalive respectait l'exigence de propriété canadienne imposée par cette Loi. Le Conseil, dans sa décision, a conclu que Globalive ne respectait pas les dispositions du paragraphe 16(1) de cette Loi parce qu'elle était contrôlée par un non-Canadien. Le décret de la gouverneure en conseil a annulé la décision du Conseil.

[6] Les défenderesses Bell Canada, Rogers Communications Inc., Shaw Communications Inc. et TELUS Communications Company, tout comme Public Mobile et Globalive, ont aussi participé avec succès à la vente aux enchères du spectre des radiofréquences. Elles n'ont pas eu à convaincre le Conseil qu'elles respectaient les exigences de la *Loi sur les télécommunications*, sans doute parce qu'elles offraient et fournissaient déjà des services de télécommunications sans fil au Canada. Seule TELUS a participé à la présente instance. Lors de l'audience, elle a présenté des observations à l'appui de la position de la demanderesse Public Mobile.

[7] The Alliance of Canadian Cinema, Television and Radio Artists, the Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, and Friends of Canadian Broadcasting were each granted intervenor status in these proceedings. They were commonly represented by the same counsel who provided written submissions and addressed the Court at the hearing. Those submissions were supportive of the positions taken by the applicant Public Mobile.

BACKGROUND FACTS

[8] Long-distance wireless telecommunication in Canada is governed by federal statutes, including the *Telecommunications Act*, above, and the *Radiocommunication Act*, R.S.C., 1985, c. R-2 [s. 1 (as am. by S.C. 1989, c. 17, s. 2)] and its Regulations [*Radiocommunication Regulations*], SOR/96-484. The *Telecommunications Act* has an unusual history. It can be traced back to *The Railway Act*, 1903, S.C. 1903, c. 58, although it has undergone several revisions, consolidations and new enactments since that time.

[9] Wireless telecommunication is enabled by electronic devices which make use of the electromagnetic spectrum. This spectrum encompasses a broad range of radio frequencies which are treated as a public resource owned and administered by the federal government. The government determines what frequencies may be used by what persons and for what purposes. Certain portions of the frequency spectrum may become available for commercial use, such as by those offering cell phone services, and have been sold by auction conducted by the federal government. The auction relevant to the issues here commenced in the latter part of 2007 when the federal government publicly announced the licensing framework for the issuance of spectrum licences in the Advanced Wireless Services (AWS) band. The auction was held in mid-2008 and several parties were successful in acquiring AWS spectrum licences. Among them were Globalive, Public Mobile, Bell, Rogers, Shaw and TELUS. Sums ranging up to over \$900 million dollars were paid by various of these parties for such licences. Globalive paid over \$440 million for its licences.

[7] L'Alliance of Canadian Cinema, Television and Radio Artists, le Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier et les Friends of Canadian Broadcasting ont tous obtenu le statut d'intervenant en l'espèce. Ils étaient tous représentés par le même avocat, qui a présenté des observations écrites et a pris parole devant la Cour lors de l'audience. Ces observations appuyaient la position de la demanderesse Public Mobile.

LES FAITS

[8] Au Canada, la télécommunication sans fil longue distance est régie par des lois fédérales, notamment par la *Loi sur les télécommunications* et par la *Loi sur la radiocommunication*, L.R.C. (1985), ch. R-2 [art. 1 (mod. par L.C. 1989, ch. 17, art. 2)], et son règlement d'application, le *Règlement sur la radiocommunication*, DORS/96-484 (le Règlement). L'histoire de la *Loi sur les télécommunications* est inhabituelle. Elle remonte à l'*Acte des chemins de fer*, 1903, S.C. 1903, ch. 58, mais elle a fait l'objet de plusieurs révisions, refontes et modifications depuis ce temps.

[9] La télécommunication sans fil est rendue possible grâce à des dispositifs électroniques qui utilisent le spectre électromagnétique. Ce spectre comprend un grand éventail de radiofréquences qui sont considérées comme une ressource publique dont le gouvernement fédéral est le propriétaire et l'administrateur. Le gouvernement détermine les fréquences utilisables, les personnes pouvant les utiliser et l'objet de leur utilisation. Certaines parties du spectre des fréquences peuvent être destinées à des fins commerciales, comme celles permettant d'offrir les services de téléphone cellulaire, et elles ont fait l'objet de ventes aux enchères par le gouvernement fédéral. La vente aux enchères pertinente quant aux enjeux en l'espèce a débuté vers la fin de l'année 2007, lorsque le gouvernement fédéral a annoncé publiquement le cadre relatif à la délivrance de licences du spectre pour la bande de services sans fil évolués (SSFE). La vente aux enchères a été tenue au milieu de l'année 2008 et plusieurs parties ont réussi à obtenir des licences du spectre pour les SSFE, notamment Globalive, Public Mobile, Bell, Rogers, Shaw et TELUS. Certaines de ces parties ont payé des sommes s'élevant jusqu'à 900 millions de

[10] The successful bidders then had to obtain a licence from the Minister of Industry under the provision of the *Radiocommunication Act* and the Regulations, above. Among the matters upon which the Minister had to be satisfied was that the party was “Canadian-owned and controlled” within the meaning of section 10 of those Regulations. This section uses wording identical to subsection 16(3) of the *Telecommunications Act*, which will be discussed later. The Minister did not hold hearings or deliver a reasoned decision under the *Radiocommunication Regulations*. A licence was simply issued. All parties, including Public Mobile, Globalive, TELUS and the other corporate respondents, received such a licence.

[11] The second hurdle was for Public Mobile and Globalive to demonstrate to the CRTC that each of them met the eligibility requirements of the *Telecommunications Act* and, in particular, Canadian ownership and control. For this purpose, these parties had to provide information and make submissions to the CRTC. The CRTC also invited submissions from other interested persons. It conducted separate hearings for each of Globalive and Public Mobile Inc. in public and *in camera*. On October 29, 2009, the CRTC released its Telecom Decision CRTC 2009-678 respecting Globalive. It determined that Globalive was in fact controlled by a non-Canadian and, therefore, it did not meet the requirements of section 16 of the *Telecommunications Act*, and was not currently eligible to operate as a telecommunications common carrier.

[12] Section 12 of the *Telecommunications Act* provides that, within a stipulated period, the Governor in Council may, on petition presented to it, or on its own motion, by order, vary or rescind a CRTC decision or send all or a portion of it back for reconsideration. In this case, the Governor in Council on its own motion undertook a review of the CRTC decision. Section 13 of the Act requires that each province be given the opportunity to make submissions. This was done. The parties, including Globalive and Public Mobile, made further written submissions to the Governor in Council. Other submissions may have

dollars pour obtenir de telles licences. Globalive a payé plus de 440 millions de dollars pour ses licences.

[10] Par la suite, suivant les dispositions de la *Loi sur la radiocommunication* et son règlement d’application, précités, les soumissionnaires retenus devaient obtenir une licence du ministre de l’Industrie. Il fallait notamment que les parties convainquent le ministre qu’elles « [sont] la propriété de Canadiens et sous contrôle canadien » au sens de l’article 10 du Règlement. Cet article reprend mot pour mot le paragraphe 16(3) de la *Loi sur les télécommunications*, que j’examinerai ci-dessous. Le ministre n’a pas tenu d’audience ni fourni de décision motivée suivant le Règlement. Il a tout simplement délivré une licence. Toutes les parties, y compris Public Mobile, Globalive, TELUS et les autres sociétés défenderesses, ont reçu une telle licence.

[11] Public Mobile et Globalive devaient ensuite franchir une seconde étape, soit montrer au Conseil qu’elles respectaient les conditions d’admissibilité imposées par la *Loi sur les télécommunications* et, en particulier, l’exigence de propriété et de contrôle canadiens. À cette fin, elles devaient fournir des renseignements et présenter des observations au Conseil, qui a aussi demandé à d’autres intéressés de présenter des observations. Le Conseil a tenu des audiences publiques et à huis clos distinctes pour Globalive et pour Public Mobile. Le 29 octobre 2009, le Conseil a rendu sa décision de télécom CRTC 2009-678 concernant Globalive. Il a conclu que Globalive était de fait contrôlée par un non-Canadien, qu’elle ne respectait donc pas l’exigence imposée par l’article 16 de la *Loi sur les télécommunications* et qu’elle n’était pas, dès lors, admissible à opérer comme entreprise de télécommunication au Canada.

[12] L’article 12 de la *Loi sur les télécommunications* dispose que, dans un délai donné, le gouverneur en conseil peut, par décret, soit de sa propre initiative, soit sur demande écrite, modifier ou annuler une décision du Conseil ou la renvoyer au Conseil pour réexamen de tout ou partie de celle-ci et nouvelle audience. En l’espèce, la gouverneure en conseil a, de sa propre initiative, procédé à une révision de la décision du Conseil. L’article 13 de la *Loi sur les télécommunications* prévoit que chaque province doit avoir l’occasion de présenter des observations, ce qui a été fait. Les parties, y compris Globalive

also been received. The Attorney General's counsel was asked by the applicant's counsel to produce copies of the documents referred to by the Governor in Council in coming to its decision. The Attorney General's counsel refused to do so.

[13] On December 10, 2009, the Governor in Council released its decision P.C. 2009-2008, the effect of which was to vary the CRTC decision aforesaid, and to determine that Globalive was not controlled in fact by a non-Canadian, and thus was eligible to operate in Canada as a telecommunications common carrier. This is the decision that is the subject of this judicial review.

TELECOM DECISION CRTC 2009-678

[14] The CRTC released its Telecom Decision CRTC 2009-678, respecting whether Globalive fell within the provisions of the *Telecommunications Act*, on 29 October 2009. The CRTC determined that Globalive did not meet the requirements set out in section 16 of the Act and was currently not eligible to operate as a telecommunications common carrier. It concluded at paragraph 119 of its decision:

119. In light of all the above, the Commission finds that Globalive is controlled in fact by Orascom, a non-Canadian. Therefore, the Commission concludes that Globalive does not meet the requirements set out in section 16 of the Act and is not currently eligible to operate as a telecommunications common carrier.

[15] The evidence before the CRTC constituted documents and submissions from Globalive. It appears that during the course of the proceedings, Globalive made certain amendments to some of the documents, particularly those related to financing arrangements between it and an entity known as Orascom Telecom Holding (Canada) Limited.

[16] At paragraph 30 of its decision, the CRTC determined that Orascom was a non-Canadian entity within

et Public Mobile, ont présenté des observations écrites supplémentaires à la gouverneure en conseil. La gouverneure en conseil a peut-être reçu d'autres observations. L'avocat de la demanderesse a demandé à l'avocat du procureur général de lui fournir des copies des documents invoqués par la gouverneure en conseil dans son décret, mais l'avocat du procureur général a refusé de les lui fournir.

[13] Le 10 décembre 2009, la gouverneure en conseil a pris le décret C.P. 2009-2008, suivant lequel la décision du Conseil mentionnée précédemment a été modifiée, et elle a conclu que Globalive n'était pas contrôlée de fait par un non-Canadien et qu'elle était donc admissible à opérer comme entreprise de télécommunication au Canada. Il s'agit de la décision faisant l'objet du présent contrôle judiciaire.

LA DÉCISION DE TÉLÉCOM CRTC 2009-678

[14] Le Conseil a rendu sa décision de télécom CRTC 2009-678 portant sur la question de savoir si Globalive respectait les dispositions de la *Loi sur les télécommunications* le 29 octobre 2009. Le Conseil a conclu que Globalive ne répondait pas aux exigences énoncées à l'article 16 de cette Loi et qu'elle n'était pas dès lors admise à opérer comme entreprise de télécommunication. Il a conclu de la façon suivante au paragraphe 119 de sa décision :

119. Compte tenu de ce qui précède, le Conseil établit que Globalive est contrôlée de fait par Orascom, un non Canadien. Par conséquent, le Conseil conclut que Globalive ne répond pas aux exigences énoncées à l'article 16 de la *Loi* et qu'elle n'est pas actuellement admise à opérer comme entreprise de télécommunication canadienne.

[15] La preuve dont disposait le Conseil était composée des documents et des observations de Globalive. Il semble que, pendant l'instance, Globalive ait apporté certaines modifications à quelques-uns des documents, particulièrement à ceux portant sur les ententes financières entre elle et une organisation nommée Orascom Telecom Holding (Canada) Limited.

[16] Au paragraphe 30 de la décision, le Conseil a conclu qu'Orascom était une entité non canadienne au

the meaning of the Regulations. This finding was not challenged by the Governor in Council.

[17] The matter of principal concern for the CRTC was whether Globalive met the requirements of subsection 16(3) of the *Telecommunications Act*, which states:

16. ...

Canadian
ownership
and control

(3) For the purposes of subsection (1), a corporation is Canadian-owned and controlled if

(a) not less than eighty per cent of the members of the board of directors of the corporation are individual Canadians;

(b) Canadians beneficially own, directly or indirectly, in the aggregate and otherwise than by way of security only, not less than eighty per cent of the corporation's voting shares issued and outstanding; and

(c) the corporation is not otherwise controlled by persons that are not Canadians.

[18] The first two of these provisions (a) and (b) are what are referred to as “legal control”. The CRTC found that Globalive met these requirements. The Governor in Council did not vary that finding. That finding was not challenged at the hearing before me.

[19] The point of controversy between the CRTC and the Governor in Council, and as argued before me at the hearing, was whether Globalive met the provision of paragraph 16(3)(c) of the *Telecommunications Act*. This provision is referred to as “control in fact”. The CRTC began its discussion as to this point at paragraphs 34 and 35 with reference to what has been called the *Canadian Airlines* decision [*Review of the proposed acquisition of an interest in Canadian Airlines International Ltd. cob under the firm name and style of Canadian Airlines International or Canadi*n*, Decision No. 297-A-1993, dated May 27, 1993 (N.T.A.)]. The Governor in Council acknowledged that this decision was pertinent and no challenge in that respect was raised at the hearing before me. The CRTC wrote at paragraphs 34 and 35 of its decision:

sens du Règlement. Cette conclusion n’a pas été contestée par la gouverneure en conseil.

[17] Le cœur de l’affaire, selon le Conseil, était la question de savoir si Globalive respectait les exigences imposées par le paragraphe 16(3) de la *Loi sur les télécommunications*, qui est ainsi libellé :

16. [...]

(3) Pour l’application du paragraphe (1), est la propriété de Canadiens et est contrôlée par ceux-ci la personne morale :

Contrôle et
propriété
canadiens

a) dont au moins quatre-vingts pour cent des administrateurs sont des Canadiens;

b) dont au moins quatre-vingts pour cent des actions avec droit de vote émises et en circulation sont la propriété effective, directe ou indirecte, de Canadiens, à l’exception de celles qui sont détenues à titre de sûreté uniquement;

c) qui n’est pas par ailleurs contrôlée par des non-Canadiens.

[18] Les deux premiers alinéas, soit les alinéas a) et b), portent sur ce qu’on appelle le « contrôle de droit ». Le Conseil a conclu que Globalive respectait ces exigences. Cette conclusion n’a pas été modifiée par la gouverneure en conseil et n’a pas été contestée en l’espèce.

[19] La question en litige opposant le Conseil et la gouverneure en conseil et celle qui a été débattue lors de l’audience était de savoir si Globalive respectait l’exigence imposée à l’alinéa 16(3)c) de la *Loi sur les télécommunications*. Cette exigence porte sur ce qu’on appelle le « contrôle de fait ». Le Conseil, au début de son examen de cette question aux paragraphes 34 et 35, a renvoyé à ce qu’il a appelé la décision *Lignes aériennes Canadien* [*Examen d’un projet d’acquisition d’un intérêt dans les Lignes aériennes Canadien International Ltée*, décision n° 297-A-1993, en date du 27 mai 1993 (O.N.T.)]. La gouverneure en conseil a reconnu que cette décision était pertinente, et aucune contestation à cet égard n’a été présentée lors de l’audience. Le Conseil a écrit ce qui suit aux paragraphes 34 et 35 de sa décision :

Control in fact

34. As noted in Broadcasting Decision (the CanWest decision) and applied in Broadcasting Decision (the BCE decision), the Commission considers that the appropriate test for assessing control in fact was set out in the Canadian Airlines decision of the National Transportation Agency, now the Canadian Transportation Agency. In that decision, the National Transportation Agency found that:

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

35. The National Transportation Agency went on to say that the determination of control in fact turns on the consideration of individual factors which, taken together, may result in a minority shareholder exerting control:

In all previous Canadian ownership reviews and enquiries, the Agency has not only looked at individual arrangements between the shareholders and the air carrier to determine where control in fact lies but has also examined all arrangements taken together to make the determination. Individual arrangements between the minority shareholder and the airline can each result in the minority shareholder exerting a degree of influence over the company. **Such influence, considered on an individual arrangement basis, may not be determining and may not result in the minority shareholder being able to exert control over the airline. All such influence taken together, however, may result in the minority shareholder being able to exert a degree of influence which translates into control.** [Footnotes omitted.]

[20] At paragraphs 36 and 37 of its decision, the CRTC acknowledged that a careful consideration of the facts in a particular case was required, and enumerated four major matters that it would consider:

Contrôle de fait

34. Comme il est indiqué dans la décision de radiodiffusion (la décision CanWest) et appliqué dans la décision de radiodiffusion (la décision BCE), le Conseil estime que le critère pertinent à l'évaluation du contrôle de fait a été énoncé dans la décision sur les Lignes aériennes Canadien de l'Office national des transports qui s'appelle aujourd'hui l'Office des transports du Canada. Dans cette décision, l'Office des transports du Canada a conclu :

Il n'existe pas de définition standard de contrôle de fait, mais de façon générale, il peut être considéré comme le pouvoir ou la capacité, exercé ou non, de décider de l'orientation du processus décisionnel d'une entreprise sur ses activités. On peut également l'interpréter comme étant la capacité de gérer les activités quotidiennes d'une entreprise. Les actionnaires minoritaires et leurs administrateurs désignés ont normalement la capacité d'influencer une entreprise, ainsi que d'autres comme les banquiers et les employés. Mais l'influence, qui peut s'exercer de façon positive ou négative au moyen de droits de veto, doit être dominante ou déterminante pour qu'elle se traduise par un contrôle de fait.

35. L'Office des transports du Canada a poursuivi en disant que la détermination du contrôle de fait tient compte de facteurs individuels qui, pris ensemble, peuvent donner le contrôle à un actionnaire minoritaire :

Dans tous les examens et enquêtes antérieurs sur la propriété canadienne, l'Office a non seulement examiné les accords individuels entre les actionnaires et la compagnie aérienne pour déterminer où s'exerce le contrôle de fait, mais également tous les accords pris ensemble. Les accords individuels conclus entre l'actionnaire minoritaire et la compagnie aérienne peuvent aboutir à l'exercice d'un certain degré d'influence de la part de l'actionnaire minoritaire sur la compagnie. **Cette influence, dans le cadre d'un accord individuel, peut n'être pas déterminante et peut ne pas aboutir à l'exercice d'un certain degré d'influence de la part de l'actionnaire minoritaire sur la compagnie aérienne. Mais ces influences prises ensemble peuvent aboutir à l'exercice d'un certain degré d'influence de la part de l'actionnaire minoritaire, ce qui se traduit par un contrôle.** [Notes en bas de pages omises.]

[20] Aux paragraphes 36 et 37 de sa décision, le Conseil a reconnu que, dans une affaire donnée, il fallait mener un examen minutieux des faits et a énuméré quatre sujets importants dont il tiendrait compte :

36. A determination of control in fact necessarily involves careful consideration of the facts in a particular case. Accordingly, past Commission decisions with respect to ownership and control are not binding or determinative. However, they are useful in providing guidance for the interpretation and application of the test for control in fact.
37. Based on an analysis of all the information submitted in the course of this proceeding, the Commission considers that the following matters raise concerns relating to control in fact:
- corporate governance;
 - shareholder rights;
 - commercial arrangements between Globalive and non-Canadians; and
 - economic participation of Globalive and non-Canadians.
36. La détermination du contrôle de fait implique nécessairement l'étude des faits dans un cas donné. Par conséquent, les décisions antérieures du Conseil relatives à la propriété et au contrôle ne sont pas exécutoires ou déterminantes. Elles sont cependant utiles pour de futures interprétations et applications du critère de contrôle de fait.
37. À la suite d'une analyse de tous les renseignements présentés dans le cadre de la présente instance, le Conseil estime que les sujets ci-dessous soulèvent des préoccupations relatives au contrôle de fait :
- la gouvernance de l'entreprise;
 - les droits des actionnaires;
 - les ententes commerciales conclues entre Globalive et des non-Canadiens;
 - la participation économique de Globalive et des non-Canadiens.

[21] As to the first of these four matters, corporate governance, the CRTC determined that consideration of three points was required: composition of boards of directors, quorum provisions, and the appointment of officers. At paragraph 38 of its decision, it wrote:

Corporate governance

38. As noted in the BCE and CanWest decisions, specific corporate governance arrangements may have substantial implications for control in fact. In the present case, the relevant arrangements include those with respect to the composition of the boards of directors, quorum provisions, and the appointment of officers.

[22] On the first point, composition of the boards of directors, the CRTC analysed the facts and determined, at paragraph 45, that certain amendments were required to satisfy it on this point:

45. In the present case, the Commission considers that the revised board structure, including the role and composition of the selection committee, does not ensure that the nominees of the Canadian shareholder are sufficient in number to offset the influence of Orascom, a non-Canadian shareholder. In order to address this point, Globalive would have to amend its Shareholders' Agreement and

[21] En ce qui concerne le premier de ces quatre sujets, la gouvernance de l'entreprise, le Conseil a conclu qu'il fallait considérer trois points : la composition des conseils d'administration, les dispositions relatives au quorum et la nomination des dirigeants. Le Conseil a écrit ce qui suit au paragraphe 38 de sa décision :

Gouvernance de l'entreprise

38. Comme l'indiquent les décisions BCE et CanWest, certaines ententes relatives à la gouvernance de l'entreprise peuvent avoir des répercussions importantes sur le contrôle de fait. Dans le cas présent, les ententes pertinentes comprennent celles qui portent sur la composition des conseils d'administration, les dispositions relatives au quorum et la nomination des dirigeants.

[22] En ce qui a trait au premier point, la composition des conseils d'administration, le Conseil a analysé les faits et a conclu, au paragraphe 45, que Globalive devait apporter certaines modifications si elle voulait le convaincre qu'elle respectait ce point :

45. Dans le cas présent, le Conseil estime que la structure révisée des conseils d'administration, y compris le rôle et la composition du comité de sélection, ne garantit pas que le nombre des représentants de l'actionnaire canadien est suffisant pour contrebalancer l'influence d'Orascom, un actionnaire non canadien. Afin de résoudre ce point, Globalive devrait modifier son entente des actionnaires et

corporate documents such that on each of the two boards, AAL nominates five directors, Orascom nominates four directors, and AAL and Orascom each nominate one Independent Director. There would be no further need for a selection committee.

[23] On the second point, quorum provisions, the CRTC concluded at paragraph 49 that provided amendments were made as requested in paragraph 45, the quorum provisions could be satisfied:

Commission's analysis and determination

49. Provided that the boards are reconstituted according to paragraph 45 above, the Commission considers that the revised quorum provisions ensure that the number of nominees of the Canadian shareholder is sufficient to offset the influence of Orascom.

[24] On the third point, appointment of officers, the CRTC determined that it had no concern. At paragraph 53 it wrote:

53. The Commission has no concern with regard to the appointment of officers under the revised structure.

[25] The second major matter addressed by the CRTC was shareholders' rights. In this regard, commencing at paragraph 54 of its decision, the CRTC dealt with liquidity rights, eligible purchasers and veto rights. It concluded as to the first, liquidity rights, at paragraph 59 of its decision that, even in their revised form, liquidity rights provided an indication of Orascom's influence over the venture:

Commission's analysis and determination

59. The Commission considers that the liquidity rights in the revised documents are an improvement on the array of rights originally granted to Orascom as minority voting shareholder. Nevertheless, the liquidity rights, even in their revised form, provide an indication of Orascom's influence over the venture. The specification of a floor price and the imposition of a cap on the proceeds generated in the event that AAL sells its shares are inconsistent with the relative voting interests of the shareholders.

ses documents d'entreprise de façon à ce qu'à chacun des deux conseils d'administration, AAL nomme cinq administrateurs, Orascom en nomme quatre, et AAL et Orascom nomment chacune un administrateur indépendant. Il ne serait plus nécessaire d'avoir un comité de sélection.

[23] En ce qui concerne le deuxième point, les dispositions relatives au quorum, le Conseil a conclu au paragraphe 49 que, si Globalive apportait les modifications demandées au paragraphe 45, elle respecterait ce point :

Résultats de l'analyse du Conseil

49. À condition que les conseils d'administration soient reconstitués conformément au paragraphe 45 ci-dessus, le Conseil estime que les conditions révisées pour l'assurance du quorum garantissent que le nombre des représentants de l'actionnaire canadien est suffisant pour contrebalancer l'influence d'Orascom.

[24] En ce qui a trait au troisième point, la nomination des dirigeants, le Conseil a conclu qu'il n'y voyait aucun problème. Il a écrit ce qui suit au paragraphe 53 :

53. Le Conseil n'a pas d'objection à la nomination des membres de la direction selon la structure révisée.

[25] Le deuxième sujet principal sur lequel le Conseil s'est penché concernait les droits des actionnaires. À cet égard, le Conseil a examiné, à partir du paragraphe 54 de sa décision, les droits de liquidité, les acheteurs admissibles et les droits de veto. Au paragraphe 59 de sa décision, il a conclu, en ce qui concerne le premier point, que les droits de liquidité, même sous leur forme révisée, donnaient une indication de l'influence d'Orascom sur l'entreprise :

Résultats de l'analyse du Conseil

59. Le Conseil estime que les droits de liquidité figurant dans les documents révisés représentent une amélioration par rapport à la kyrielle des droits accordés au départ à Orascom en tant qu'actionnaire minoritaire avec droit de vote. Il n'en demeure pas moins que les droits de liquidité, même sous leur forme révisée, donnent une indication de l'influence d'Orascom sur l'entreprise. La spécification d'un prix plancher et l'imposition d'un plafond sur le produit de la vente éventuelle des actions d'AAL ne va pas dans le sens des intérêts avec droit de vote relatifs des actionnaires.

[26] On the second point, eligible purchasers, the CRTC concluded at paragraph 64 of its decision that certain amendments were required:

64. Accordingly, the Commission considers that Globalive should amend the definition of Strategic Competitor to include only entities which, taken together with their affiliates, hold more than a 10 percent share of the Canadian wireless market on a per-subscriber basis.

[27] On the third point, veto rights, the CRTC concluded at paragraphs 71 and 72 of its decision that further amendments were required:

Commission's analysis and determination

71. The Commission notes that the modifications made to the veto rights are substantial. The addition of an ordinary course of business exception is an important step in allaying concerns that the veto rights grant Orascom influence over the operation of the wireless business. However, the Commission considers that the value of the spectrum is not an appropriate foundation on which to base the five percent veto threshold. The Commission considers that Globalive's enterprise value is a more appropriate measure.

72. Accordingly, the monetary threshold for vetoes should be set at five percent of Globalive's enterprise value as determined by its board every two years, based on a third-party valuation.

[28] The third major matter addressed by the CRTC was commercial arrangements between Globalive and non-Canadians. In that respect, the CRTC considered a Technical Services Agreement (TSA) and a Trademark Agreement.

[29] With respect to the TSA, the CRTC determined that such an agreement resulted in continued influence by Orascom over operating and strategic decisions related to Globalive's network. It wrote at paragraphs 82 to 84 of its decision:

Commission's analysis and determination

82. The Commission accepts that the TSA is a dual-purpose agreement in that it allows Globalive access to Orascom's

[26] Quant au deuxième point, les acheteurs admissibles, le Conseil a conclu au paragraphe 64 de sa décision que Globalive devait apporter un certain nombre de modifications :

64. Par conséquent, le Conseil estime que Globalive devrait modifier la définition de concurrent stratégique afin de n'inclure que les entités qui, avec les affiliées, détiennent une participation supérieure à 10 % du marché canadien des services sans fil en fonction des revenus par abonné.

[27] En ce qui concerne le troisième point, les droits de veto, le Conseil a conclu aux paragraphes 71 et 72 de sa décision que d'autres modifications étaient nécessaires :

Résultats de l'analyse du Conseil

71. Le Conseil fait remarquer que les modifications apportées aux droits de veto sont considérables. L'ajout d'une exception relative à l'exercice normal des activités de l'entreprise constitue un pas important vers l'élimination des préoccupations selon lesquelles les droits de veto permettent à Orascom d'exercer son influence sur les activités du domaine du sans fil. Toutefois, le Conseil estime que la valeur du spectre ne constitue pas un fondement sur lequel s'appuyer pour établir le seuil de 5 %. Le Conseil est d'avis que la valeur d'affaire de Globalive est une mesure plus appropriée.

72. Par conséquent, la valeur monétaire des droits de veto devrait être fixée à 5% de la valeur d'affaire de Globalive telle qu'elle est fixée par son conseil aux deux ans, d'après la valeur établie par un tiers.

[28] Le troisième sujet principal examiné par le Conseil concernait les ententes commerciales conclues entre Globalive et des non-Canadiens. À cet égard, le Conseil a tenu compte d'une entente de services techniques (l'EST) et d'un accord sur l'utilisation d'une marque de commerce.

[29] Quant à l'EST, le Conseil a conclu qu'une telle entente faisait en sorte qu'Orascom continuerait d'exercer une influence sur les décisions d'ordre opérationnel et stratégique liées au réseau de Globalive. Il a écrit ce qui suit aux paragraphes 82 à 84 de sa décision :

Résultats de l'analyse du Conseil

82. Le Conseil admet que l'EST a un double objectif. D'une part, cette entente permet à Globalive de profiter de

considerable wireless operating expertise, including access to its global, preferred purchasing power, and it provides Orascom with certain financial benefits. The Commission notes that under the revised TSA, Globalive must pay a fixed fee to Orascom irrespective of whether services are rendered, and if it terminates the agreement, it must pay Orascom either an amount to be negotiated or \$100 million less fees already paid, depending on the circumstances.

83. Moreover, the Commission notes that the TSA provides Globalive with benefits that operate as key determinants of its success. It is this reliance by Globalive on Orascom that defines their relationship and allows Orascom the opportunity to influence a wide range of operating and strategic decisions.

84. Given the significant benefits Globalive derives from the TSA, the Commission is of the view that Globalive will maintain the TSA for the foreseeable future. Consequently, the Commission considers that Orascom will continue to have influence over operating and strategic decisions related to Globalive's network.

[30] With respect to the Trademark Agreement (WIND), the CRTC determined that it provided Orascom with influence over Globalive. It wrote at paragraph 89:

89. However, the Commission finds that Globalive's adoption and use of a trademark belonging to an Orascom affiliate do provide Orascom (or its controlling shareholder) with influence over Globalive because Orascom has the power to limit how the brand can be used.

[31] The final major matter considered by the CRTC was economic participation of Globalive and non-Canadians. On this matter, the CRTC considered both equity participation and financing arrangements.

[32] As to equity participation, the CRTC determined that while there was an avenue of influence, it was not sufficient to convert that influence to control. It wrote at paragraphs 90 and 94:

l'importante expertise que possède Orascom dans le domaine de l'exploitation du sans-fil, et d'avoir accès au pouvoir d'achat global et privilégié de la firme. D'autre part, elle permet à Orascom de tirer certains avantages financiers. Le Conseil fait remarquer que, aux termes de l'EST révisée, Globalive doit payer un montant fixe à Orascom, que les services soient rendus ou non, et si elle résilie l'entente, elle devra lui verser, selon les circonstances, un montant qui sera alors négocié ou 100 millions de dollars, moins les montants déjà versés.

83. Le Conseil ajoute que l'EST confère à Globalive des avantages qui constituent des éléments déterminants de sa réussite. C'est d'ailleurs cette dépendance de Globalive qui définit la relation entre les deux entreprises et qui permet à Orascom d'orienter un large éventail de décisions en matière de fonctionnement et de stratégies.

84. Étant donné que Globalive tire de grands avantages de l'EST, le Conseil est d'avis que, dans l'avenir prévisible, Globalive conservera l'entente. Ainsi, le Conseil estime qu'Orascom continuera d'exercer une influence sur les décisions d'ordre opérationnel et stratégique liées au réseau de Globalive.

[30] En ce qui concerne l'accord sur l'utilisation d'une marque de commerce (WIND), le Conseil a conclu que cet accord permettait à Orascom d'exercer une influence sur Globalive. Il a écrit ce qui suit au paragraphe 89 :

89. Toutefois, le Conseil établit que Globalive, en adoptant et en utilisant une marque de commerce qui appartient à une affiliée d'Orascom, permet à Orascom (ou à son actionnaire majoritaire) d'exercer une influence sur elle parce qu'Orascom peut restreindre l'utilisation qui est faite de la marque de commerce en question.

[31] Le dernier sujet principal sur lequel s'est penché le Conseil était la participation économique de Globalive et des non-Canadiens. À cet égard, le Conseil a tenu compte de la participation dans les capitaux propres et des accords de financement.

[32] En ce qui a trait à la participation dans les capitaux propres, le Conseil a conclu que, bien que cette participation laissait place à l'exercice d'une influence, elle ne suffisait pas à transformer l'influence en contrôle. Il a écrit ce qui suit aux paragraphes 90 et 94 :

Economic participation of Globalive and non-Canadians

A. Equity participation

90. The overall equity positions of the shareholders are the same under both the pre-hearing and the revised structures. The combination of Orascom's voting and non-voting shares in GIHC translates into 65.1 percent of Globalive's total equity.

...

94. Orascom's equity participation is 65.1 percent, which is consistent with levels of non-Canadian investment previously approved by the Commission. The Commission is of the view that, while in the circumstances of this case the level of equity participation provides an avenue for influence, it is not sufficient on its own to convert that influence into control. [Footnote omitted.]

[33] As to the financing arrangements, the CRTC devoted much attention to this matter in its decision and determined, at paragraph 112, that the high level of debt in the hands of a non-Canadian was unacceptable. The CRTC began its discussion at paragraphs 95 and 96 of its decision:

B. Financing arrangements

95. Orascom is the source of the vast majority of Globalive's debt, having advanced \$442.4 million by way of a Spectrum Loan Agreement dated 31 July 2008 and committed a further \$66 million under an Operating Loan Agreement dated 23 March 2008, for a total commitment of \$508.4 million (collectively, the Orascom loan agreements). In addition to the Orascom loans, GCC, a wholly-owned subsidiary of GIHC, committed \$400,000 to Globalive by way of a Loan Agreement dated 14 April 2008.

96. According to the pre-hearing loan documents, the loans were to be due in full in August 2011, including an initial term and extensions. Interest was set at a rate of LIBOR plus 12 percent for the initial term, LIBOR plus 15 percent for the first extension, and LIBOR plus 18 percent for the subsequent extension. [Footnote omitted.]

Participation économique de Globalive et de non Canadiens

A. Participation dans les capitaux propres

90. La participation globale des actionnaires est la même aux termes de la structure préalable à l'audience et de la structure révisée. Combinées, les actions avec droit de vote et les actions sans droit de vote qu'Orascom détient dans GIHC représentent 65,1 % de tous les capitaux propres de Globalive.

[...]

94. La participation d'Orascom s'établit à 65,1 %, ce qui respecte les niveaux d'investissements non canadiens que le Conseil a approuvés antérieurement. Le Conseil estime que, dans les circonstances de l'affaire qui l'occupe, le niveau de participation financière laisse place à l'exercice d'une influence, mais l'existence de cette possibilité ne suffit pas, à elle seule, à transformer l'influence en contrôle. [Note en bas de page omise.]

[33] Quant aux accords de financement, le Conseil s'est longuement penché sur ce point dans sa décision et il a conclu au paragraphe 112 que le haut niveau d'endettement de Globalive à l'endroit d'un non-Canadien n'était pas acceptable. Le Conseil a commencé son analyse aux paragraphes 95 et 96 de sa décision :

B. Accords de financement

95. Orascom est le principal créancier de Globalive. Orascom lui a avancé 442,4 millions de dollars aux termes d'un contrat de prêt pour l'achat de fréquences daté du 31 juillet 2008 et lui a garanti une somme supplémentaire de 66 millions de dollars aux termes d'un contrat de prêt d'exploitation daté du 23 mars 2008, soit un engagement total de 508,4 millions de dollars (collectivement les accords de prêts d'Orascom). En plus des prêts consentis par Orascom, GCC, filiale à part entière de GIHC, a consenti un prêt de 400 000 \$ à Globalive aux termes d'un contrat de prêt daté du 14 avril 2008.

96. D'après les contrats de prêts préalables à l'audience, les montants étaient exigibles en totalité en août 2011, y compris une échéance initiale et des prolongations. Le taux d'intérêt était fixé au taux LIBOR plus 12 % pour l'échéance initiale, au taux LIBOR plus 15 % pour la première prolongation et au taux LIBOR plus 18 % pour la deuxième prolongation. [Note en bas de page omise.]

[34] The CRTC's determination as to the financing arrangements led it to conclude that they were unacceptable. It wrote at paragraphs 104 to 112:

Commission's analysis and determination

104. The Commission recognizes that there are no statutory restrictions on the amount of debt that a non-Canadian can provide to a telecommunications common carrier. However, debt levels and debt financing arrangements can be important indicia of where influence lies. As stated in the CanWest decision, the concentration of debt and equity in the hands of a single foreign entity can create an opportunity for undue influence over the venture by that non-Canadian entity:

The Commission was concerned that if a Goldman, Sachs & Co. entity was the lead syndicator with respect to the debt, or if it were the major debt holder under any of the lending agreements, this together with GSCP's equity interest could result in undue influence over the venture by a non-Canadian.

105. In the case of the CanWest decision, the non-Canadian shareholder holding 65 percent of the equity was also providing a significant amount of the debt. Prior to the oral phase of that proceeding, the Commission expressed concern regarding the proposed level of debt, and during the oral phase, CanWest confirmed that the percentage of the debt held by the non-Canadian investor had been reduced to less than 20 percent and that Goldman, Sachs & Co. would not be lead syndicator.

106. In the present case, Orascom, the significant non-Canadian equity holder, has provided approximately 99 percent of Globalive's current debt, excluding some third-party vendor financing, which represents the vast majority of Globalive's total financing.

107. The concentration of debt and equity in the hands of a single entity can create an opportunity for influence. In circumstances such as the present, where a company is heavily debt financed, this opportunity can translate into significant influence over the venture by the debt holder.

108. The magnitude of the debt provided by Orascom, the relative debt to equity financing, and the fact that the debt is concentrated in the hands of a single entity cause the

[34] Les constatations du Conseil quant aux accords de financement l'ont mené à conclure que ces accords n'étaient pas acceptables. Le Conseil a écrit ce qui suit aux paragraphes 104 à 112 :

Résultats de l'analyse du Conseil

104. Le Conseil admet que la loi ne prévoit aucune restriction quant au montant des créances qu'une entité non canadienne peut avoir sur une entreprise de télécommunication canadienne. Toutefois, l'ampleur de la dette et les accords de financement par emprunt peuvent révéler d'importants indices sur la source d'influence. En effet, si les créances et les capitaux propres sont concentrés dans les mains d'une seule entité étrangère, l'entité non canadienne pourrait avoir l'occasion d'exercer une influence indue sur l'entreprise canadienne, comme il est précisé dans la décision CanWest :

« Le Conseil s'inquiétait du fait suivant : si, en plus de la participation détenue par GSCP, Goldman, Sachs & Co. devenait le principal agent de la syndication de la dette ou le principal créancier selon n'importe quelle entente de prêt, cette situation pouvait donner une influence indue à un non Canadien. »

105. Dans le cas de la décision CanWest, l'actionnaire non canadien, qui détenait 65 % des capitaux propres avait également une bonne part de la créance sur CanWest. Avant la tenue des comparutions dans le cadre de cette instance, le Conseil avait exprimé des réserves à l'égard du taux d'endettement proposé et, lors des comparutions, CanWest avait confirmé que la créance que détenait l'investisseur non canadien avait été réduite et s'établissait alors à moins de 20 % et que Goldman, Sachs & Co. ne serait pas le principal agent de syndication.

106. Dans le cas présent, Orascom, le principal actionnaire non canadien, a consenti environ 99 % des prêts constituant la dette actuelle de Globalive, à l'exclusion d'un certain financement provenant de tiers vendeurs, qui représente la grande majorité du financement total de Globalive.

107. Lorsque les créances et les capitaux propres sont concentrés dans les mains d'une seule entité, la possibilité d'exercer une influence existe, mais dans des circonstances comme celle-ci, où la compagnie est largement financée par emprunt, le créancier peut exercer une influence considérable sur l'entreprise.

108. En raison de l'ampleur du prêt consenti par Orascom, du financement par emprunt par rapport au financement par actions et du fait que la créance est détenue par une seule

Commission concern with the loans as a source of Orascom influence. The modifications to the covenants and terms of the loans do little to reduce this concern. Furthermore, the Commission notes that covenants similar to those deleted from the Orascom loan agreements are still contained in Schedule A to the Shareholders' Agreement.

109. In addition to the above-noted concerns, the Commission considers that a company's inability to obtain financing from third-party sources may also be relevant to the issue of control in fact. As noted in the Unitel decision, "In certain circumstances it may be possible to conclude that a non-Canadian shareholder or lender may have a considerable amount of leverage, and even control, over a cash-strapped telecommunications common carrier."
110. During the oral phase of the public hearing, Globalive noted that Orascom and AAL had planned to rely heavily on external financing to capitalize Globalive. However, following completion of the AWS auction, Globalive's efforts to obtain external financing to replace Orascom's loans coincided with a major downturn in the credit markets. Orascom indicated that it is not interested in remaining Globalive's major lender and is committed to transferring its loans to an outside party. However, at this time, Orascom remains the major source of financing for Globalive in the near term.
111. Globalive stated during the oral phase of the public hearing that the capital investment required for a national wireless start-up is well over \$1 billion. Having raised approximately \$600 million, Globalive will require significant further capital in order to complete its network rollout. The Commission considers that Globalive's dependence upon Orascom for financing may well increase in the near term, given its inability to date to attract substantial third-party financing.
112. It is the Commission's view that such a significant concentration of debt in the hands of Orascom, representing the vast majority of Globalive's enterprise value, serves to provide Orascom with leverage over Globalive. Given Orascom's equity interest in Globalive, such a high level of debt in the hands of a non-Canadian is unacceptable. [Footnotes omitted.]
- entité, le Conseil craint que les prêts ne constituent une source d'influence pour Orascom. Les modifications apportées aux clauses restrictives et aux modalités des prêts ne contribuent guère à atténuer ces craintes. De plus, le Conseil fait remarquer que l'annexe A de la convention des actionnaires comporte toujours des clauses restrictives semblables à celles qui ont été supprimées des contrats de prêts d'Orascom.
109. Outre les craintes mentionnées ci-dessus, le Conseil estime que l'incapacité d'une compagnie à obtenir un financement de sources tierces peut également être un élément pertinent à la question du contrôle de fait. Tel qu'il est précisé dans la décision Unitel, [TRADUCTION] « dans certaines circonstances, il serait sans doute possible de conclure qu'un actionnaire ou un prêteur non canadien exerce un poids considérable, voire un contrôle, sur une entreprise de télécommunication à court d'argent. »
110. Lors des comparutions dans le cadre de l'audience publique, Globalive a précisé qu'Orascom et AAL avaient prévu recourir essentiellement à de l'aide extérieure pour financer Globalive. Toutefois, après la conclusion de la vente aux enchères du spectre pour les SSFE, alors que le moment était venu pour Globalive de faire des démarches afin d'obtenir du financement externe qui devait remplacer les prêts consentis par Orascom, le marché du crédit a connu un déclin marqué. Orascom a affirmé qu'elle n'entendait pas demeurer le principal créancier de Globalive et qu'elle était résolue à transférer les prêts à un tiers. Néanmoins, pour le moment, Orascom demeure la principale source de financement de Globalive à court terme.
111. Lors des comparutions, Globalive a affirmé que le lancement d'une entreprise nationale de services sans fil nécessite un investissement en capital qui dépasse largement un milliard de dollars. Globalive a déjà réuni environ 600 millions de dollars, mais elle aura besoin d'autres capitaux importants pour terminer l'installation de son réseau. Le Conseil estime que Globalive risque fort bien de dépendre encore plus de l'aide financière d'Orascom à court terme puisqu'elle n'a pas réussi, à ce jour, à dénicher des investissements considérables de tiers.
112. Le Conseil estime qu'une telle concentration de dette entre les mains d'Orascom, représentant la grande majorité de la valeur d'entreprise de Globalive, confère à Orascom une influence sur Globalive. Compte tenu de la participation d'Orascom dans Globalive, un tel niveau d'endettement entre les mains d'un non Canadien est inacceptable. [Notes en bas de page omises.]

[35] The conclusion reached by the CRTC was set out at paragraphs 113 to 119 of its decision. It determined that each of the factors considered may lead to an avenue for influence, when combined they translated into the ability to control in fact (see paragraph 16(3)(c) of the *Telecommunications Act*, above). It wrote:

Conclusion

113. The Commission considers that each of the factors addressed above provides Orascom, a non-Canadian, with an avenue for influence over Globalive. While disparate points of influence may not individually result in control, when combined they can translate into the ability to control in fact.

114. As noted above, control in fact is only established where influence is dominant or determining. In particular, the issue is whether or not there is an ongoing power or ability, whether exercised or not, to determine the strategic decision-making activities of a corporation or to dominate the ability to manage and run its day-to-day operations.

115. Globalive has made numerous significant changes to its corporate structure and documents in order to address many of the Commission's concerns. In this decision, the Commission has identified additional changes that are necessary to address certain remaining concerns with respect to Orascom's influence over Globalive. These changes relate to the composition of the boards of directors, liquidity rights, and the threshold for veto rights.

116. Notwithstanding these additional changes, significant concerns remain with respect to the control in fact of Globalive by Orascom. In the present case, the record shows that Orascom, a non-Canadian

- holds two-thirds of Globalive's equity;
- is the principal source of technical expertise; and
- provides Globalive with access to an established wireless trademark.

117. Given the changes that were made during the public hearing and presuming that the additional changes that have been identified in this decision are made, these elements taken together, while significant, would not cause the Commission, in the circumstances of this case,

[35] Finalement, le Conseil a exposé son inférence aux paragraphes 113 à 119 de sa décision, à savoir que chacun des facteurs examinés permet à Orascom d'exercer une influence sur Globalive, mais que, ensemble, ces facteurs permettent un contrôle de fait (voir l'alinéa 16(3)c) de la *Loi sur les télécommunications*, précité). Le Conseil a écrit ce qui suit :

Conclusion

113. Le Conseil estime que chacun des facteurs abordés ci-dessus permet à Orascom, un non Canadien, d'exercer une influence sur Globalive. Exercés seuls, les points d'influence ne traduiraient peut-être pas l'exercice d'un contrôle; mais exercés ensemble, ils peuvent permettre l'exercice d'un contrôle de fait.

114. Tel qu'il est indiqué précédemment, on conclut à l'existence du contrôle de fait uniquement lorsque l'influence exercée est dominante ou déterminante. Plus précisément, il s'agit d'établir s'il y a pouvoir ou capacité, exercé ou non, de décider de l'orientation du processus décisionnel de l'entreprise sur ses activités ou de gérer les activités quotidiennes de l'entreprise.

115. Globalive a apporté de nombreux changements importants à la structure et aux documents de l'entreprise afin de corriger bon nombre des préoccupations cernées par le Conseil. Dans la présente décision, le Conseil a relevé d'autres changements que l'entreprise doit apporter pour régler quelques problèmes qui subsistent en ce qui concerne l'influence qu'Orascom exerce sur Globalive. Ces modifications portent sur la composition des conseils d'administration, les droits liés à la liquidité et le seuil lié aux droits de veto.

116. Nonobstant ces changements supplémentaires, il subsiste de grandes inquiétudes à l'égard du contrôle de fait qu'Orascom exerce sur Globalive. Dans le cas présent, le dossier indique qu'Orascom, un non Canadien :

- détient deux tiers des capitaux propres de Globalive;
- constitue la principale source d'expertise technique;
- permet à Globalive d'utiliser une marque de commerce établie dans le secteur du sans fil.

117. Compte tenu des changements apportés pendant l'audience publique et en supposant que les autres changements indiqués dans la présente décision soient réalisés, ces éléments pris ensemble, bien qu'importants, ne permettraient pas au Conseil, dans les circonstances particulières

to reach a decision that Orascom is in a position of influence that is both dominant and determining.

118. However, when these levers are considered in concert with Orascom's provision of the vast majority of Globalive's debt financing, the Commission finds that it cannot conclude that Globalive is not controlled in fact by a non-Canadian, to wit Orascom. In other words, the Commission finds that Orascom has the ongoing ability to determine Globalive's strategic decision-making activities.

119. In light of all the above, the Commission finds that Globalive is controlled in fact by Orascom, a non-Canadian. Therefore, the Commission concludes that Globalive does not meet the requirements set out in section 16 of the Act and is not currently eligible to operate as a telecommunications common carrier.

[36] As to paragraph 115 above, the CRTC issued an *erratum* on 4 November 2009 [Telecom Decision CRTC 2009-678-1], in which the words "liquidity rights" near the end of that paragraph, were replaced with the words "Eligible Purchasers" so as to read:

115. Globalive has made numerous significant changes to its corporate structure and documents in order to address many of the Commission's concerns. In this decision, the Commission has identified additional changes that are necessary to address certain remaining concerns with respect to Orascom's influence over Globalive. These changes relate to the composition of the boards of directors, *Eligible Purchasers*, and the threshold for veto rights.

[37] It was this decision that the Governor in Council, on its own motion, undertook to review.

THE GOVERNOR IN COUNCIL'S DECISION

[38] On December 10, 2009 the Privy Council released the decision of the Governor in Council, P.C. 2009-2008. This decision comprised two parts. The first four pages set out a series of "Whereas[es]" with a concluding "Therefore". Attached as a schedule were twenty-four paragraphs which amended several paragraphs of the

à ce cas, de conclure qu'Orascom exerce une influence qui est à la fois dominante et déterminante.

118. Par contre, lorsqu'il examine ces effets parallèlement au fait qu'Orascom assure la grande majorité du financement par emprunt de Globalive, le Conseil établit qu'il lui est impossible de conclure que Globalive n'est pas, de fait, sous le contrôle d'un non Canadien, en l'occurrence Orascom. Autrement dit, le Conseil conclut qu'Orascom possède, en tout temps, le pouvoir de décider de l'orientation du processus décisionnel de Globalive sur les activités de l'entreprise.

119. Compte tenu de ce qui précède, le Conseil établit que Globalive est contrôlée de fait par Orascom, un non Canadien. Par conséquent, le Conseil conclut que Globalive ne répond pas aux exigences énoncées à l'article 16 de la *Loi* et qu'elle n'est pas actuellement admise à opérer comme entreprise de télécommunication canadienne.

[36] En ce qui concerne le paragraphe 115, cité ci-dessus, le Conseil a publié un *erratum* le 4 novembre 2009 [décision de télécom CRTC 2009-678-1], suivant lequel les mots « droits liés à la liquidité » se trouvant à la fin du paragraphe 115 sont remplacés par les mots « les acheteurs admissibles »; ce paragraphe est donc maintenant libellé de la façon suivante :

115. Globalive a apporté de nombreux changements importants à la structure et aux documents de l'entreprise afin de corriger bon nombre des préoccupations cernées par le Conseil. Dans la présente décision, le Conseil a relevé d'autres changements que l'entreprise doit apporter pour régler quelques problèmes qui subsistent en ce qui concerne l'influence qu'Orascom exerce sur Globalive. Ces modifications portent sur la composition des conseils d'administration, *les acheteurs admissibles* et le seuil lié aux droits de veto.

[37] Il s'agit de la décision que la gouverneure en conseil a, de sa propre initiative, révisée.

LE DÉCRET DE LA GOUVERNEURE EN CONSEIL

[38] Le 10 décembre 2009, le Conseil privé a publié le décret C.P. 2009-2008, pris par la gouverneure en conseil. Ce décret est divisé en deux parties. Les cinq premières pages renferment une série d'« Attendu[s] » et un « À ces causes » final. Vingt-quatre paragraphes étaient joints en annexe, lesquels modifiaient à divers égards plusieurs

CRTC decision in various respects. The result was, as set out in paragraph 23 of the schedule, to vary the CRTC decision and to determine that Globalive was not controlled in fact by Orascom, a non-Canadian, and that Globalive was eligible to operate as a telecommunications common carrier. Paragraph 23 states:

23. In light of the above, Globalive is not controlled in fact by Orascom, a non-Canadian. Therefore, Globalive meets the requirements set out in section 16 of the Act and is currently eligible to operate as a telecommunications common carrier.

[39] Subsection 12(8) of the *Telecommunications Act* stipulates that when the Governor in Council makes an order such as this, reasons shall be set out. Mr. Heintzman, counsel for Globalive, described the structure of the Governor in Council's document as being one in which the section 12 order is set out in the "Whereas" pages and the decision under section 16 as to whether Globalive is in fact not controlled by non-Canadians is set out in the schedule. Mr. MacKinnon, for the Attorney General, argued that both the "Whereas" portion and the schedule can be said to constitute the order and the reasons. Counsel for the applicant and those supporting the applicant were puzzled as to what portion of these documents can be said to be the reasons.

[40] I prefer to consider the first four "Whereas" pages as being akin to what is sometimes referred to in this Court as a "speaking Order", such that the "Whereas" paragraphs can be considered to be "reasons". These reasons may be considered to be supplemented by the schedule.

[41] On the first page of the "Whereas" portion, the Governor in Council acknowledged that the CRTC had identified four areas of concern with respect to control in fact:

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

paragraphes de la décision du Conseil. Comme le révèle le paragraphe 23 de l'annexe, la gouverneure en conseil a décidé de modifier la décision du Conseil et a conclu que Globalive n'était pas contrôlée de fait par Orascom, une entité non canadienne, et qu'elle était admissible à opérer à titre d'entreprise de télécommunication. Le paragraphe 23 de l'annexe est libellé comme suit :

23. À la lumière de ces constats, Globalive n'est pas contrôlée de fait par Orascom, une entité non canadienne. En conséquence, Globalive satisfait aux exigences énoncées à l'article 16 de la Loi et elle est admise à opérer à titre d'entreprise de télécommunication à l'heure actuelle.

[39] Le paragraphe 12(8) de la *Loi sur les télécommunications* dispose que, lorsque le gouverneur en conseil prend un décret comme celui en l'espèce, il doit énoncer les motifs du décret. M. Heintzman, l'avocat de Globalive, a plaidé que le document de la gouverneure en conseil était divisé de la façon suivante : les « Attendu[s] » constituaient le décret mentionné à l'article 12 et l'annexe constituait la décision rendue sur le fondement de l'article 16 concernant la question de savoir si Globalive était contrôlée par des non-Canadiens. M. MacKinnon, pour le compte du procureur général, a allégué que tant la partie sur les « Attendu[s] » que l'annexe pouvaient être considérés comme étant la décision et les motifs. L'avocat de la demanderesse et les avocats des intervenants qui l'appuient étaient perplexes et ne savaient trop quelle partie de ce document pouvait être considérée comme étant les motifs.

[40] J'estime que les cinq premières pages, qui renferment les « Attendu[s] », s'apparentent à ce que la Cour appelle une « ordonnance motivée », de telle sorte que les « Attendu[s] » peuvent être considérés comme étant les « motifs ». On peut estimer que l'annexe complète ces motifs.

[41] Sur la première page de la partie sur les « Attendu[s] », la gouverneure en conseil a admis que le Conseil avait soulevé quatre questions préoccupantes relatives au contrôle de fait :

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

[42] The final paragraph of the first page stated that the debt financing was the main reason that the CRTC found that Globalive did not meet the Canadian ownership and control requirements:

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

[43] At the top of the second page, the Governor in Council stated what it considered to be a number of Canadian telecommunications policy objectives:

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

[44] This appears to reflect that which is set out in paragraphs 7(b), (c) and (d) of the *Telecommunications Act*:

Objectives

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

...

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

[42] La gouverneure en conseil, dans le premier paragraphe de la deuxième page, a affirmé que la raison première pour laquelle le Conseil avait conclu que Globalive ne satisfaisait pas aux exigences de propriété et de contrôle canadiens était le financement par emprunt :

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

[43] Dans le paragraphe suivant de la deuxième page, la gouverneure en conseil a énoncé ce qu'elle estimait être les objectifs de la politique canadienne en matière de télécommunication :

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

[44] La gouverneure en conseil semble s'inspirer des objectifs énoncés aux alinéas 7b), c) et d) de la *Loi sur les télécommunications* :

Politique

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

[...]

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

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

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

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

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

[45] The Governor in Council then referred to the bidding process for spectrum, and that Globalive was a successful bidder. In the fourth paragraph on the second page, the Governor in Council acknowledged that Globalive must satisfy the Canadian ownership and control requirements set out in the Act:

Whereas, in order to operate as a telecommunications common carrier in Canada, Globalive must satisfy the Canadian ownership and control requirements set out in the Act;

[46] These requirements are set out in subsection 16(3) of the Act previously referred to. They are the “legal” and “control in fact” requirements.

[47] The next paragraph of the Governor in Council’s “Whereas” provisions contains a puzzling use of the words “when possible”, suggesting that the policy objectives requiring Canadian ownership and control as set out in paragraph 7(d) of the *Telecommunications Act* is somehow to be considered as flexible and possibly subordinate to other considerations, such as that set out in paragraph 7(c), the enhancement of efficiency and competitiveness. One policy objective cannot be subordinate to another:

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

[48] The next “Whereas” is critical, as it appears to insert a policy objective not found in section 7 or anywhere else in the *Telecommunications Act*; namely, that

[45] La gouverneure en conseil a par la suite mentionné le processus de vente aux enchères du spectre et a rappelé que Globalive avait été retenue comme soumissionnaire. Dans le dernier paragraphe de la deuxième page, la gouverneure en conseil a reconnu que Globalive devait satisfaire aux exigences de propriété et de contrôle canadiens énoncées dans la *Loi sur les télécommunications* :

Attendu que pour être admise à opérer comme entreprise de télécommunication au Canada, Globalive doit satisfaire aux exigences de propriété et de contrôle canadiens énoncées dans la Loi;

[46] Ces exigences sont énoncées aux paragraphes 16(3) de la *Loi sur les télécommunications* dont il a été question précédemment. Il s’agit des exigences de « contrôle de droit » et de « contrôle de fait ».

[47] L’emploi des mots « dans la mesure du possible » par la gouverneure en conseil dans le paragraphe suivant de la partie sur les « Attendu[s] » laisse perplexe. La gouverneure en conseil laisse entendre que les objectifs de la politique qui exigent la propriété et le contrôle canadiens énoncés à l’alinéa 7d) de la *Loi sur les télécommunications* sont d’une certaine façon aussi flexibles et possiblement moins importants que d’autres objectifs, comme celui établi par l’alinéa 7c), soit l’accroissement de l’efficacité et de la concurrence. Aucun objectif de la politique n’est plus important que les autres :

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

[48] L’« Attendu » suivant est important, parce qu’il semble ajouter aux objectifs de la politique un objectif qui ne se trouve ni dans l’article 7 ni dans aucune autre

access to foreign capital, technology and experience should be encouraged and ensured:

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

[49] The Governor in Council’s decision next acknowledged that the test respecting control was both legal and factual and, as found by the CRTC, the legal requirements had been met. No party challenged this finding.

[50] The Governor in Council next considered “control in fact” and noted that the test, as set out in paragraph 16(3)(c) of the *Telecommunications Act*, was expressed in the form of a double negative (i.e.) not controlled by persons who are not Canadian:

Whereas the Governor in Council considers that, as a matter of construction, it is significant that, when assessing control in fact, the Act does not require the Commission to determine that a telecommunications common carrier is controlled by Canadians but rather that it not be controlled by persons that are not Canadian;

[51] When asked whether this use of a double negative was purely a semantical exercise, counsel for Globalive said no. This position was supported by counsel for the Attorney General. They argued that this wording made room for a situation where a broadly held multinational entity may have control. In this respect, they argued, control could be in the hands of an entity that was “not a non-Canadian”.

[52] At the fifth “Whereas” at page 3 of the decision the Governor in Council stated that it did not agree with the CRTC’s finding as to multiple levers of influence. The sixth paragraph refers to “reasons” (not otherwise described or indicated as to where they could be found)

disposition de la *Loi sur les télécommunications*, à savoir que l’accès aux capitaux, à la technologie et au savoir-faire étrangers devrait être favorisé et garanti :

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

[49] La gouverneure en conseil, dans son décret, a par la suite reconnu que le critère relatif au contrôle visait tant le contrôle de droit que le contrôle de fait, et que, comme l’avait conclu le Conseil, les exigences liées au contrôle de droit avaient été respectées. Les parties n’ont pas contesté cette conclusion.

[50] La gouverneure en conseil a par la suite examiné le « contrôle de fait » et a noté que le critère établi par l’alinéa 16(3)c) de la *Loi sur les télécommunications* était énoncé par une double négation, à savoir « n’est pas contrôlée par un non-Canadien » :

Attendu que la gouverneure en conseil considère, dans son interprétation, qu’il est important, lors de l’évaluation du contrôle de fait, que la Loi n’oblige pas le Conseil à conclure qu’une entreprise de télécommunication est contrôlée par des Canadiens, mais plutôt qu’elle n’est pas contrôlée par un non-Canadien;

[51] Lorsqu’il lui a été demandé si ce recours à la double négation était une pure question de forme, l’avocat de Globalive a répondu par la négative, position appuyée par l’avocat du procureur général. Ces avocats ont plaidé que cette formulation fait en sorte qu’une entité multinationale dont l’actionnariat est très diversifié puisse détenir le contrôle. Selon les avocats, dans cette situation, une entité qui « n’est pas contrôlée par un non-Canadien » pourrait détenir le contrôle.

[52] La gouverneure en conseil, dans le premier paragraphe de la page 4 de son décret, a affirmé qu’elle rejetait la conclusion du Conseil en ce qui avait trait à la combinaison de plusieurs moyens d’influence. Le paragraphe suivant renvoie à des « raisons » (qui ne sont pas autrement exposées et qui ne font l’objet d’aucune mention

which are said to show why Globalive is not considered to be owned and controlled by non-Canadians:

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

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

[53] The first two “Whereas” paragraphs on page 4 state that submissions have been sought from provincial governments and that the submissions made by Globalive and others at the CRTC hearing have been of benefit to the Governor in Council. Reference is also made to “additional submissions” by others. The applicant sought disclosure of these submissions and the Attorney General refused. While the refusal was argued in the applicant’s written material as affording a basis for setting the Governor in Council’s decision aside, or drawing adverse inferences, the point was not pursued with any vigour by applicant’s counsel at the hearing.

[54] The third paragraph of the fourth page sets out a criterion used by the Governor in Council in coming to its decision; namely, whether Canadians would be deprived of a more competitive wireless telecommunication market. This criterion reflects the wording set out in paragraph 7(c) of the *Telecommunications Act*:

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

[55] The penultimate paragraph of the decision appears to open the door for Globalive to enter the Canadian market, but shut it for others:

quant à savoir où l’on pourrait les trouver) qui révéleraient pourquoi Globalive n’est pas considérée comme étant la propriété de non-Canadiens ni comme étant contrôlée par des non-Canadiens :

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

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

[53] Les quatrième et cinquième paragraphes de la page 4 révèlent que l’on a fourni aux provinces l’occasion de présenter des observations et que la gouverneure en conseil a pu bénéficier des observations présentées par Globalive et par d’autres parties lors de l’audience du Conseil. Il y est également question de « représentations » soumises par d’autres intéressés. La demanderesse a demandé que ces représentations lui soient communiquées, ce qui lui a été refusé par le procureur général. Bien que la demanderesse ait plaidé dans ses observations écrites que ce refus justifiait que la Cour annule le décret de la gouverneure en conseil ou tire des conclusions défavorables, l’avocat de la demanderesse n’a pas vraiment insisté sur ce point lors de l’audience.

[54] Le dernier paragraphe de la page 4 établit un critère auquel la gouverneure en conseil a eu recours dans son décret, soit la question de savoir si les Canadiens seraient privés d’un marché des télécommunications sans fil plus concurrentiel. Ce critère fait écho au libellé de l’alinéa 7c) de la *Loi sur les télécommunications* :

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

[55] L’avant-dernier paragraphe du décret semble ouvrir la porte du marché canadien à Globalive tout en la fermant aux autres entreprises :

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

[56] The final paragraph of the Governor in Council's decision is a "Therefore" paragraph that leads the reader to the attached schedule:

Therefore, Her Excellency the Governor General in Council, on the recommendation of the Minister of Industry, pursuant to subsection 12(1) of the *Telecommunications Act*, varies Telecom Decision CRTC 2009-678, amended by Telecom Decision CRTC 2009-678-1, as set out in the annexed schedule to this Order.

[57] The schedule in many respects tracks the language of the CRTC decision, but makes several changes which affect the resulting determination as it was made by the CRTC. These include findings as to whether the structure of the board of directors ensured that non-Canadian nominees could be elected, whether the debt financing structure could result in undue influence by a non-Canadian, the effect of liquidity rights, the definition of eligible purchasers of shares, the effect of the Technical Service Agreement and the Trademark Agreement; all of which led the CRTC to conclude that Globalive was "controlled in fact" by non-Canadians. The changes made by the Governor in Council led it to conclude the opposite.

[58] I accept the summary reflecting several of these differences between the CRTC decision and the Governor in Council's decision, as presented in the applicant's written submissions:

CRTC Findings
(per Telecom Decision
2009-678)

Governor in Council
Findings
(per Schedule to Order in
Council)

Composition of the Board of Directors

45. In the present case, the Commission considers that the revised board structure, including the role and composition of the selection committee, ensures that the nominees of Orascom

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

[56] Le dernier paragraphe du décret de la gouverneure en conseil est un « À ces causes » qui renvoie le lecteur à l'annexe jointe au décret :

À ces causes, sur recommandation du ministre de l'Industrie et en vertu du paragraphe 12(1) de la *Loi sur les télécommunications*, Son Excellence la Gouverneure générale en conseil modifie la décision télécom CRTC 2009-678, dans sa version modifiée par la décision télécom CRTC 2009-678-1, conformément à l'annexe ci-après.

[57] L'annexe reprend pour l'essentiel le libellé de la décision du Conseil, mais on y a apporté plusieurs changements qui modifient la conclusion rendue par le Conseil. Ces changements comprennent des conclusions sur les questions de savoir si la structure du conseil d'administration garantissait que des candidats non canadiens pourraient y être nommés et si le mode de financement par emprunt pouvait donner une influence indue à un non-Canadien ainsi que sur l'effet des droits de liquidité, sur la définition d'acheteur admissible d'actions, sur l'effet de l'entente de services techniques et sur l'accord sur l'utilisation d'une marque de commerce. Toutes ces conclusions ont mené le Conseil à inférer que Globalive était « contrôlée de fait » par un non-Canadien. Les changements apportés par la gouverneure en conseil l'ont menée à tirer une inférence contraire.

[58] J'accepte le résumé qui a été présenté par la demanderesse dans ses observations écrites et qui montre plusieurs différences entre la décision du Conseil et celle de la gouverneure en conseil :

Conclusions du Conseil
(Tirées de la décision de
télécom CRTC 2009-678)

Conclusions de la
gouverneure en conseil
(Tirées de l'annexe du
décret)

Composition des conseils d'administration

45. Dans le cas présent, le Conseil estime que la structure révisée des conseils d'administration, la composition du comité de sélection, ne permet pas à

selection committee, does not ensure that the nominees of the Canadian shareholder are sufficient in number to offset the influence of Orascom, a non-Canadian shareholder. [Emphasis added.]

[The CRTC required that the arrangements be amended so that AAL would nominate five GIHC directors, Orascom would nominate four directors, and that they would together nominate one Independent Director.]

Telecom Holding S.A.E. (“Orascom”), a non-Canadian shareholder, are insufficient in number to control the strategic or operational decisions of Globalive. Indeed, the board members nominated by the Canadian shareholder and the independent directors, as defined in the shareholders’ agreement and corporate documents, (“Independent Directors”) are sufficient in number to offset the influence of Orascom. As a result, no changes are required to the composition of the boards of directors this case. [Emphasis added.]

composition du comité de sélection, ne garantit pas que le nombre des représentants de l’actionnaire canadien est suffisant pour contrebalancer l’influence d’Orascom, un actionnaire non canadien. [Non souligné dans l’original.]

[Le Conseil a exigé que les ententes soient modifiées de façon à ce que sur le conseil d’administration de GIHC, AAL nomme cinq administrateurs, Orascom nomme quatre administrateurs et ALL et Orascom nomment ensemble un administrateur indépendant.]

Orascom Telecom Holding S.A.E. (Orascom), actionnaire non-canadien, de nommer un nombre suffisant d’administrateurs pour contrôler les décisions stratégiques ou opérationnelles de Globalive. En effet, le nombre des administrateurs nommés par l’actionnaire canadien et des administrateurs indépendants, au sens de l’entente entre actionnaires (administrateurs indépendants) et des documents d’entreprise, suffit à contrebalancer l’influence d’Orascom. Donc, il n’y a pas lieu de modifier la composition des conseils d’administration actuels. [Non souligné dans l’original.]

AAL’s [AAL Holdings Corporation] Liquidity Rights

59. The Commission considers that the liquidity rights in the revised documents are an improvement on the array of rights originally granted to Orascom as minority voting shareholder. Nevertheless, the liquidity rights, even in their revised form, provide an indication of Orascom’s influence over the venture. The specification of a floor price and the imposition of a cap on the proceeds generated in the event that AAL sells its shares are inconsistent with the relative voting interests of the shareholders.

5. The liquidity rights in the revised corporate documents of Globalive are an improvement on the array of rights originally granted to Orascom as minority voting shareholder.

6. In this particular case, the liquidity provisions operate in a balanced way in regards to both AAL and Orascom, with the exception of the specified floor price and the cap on the proceeds generated in the event that AAL sells its shares. The cap on proceeds is consistent with the relative equity investment of the shareholders. The specified floor price reflects the investment of an established business in a high-risk venture and has little bearing on control. [Emphasis added.]

Droits de liquidité d’AAL [AAL Holdings Corporation]

59. Le Conseil estime que les droits de liquidité figurant dans les documents révisés représentent une amélioration par rapport à la kyrielle des droits accordés au départ à Orascom en tant qu’actionnaire minoritaire avec droit de vote. Il n’en demeure pas moins que les droits de liquidité, même sous leur forme révisée, donnent une indication de l’influence d’Orascom sur l’entreprise. La spécification d’un prix plancher et l’imposition d’un plafond sur le produit de la vente éventuelle des actions d’AAL ne va pas dans le sens des intérêts avec droit de vote relatifs des actionnaires.

5. Les droits de liquidité figurant dans les documents d’entreprise révisés de Globalive représentent une amélioration par rapport à l’ensemble des droits accordés au départ à Orascom en tant qu’actionnaire minoritaire avec droit de vote.

6. En l’espèce, les dispositions relatives aux droits de liquidité s’appliquent de manière équilibrée, à la fois à AAL et à Orascom, à l’exception du prix plancher indiqué et du plafond imposé au produit d’une vente éventuelle par AAL de ses actions. L’imposition d’un tel plafond concorde avec l’investissement relatif des capitaux propres des actionnaires. Le prix plancher indiqué correspond à l’investissement d’une entreprise établie dans une entreprise à risque, et a peu d’incidence sur le contrôle. [Non souligné dans l’original.]

Definition of Eligible Purchasers

63. The Commission considers that a significant issue with regard to liquidity is the ability of the exiting investor to find a suitable purchaser. The Commission is concerned that the Eligible Purchaser definition limits the pool of potential purchasers to financial investors and restricts the ability of the majority voting shareholder [AAL] to sell all or some of its shares...
64. Accordingly, the Commission considers that Globalive should amend the definition of Strategic Competitor to include only entities which, taken together with their affiliates, hold more than a 10 percent share of the Canadian wireless market on a per-subscriber basis. [Emphasis added.]
- 8.** A significant issue with regard to liquidity is the ability of the exiting investor to find a suitable purchaser. While the “Eligible Purchaser” definition in the shareholders’ agreement restricts the pool of potential purchasers, this restriction does not provide Orascom with an avenue for influence over the day-to-day operations or strategic decision-making activities of Globalive. This is an acceptable means of protecting the remaining shareholders from being forced into a relationship with a competitor. Not only do shareholders have the discretion to waive this restriction, but the eligible purchaser provisions apply equally to all shareholders and all sale provisions are subject to extensive rights of first refusal in favour of the non-selling shareholder. No changes to the definition of “Eligible Purchaser” in the shareholders’ agreement are required. [Emphasis added.]

Définition d’acheteurs admissibles

63. Le Conseil estime que la capacité de l’investisseur sortant à trouver un acheteur qui lui convient est une question importante. Le Conseil craint que la définition d’acheteur admissible limite le bassin d’acheteurs potentiels aux investisseurs financiers et restreigne la capacité de l’actionnaire majoritaire avec droit de vote [AAL] à vendre la totalité ou une partie de ses actions [...]
64. Par conséquent, le Conseil estime que Globalive devrait modifier la définition de concurrent stratégique afin de n’inclure que les entités qui, avec les affiliées, détiennent une participation supérieure à 10 % du marché canadien des services sans fil en fonction des revenus par abonné. [Non souligné dans l’original.]
- 8.** La capacité de l’investisseur sortant à trouver un acheteur qui lui convient est une question importante sur le plan des liquidités. Même si la définition de « acheteur admissible » dans l’entente entre actionnaires limite le bassin des acheteurs potentiels, cette restriction ne constitue pas pour Orascom un moyen d’influer sur les opérations quotidiennes ou sur la prise des décisions stratégiques par Globalive. Il s’agit d’un moyen acceptable d’éviter que les autres actionnaires soient forcés de faire affaire avec un concurrent. D’abord, les actionnaires peuvent, à leur discrétion, renoncer à cette restriction. Ensuite, les modalités établies dans la définition de « acheteur admissible » s’appliquent à tous les actionnaires de la même manière. Enfin, toutes les dispositions relatives à la vente sont assujetties à des droits de premier refus importants en faveur de l’actionnaire non vendeur. Il n’y a pas lieu de modifier la définition de « acheteur admissible » dans l’entente entre actionnaires. [Non souligné dans l’original.]

Technical Services Agreement

84. Given the significant benefits Globalive derives from the TSA, the Commission is of the view that Globalive will maintain the TSA for the foreseeable future. Consequently, the Commission considers that Orascom will continue to have influence over operating and strategic decisions related to Globalive’s network. [Emphasis added.]
- 13.** Given the significant benefits Globalive derives from the TSA, valid commercial reasons may exist for Globalive to maintain the TSA for the foreseeable future. Consequently, it is likely that the TSA will continue to provide Orascom with an avenue for influence over Globalive, however such influence is not dominant and determining in and of itself. [Emphasis added.]

Entente de services techniques

84. Étant donné que Globalive tire de grands avantages de l’EST, le Conseil est d’avis que, dans l’avenir prévisible, Globalive conservera l’entente. Ainsi, le Conseil estime qu’Orascom continuera d’exercer une influence sur les décisions d’ordre opérationnel et stratégique liées au réseau de Globalive. [Non souligné dans l’original.]
- 13.** Compte tenu des importants avantages qu’elle tire de l’EST, Globalive pourrait avoir des raisons valables sur le plan commercial de conserver l’EST dans un avenir prévisible. Il est donc probable que l’EST continue de donner à Orascom un moyen d’influencer Globalive, mais non de façon dominante ou déterminante. [Non souligné dans l’original.]

WIND brand

89. However, the Commission finds that Globalive's adoption and use of a trademark belonging to an Orascom affiliate do provide Orascom (or its controlling shareholder) with influence over Globalive because Orascom has the power to limit how the brand can be used. [Emphasis added.]

14. The Trademark Agreement does not provide Orascom with a significant avenue for influence over Globalive. The term of and the termination rights set out in the agreement are not of concern. Furthermore, the terms and conditions of it do not allow Orascom to materially limit how the mark can be used. [Emphasis added.]

Marque de commerce WIND

89. Toutefois, le Conseil établit que Globalive, en adoptant et en utilisant une marque de commerce qui appartient à une affiliée d'Orascom, permet à Orascom (ou à son actionnaire majoritaire) d'exercer une influence sur elle parce qu'Orascom peut restreindre l'utilisation qui est faite de la marque de commerce en question. [Non souligné dans l'original.]

14. L'accord sur l'utilisation d'une marque de commerce ne permet pas à Orascom d'influencer Globalive de façon importante. La durée et les droits de résiliation stipulés dans l'accord ne sont pas préoccupants. De plus, les modalités de l'accord ne permettent pas à Orascom de restreindre de façon importante l'utilisation de la marque de commerce. [Non souligné dans l'original.]

Debt Financing

108. The magnitude of the debt provided by Orascom, the relative debt to equity financing, and the fact that the debt is concentrated in the hands of a single entity cause the Commission concern with the loans as a source of Orascom influence. The modifications to the covenants and terms of the loans do little to reduce this concern. [Emphasis added.]

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

Financement par emprunt

108. En raison de l'ampleur du prêt consenti par Orascom, du financement par emprunt par rapport au financement par actions et du fait que la créance est détenue par une seule entité, le Conseil craint que les prêts ne constituent une source d'influence pour Orascom. Les modifications apportées aux clauses restrictives et aux modalités des prêts ne contribuent guère à atténuer ces craintes. [Non souligné dans l'original.]

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

Conclusion

118. ... In other words, the Commission finds that Orascom has the ongoing ability to determine Globalive's strategic decision-making activities. [Emphasis added.]

22. ... In other words, Orascom does not have the ongoing ability to determine Globalive's strategic decision-making activities.... [Emphasis added.]

[59] Those two documents, the “Whereas[es]” and schedule, comprise the decision of the Governor in Council which is now under judicial review.

ISSUES

[60] I accept the succinct statement of issues as set out in the Attorney General’s memorandum:

1. Whether Public Mobile has standing, and whether it has an effective remedy under the *Telecommunications Act*, which it has not exhausted;
2. Whether the Governor in Council acted within the statutory mandate in varying the CRTC decision concerning Globalive.

[61] There will be subissues considered as well. I will begin with general comments as to judicial review and section 18.1 of the *Federal Courts Act*.

COURT’S SUPERVISORY FUNCTION—SECTION 18.1

[62] The general supervisory function of the courts over administrative powers exercised by government decision makers was considered by the Supreme Court of Canada in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190. All public authority exercises of decision-making powers must find their source in law, whether derived from the enabling statute or the pertinent common law, or civil law. This principle recognizes that even the Governor in Council must adhere to the rule of

Conclusion

118. [...] Autrement dit, le Conseil conclut qu’Orascom possède, en tout temps, le pouvoir de décider de l’orientation du processus décisionnel de Globalive sur les activités de l’entreprise. [Non souligné dans l’original.]

22. [...] Autrement dit, Orascom n’a pas le pouvoir [...] de décider de l’orientation du processus décisionnel de Globalive sur ses activités [...] [Non souligné dans l’original.]

[59] Ces deux documents, les « Attendu[s] » et l’annexe, forment la décision de la gouverneure en conseil faisant l’objet du présent contrôle judiciaire.

LES QUESTIONS EN LITIGE

[60] J’accepte la formulation succincte des questions en litige proposée dans le mémoire du procureur général :

1. Public Mobile a-t-elle qualité pour agir, et aurait-elle pu se prévaloir d’un autre recours, en vertu de la *Loi sur les télécommunications*, lequel recours n’a pas été épuisé?
2. La gouverneure en conseil a-t-elle outrepassé son mandat légal en modifiant la décision du Conseil concernant Globalive?

[61] Des sous-questions seront également examinées. Je commencerai par des observations générales sur le contrôle judiciaire et l’article 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*.

LA FONCTION DE SURVEILLANCE DE LA COUR — ARTICLE 18.1

[62] La Cour suprême du Canada, dans l’arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, a examiné la fonction de surveillance générale des tribunaux en ce qui a trait aux pouvoirs administratifs exercés par les décideurs. Tout exercice de pouvoir décisionnel par l’autorité publique doit procéder de la loi, et ce, qu’il découle de la loi habilitante ou bien des règles de common law ou de droit civil applicables. Ce principe prévoit que même le gouverneur en conseil doit

law and to the statutory enactments of Parliament. Bastarache and LeBel JJ. wrote at paragraphs 27 to 29 of *Dunsmuir*:

III. Issue 1: Review of the Adjudicator's Statutory Interpretation Determination

A. *Judicial Review*

As a matter of constitutional law, judicial review is intimately connected with the preservation of the rule of law. It is essentially that constitutional foundation which explains the purpose of judicial review and guides its function and operation. Judicial review seeks to address an underlying tension between the rule of law and the foundational democratic principle, which finds an expression in the initiatives of Parliament and legislatures to create various administrative bodies and endow them with broad powers. Courts, while exercising their constitutional functions of judicial review, must be sensitive not only to the need to uphold the rule of law, but also to the necessity of avoiding undue interference with the discharge of administrative functions in respect of the matters delegated to administrative bodies by Parliament and legislatures.

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

Administrative powers are exercised by decision makers according to statutory regimes that are themselves confined. A decision maker may not exercise authority not specifically assigned to him or her. By acting in the absence of legal authority, the decision maker transgresses the principle of the rule of law. Thus, when a reviewing court considers the scope of a decision-making power or the jurisdiction conferred by a statute, the standard of review analysis strives to determine what authority was intended to be given to the body in relation to the subject matter. This is done within the context of the courts' constitutional duty to ensure that public authorities do not overreach their lawful powers: *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220, at p. 234; also *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, at para. 21.

[63] Section 18.1 of the *Federal Courts Act* gives to the Federal Court the power of judicial review in respect of a decision of a federal board, commission or other

respecter la primauté du droit et les textes de loi édictés par le Parlement. Les juges Bastarache et LeBel ont écrit ce qui suit aux paragraphes 27 à 29 de l'arrêt *Dunsmuir* :

III. Premier volet : Contrôle de l'interprétation de la loi par l'arbitre

A. *Le contrôle judiciaire*

Sur le plan constitutionnel, le contrôle judiciaire est intimement lié au maintien de la primauté du droit. C'est essentiellement cette assise constitutionnelle qui explique sa raison d'être et oriente sa fonction et son application. Le contrôle judiciaire s'intéresse à la tension sous-jacente à la relation entre la primauté du droit et le principe démocratique fondamental, qui se traduit par la prise de mesures législatives pour créer divers organismes administratifs et les investir de larges pouvoirs. Lorsqu'elles s'acquittent de leurs fonctions constitutionnelles de contrôle judiciaire, les cours de justice doivent tenir compte de la nécessité non seulement de maintenir la primauté du droit, mais également d'éviter toute immixtion injustifiée dans l'exercice de fonctions administratives en certaines matières déterminées par le législateur.

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

Les décideurs administratifs exercent leurs pouvoirs dans le cadre de régimes législatifs qui sont eux-mêmes délimités. Ils ne peuvent exercer de pouvoirs qui ne leur sont pas expressément conférés. S'ils agissent sans autorisation légale, ils portent atteinte au principe de la primauté du droit. C'est pourquoi lorsque la cour de révision se penche sur l'étendue d'un pouvoir décisionnel ou de la compétence accordée par la loi, l'analyse relative à la norme de contrôle vise à déterminer quel pouvoir le législateur a voulu donner à l'organisme en la matière. Elle le fait dans le contexte de son obligation constitutionnelle de veiller à la légalité de l'action administrative : *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220, p. 234; également, *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, 2003 CSC 19, par. 21.

[63] L'article 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* confère à la Cour fédérale le pouvoir de contrôler les décisions des offices fédéraux et le pouvoir d'accorder

tribunal, and the power to grant relief where it has been determined that any one of a number of grounds as set out in subsection 18.1(4) have been established:

Application
for judicial
review

18.1 (1) An application for judicial review may be made by the Attorney General of Canada or by anyone directly affected by the matter in respect of which relief is sought.

...

Powers of
Federal
Court

(3) On an application for judicial review, the Federal Court may

(a) order a federal board, commission or other tribunal to do any act or thing it has unlawfully failed or refused to do or has unreasonably delayed in doing; or

(b) declare invalid or unlawful, or quash, set aside or set aside and refer back for determination in accordance with such directions as it considers to be appropriate, prohibit or restrain, a decision, order, act or proceeding of a federal board, commission or other tribunal.

Grounds
of review

(4) The Federal Court may grant relief under subsection (3) if it is satisfied that the federal board, commission or other tribunal

(a) acted without jurisdiction, acted beyond its jurisdiction or refused to exercise its jurisdiction;

(b) failed to observe a principle of natural justice, procedural fairness or other procedure that it was required by law to observe;

(c) erred in law in making a decision or an order, whether or not the error appears on the face of the record;

(d) based its decision or order on an erroneous finding of fact that it made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it;

(e) acted, or failed to act, by reason of fraud or perjured evidence; or

(f) acted in any other way that was contrary to law.

réparation s'il est estimé que l'un des motifs énoncés au paragraphe 18.1(4) a été établi :

18.1 (1) Une demande de contrôle judiciaire peut être présentée par le procureur général du Canada ou par quiconque est directement touché par l'objet de la demande.

[...]

Demande
de contrôle
judiciaire

(3) Sur présentation d'une demande de contrôle judiciaire, la Cour fédérale peut :

a) ordonner à l'office fédéral en cause d'accomplir tout acte qu'il a illégalement omis ou refusé d'accomplir ou dont il a retardé l'exécution de manière déraisonnable;

b) déclarer nul ou illégal, ou annuler, ou infirmer et renvoyer pour jugement conformément aux instructions qu'elle estime appropriées, ou prohiber ou encore restreindre toute décision, ordonnance, procédure ou tout autre acte de l'office fédéral.

Pouvoirs
de la Cour
fédérale

(4) Les mesures prévues au paragraphe (3) sont prises si la Cour fédérale est convaincue que l'office fédéral, selon le cas :

a) a agi sans compétence, outrepassé celle-ci ou refusé de l'exercer;

b) n'a pas observé un principe de justice naturelle ou d'équité procédurale ou toute autre procédure qu'il était légalement tenu de respecter;

c) a rendu une décision ou une ordonnance entachée d'une erreur de droit, que celle-ci soit manifeste ou non au vu du dossier;

d) a rendu une décision ou une ordonnance fondée sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il dispose;

e) a agi ou omis d'agir en raison d'une fraude ou de faux témoignages;

f) a agi de toute autre façon contraire à la loi.

Motifs

[64] The Supreme Court of Canada has recently considered the nature of judicial review under the provisions of section 18.1 in its unanimous decision in *Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.*, 2010 SCC 62, [2010] 3 S.C.R. 585. It wrote that judicial review is directed at the legality, reasonableness and fairness of the procedures employed and actions taken by government decision makers; “[i]t is designed to enforce the rule of law and adherence to the Constitution” (paragraph 24). It also wrote that the enactment of the *Federal Court Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10], as amended, was “designed to enhance government accountability as well as to promote access to justice” (paragraph 32).

[65] In the present case, this judicial review is to be undertaken with a view of determining accountability of government decision makers including the Governor in Council. The function of the courts is to enforce the rule of law, to determine whether there has been adherence to the Constitution with respect to the procedures employed and actions taken and to determine the legality, reasonableness and fairness of the decision made.

ISSUE 1: Whether Public Mobile has standing, and whether it has an effective remedy under the *Telecommunications Act* which it has not exhausted

(a) Standing

[66] Public Mobile, just as Globalive, was a successful bidder in the auction of radio frequency spectrum. It has received a licence from the Minister of Industry to offer wireless communication services in Canada using that spectrum. It was required by the CRTC to demonstrate that it was Canadian-owned and controlled.

[67] The remaining respondents, other than the Attorney General, have also been successful bidders and received licences. They were not required to demonstrate to the CRTC that they were Canadian-owned and controlled,

[64] La Cour suprême du Canada s’est récemment penchée sur la nature du contrôle judiciaire exercé suivant l’article 18.1 dans son arrêt *Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62, [2010] 3 R.C.S. 585, qui a été rendu à l’unanimité. Elle a affirmé que le contrôle judiciaire s’intéresse à la légalité, à la raisonnable et à l’équité du processus suivi et des mesures prises par l’administration publique et qu’« [i]l est conçu pour assurer la primauté du droit et le respect de la Constitution » (paragraphe 24). Elle a également écrit que l’édiction de la *Loi sur la Cour fédérale* [S.R.C. 1970 (2^e Supp.), ch. 10] et les modifications qui y ont été apportées « visaient à accroître la responsabilité de l’administration publique ainsi qu’à promouvoir l’accès à la justice » (paragraphe 32).

[65] En l’espèce, le contrôle judiciaire doit être mené afin d’établir la responsabilité de l’administration publique, notamment celle de la gouverneure en conseil. Le rôle de la Cour est de contrôler le respect de la primauté du droit, de déterminer si les procédures utilisées et les mesures prises respectaient la Constitution et si la décision rendue était légale, raisonnable et équitable.

LA PREMIÈRE QUESTION EN LITIGE : Public Mobile a-t-elle qualité pour agir, et aurait-elle pu se prévaloir d’un autre recours, en vertu de la *Loi sur les télécommunications*, lequel recours n’a pas été épuisé?

a) La qualité pour agir

[66] Public Mobile, comme Globalive, a été retenue comme soumissionnaire lors de la vente aux enchères du spectre de radiofréquences. Le ministre de l’Industrie a délivré à Public Mobile une licence lui permettant d’offrir des services de communication sans fil au Canada par utilisation du spectre. Le Conseil a exigé que Public Mobile lui montre qu’elle était la propriété de Canadiens et sous contrôle canadien.

[67] Les autres défenderesses — à l’exception du procureur général — ont également été retenues comme soumissionnaires et ont obtenu des licences lors de la vente aux enchères. Elles n’ont toutefois pas eu à montrer

presumably since they were already active in the Canadian marketplace.

[68] Only Globalive had experienced a change in its position. It was a successful bidder at the auction; it received a licence from the Minister of Industry. The CRTC determined that it could not operate in Canada, as it was not Canadian-owned and controlled. That decision was reversed by the Governor in Council.

[69] Much has been written as to who has standing to challenge a decision of a federal board or tribunal. I reviewed some of this jurisprudence recently in *Air Canada v. Toronto Port Authority*, 2010 FC 774, 371 F.T.R. 247, particularly at paragraphs 58 to 66, paying attention, among other cases, to the recent decision of the Federal Court of Appeal in *Irving Shipbuilding Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 116, [2010] 2 F.C.R. 488 and to *Ferring Inc. v. Canada (Minister of Health)*, 2007 FCA 276, 60 C.P.R. (4th) 273. I concluded at paragraph 65 of *Air Canada* that there was no simple formula whereby a person having a commercial interest can be said to have or to lack standing. The context of the situation and the basis for judicial review must be considered.

[70] I drew the attention of the parties at this hearing to the very recent decision of the Federal Court of Appeal in *League for Human Rights of B'nai Brith Canada v. Canada*, 2010 FCA 307, 93 Imm. L.R. (3d) 1, where Stratas J.A. for the Court considered both direct standing and public interest standing at paragraphs 57 to 59:

C. Analysis

(1) *Did the appellant have standing to bring the applications for judicial review?*

(a) *Direct standing*

The appellant submits that it has direct standing to bring the application for judicial review against the decisions of the

au Conseil qu'elles étaient la propriété de Canadiens et sous contrôle canadien, sans doute parce qu'elles offraient déjà des services sur le marché canadien.

[68] Seule la position de Globalive a été modifiée. Elle a été retenue comme soumissionnaire lors de la vente aux enchères, et le ministre de l'Industrie lui a délivré une licence. Le Conseil a conclu que Globalive ne pouvait pas offrir ses services au Canada parce qu'elle n'était pas la propriété de Canadiens ni sous contrôle canadien. Cette décision a été modifiée par la gouverneure en conseil.

[69] La question de savoir qui a qualité pour contester une décision d'un office fédéral a suscité de nombreux commentaires. J'ai récemment examiné certaines décisions sur ce sujet dans la décision *Air Canada c. Administration portuaire de Toronto*, 2010 CF 774, particulièrement aux paragraphes 58 à 66, et je me suis notamment penché sur les arrêts rendus par la Cour d'appel fédérale dans les affaires *Irving Shipbuilding Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 116, [2010] 2 R.C.F. 488 et *Ferring Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2007 CAF 276. J'ai conclu au paragraphe 65 de la décision *Air Canada* qu'il n'existait pas de formule simple permettant de conclure qu'une personne ayant un intérêt commercial peut être considérée comme ayant qualité pour agir. Il faut tenir compte du contexte de l'affaire et du fondement du contrôle judiciaire.

[70] Lors de l'audience, j'ai porté à l'attention des parties le très récent arrêt rendu par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Ligue des droits de la personne de B'nai Brith Canada c. Canada*, 2010 CAF 307, dans lequel le juge Stratas, au nom de la Cour d'appel fédérale, a examiné tant l'intérêt direct pour agir que la qualité pour agir dans l'intérêt public, aux paragraphes 57 à 59 :

C. Analyse

(1) *L'appelante avait-elle qualité pour présenter les demandes de contrôle judiciaire en question?*

a) *L'intérêt direct pour agir*

L'appelante invoque un intérêt direct pour solliciter le contrôle judiciaire des décisions du gouverneur en conseil,

Governor in Council because it is “directly affected” within the meaning of subsection 18.1(1) of the *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7. That subsection provides that those who are “directly affected” may bring an application for judicial review.

The appellant is not “directly affected.” In order for it to be “directly affected” by the decisions of the Governor in Council, the decisions must have affected its legal rights, imposed legal obligations upon it, or prejudicially affected it in some way: *Rothmans of Pall Mall Canada Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1976] 2 F.C. 500 (Fed. C.A.); *Irving Shipbuilding Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 116 (F.C.A.). There is no evidence before this Court suggesting that the appellant is affected in this way. I adopt the words of the motions judge (2008 FC 732 at paragraph 26):

Without doubt, the [appellant] and the family members it says it represents deeply care, and are genuinely concerned, about Mr. Odynsky’s citizenship revocation process and his past service as a perimeter guard of the Seidlung at the Poniatowa labour camp in German-occupied Poland. However, that interest does not mean that the legal rights of the applicant, or those it represents, are legally impacted or prejudiced by the decision not to revoke Mr. Odynsky’s citizenship. Rather, their interest exists in the sense of seeking to right a perceived wrong arising from, or to uphold a principle in respect of, the non-revocation of Mr. Odynsky’s citizenship.

(b) Public interest standing

In the alternative, the appellant submits that it has standing as a public interest litigant to challenge the decisions of the Governor in Council. It says that it meets the three fold test for public interest standing set out in the Supreme Court of Canada’s reasons for judgment in *Canadian Council of Churches v. R.*, [1992] 1 S.C.R. 236, namely, that:

- (a) a serious issue has been raised;
- (b) the party seeking public interest standing has a genuine or direct interest in the outcome of the litigation; and
- (c) there is no other reasonable and effective way to bring the issue before the Court.

[71] This discussion in *B’nai Brith* should not be taken to mean that the only persons who have standing to

faisant valoir qu’elle est « directement touchée » au sens du paragraphe 18.1(1) de la *Loi sur les cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F7. Aux termes de cette disposition, une demande de contrôle judiciaire peut être présentée par quiconque est « directement touché ».

Mais l’appelante n’est pas en fait « directement touchée ». Afin d’être « directement touchée » par les décisions du gouverneur en conseil, il faudrait que les décisions en question aient affecté ses droits, lui aient imposé en droit des obligations, ou lui aient porté préjudice : *Rothmans of Pall Mall Canada Ltd. c. Canada (M.R.N.)*, [1976] 2 C.F. 500 (C.A.); *Irving Shipbuilding Inc. c. Canada (P.G.)*, 2009 CAF 116. En l’espèce, aucune preuve ne donne à penser que l’appelante est ainsi touchée. Je fais miens les propos du juge des requêtes (2008 CF 732, au paragraphe 26) :

[TRADUCTION]

Il ne fait aucun doute que l’appelante et les familles qu’elle affirme représenter s’intéressent de très près à la procédure de révocation de la citoyenneté de M. Odynsky, et à ses effets de service en tant que garde affecté au périmètre de la Siedlung au camp de travail de Poniatowa en Pologne sous l’occupation nazie, et qu’elle s’en soucie au plus haut point. L’intérêt qu’elle porte à cette affaire ne signifie cependant pas que les droits de la demanderesse, ou de ceux qu’elle représente, ont été affectés ou atteints par la décision de ne pas révoquer la citoyenneté de M. Odynsky. Son intérêt vise, plutôt, à redresser le tort qui découle, selon elle, de la non-révocation de la citoyenneté de M. Odynsky, ou à défendre un principe.

b) Qualité pour agir dans l’intérêt public

L’appelante fait subsidiairement valoir qu’elle a, en tant que partie représentant l’intérêt public, qualité pour contester les décisions du gouverneur en conseil. Elle prétend répondre au triple critère de reconnaissance de la qualité pour agir dans l’intérêt public établi par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Conseil canadien des églises c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236. Voici ce critère :

- a) il y a une sérieuse question à juger;
- b) la partie qui demande qu’on lui reconnaisse la qualité pour agir dans l’intérêt public possède un intérêt véritable et direct quant à l’issue du litige;
- c) il n’y a aucun autre moyen raisonnable et efficace de soumettre la question à la Cour.

[71] Il ne faut pas interpréter l’analyse effectuée dans l’arrêt *B’nai Brith* comme voulant dire que les seules

challenge a decision are those whose own interests were immediately affected or those who find themselves representing a public interest within certain enumerated criteria. As Evans J.A. wrote in *Irving Shipbuilding*, above, the question of standing cannot be answered in the abstract. Standing must be considered in the context in which the review arises. He wrote at paragraphs 28, 32–33:

In my view, the question of the appellants' standing should be answered, not in the abstract, but in the context of the ground of review on which they rely, namely, breach of the duty of procedural fairness. Thus, if the appellants have a right to procedural fairness, they must also have the right to bring the matter to the Court in order to attempt to establish that the process by which the submarine contract was awarded to CSMG violated their procedural rights. If PWGSC owed the appellants a duty of fairness and awarded the contract to CSMG in breach of that duty, they would be "directly affected" by the impugned decision. If they do not have a right to procedural fairness, that should normally conclude the matter. While I do not find it necessary to conduct an independent standing analysis, I shall briefly address two issues that arose from the parties' submissions.

...

To attach the significance urged by the respondents to Parliament's choice of the words "directly affected", rather than any of the common law standing requirements ("person aggrieved" or "specially affected", for example) would, in my view, ignore the context and purpose of the statutory language of subsection 18.1(1). As the Supreme Court of Canada said recently in *Khosa* (at paragraph 19):

... most if not all judicial review statutes are drafted against the background of the common law of judicial review. Even the more comprehensive among them ... can only sensibly be interpreted in the common law context ...

Moreover, since all these terms are somewhat indeterminate, Parliament's choice of one rather than another should be regarded as of relatively little importance. See also Thomas A. Cromwell, *Locus Standi: A Commentary on the Law of Standing in Canada* (Toronto: Carswell, 1986) at 163–64 (*Locus Standi*), especially his apt description (at page 163) of the "semantic wasteland" to be traversed by a court in attempting to apply

personnes qui ont qualité pour contester une décision sont celles dont les intérêts sont directement touchés ou celles qui représentent l'intérêt public suivant un certain nombre de critères. Comme le juge Evans l'a écrit dans l'arrêt *Irving Shipbuilding*, précité, la question de la qualité pour agir ne peut pas être tranchée dans l'abstrait. La qualité pour agir doit être examinée en fonction du contexte entourant le contrôle judiciaire. Il a écrit ce qui suit aux paragraphes 28, 32 et 33 :

Selon moi, la question de la qualité pour agir des appelantes devrait être tranchée, non dans l'abstrait, mais dans le contexte du motif de contrôle sur lequel elles s'appuient, soit, le manquement à l'obligation d'équité procédurale. Ainsi, si les appelantes ont droit à l'équité procédurale, elles doivent également avoir le droit de soumettre la question à la Cour afin de tenter d'établir que le processus en vertu duquel le contrat pour le soutien des sous-marins a été attribué à CSMG viole leurs droits procéduraux. Si TPSGC avait une obligation d'équité envers les appelantes et qu'il avait attribué le contrat à CSMG en violation de cette obligation, les appelantes seraient « directement touchées » par la décision contestée. Si elles n'ont pas droit à l'équité procédurale, le débat devrait, en règle générale, être clos. À mon avis, il n'est pas nécessaire d'analyser distinctement la question, mais j'examinerai brièvement deux questions découlant des observations des parties.

[...]

En accordant l'importance défendue par les intimés aux mots « directement touché » choisis par le législateur plutôt que de s'appuyer sur l'une ou l'autre des exigences relatives à la qualité pour agir tirées de la common law (« personne lésée » ou « particulièrement touchée », par exemple) on ne tiendrait pas compte du contexte et de l'objectif du libellé du paragraphe 18.1(1) de la Loi. Comme l'a affirmé la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Khosa* (au paragraphe 19) :

[...] la plupart des dispositions législatives relatives au contrôle judiciaire, sinon toutes, sont rédigées comme s'inscrivant dans le contexte de la common law en matière de contrôle judiciaire. Même les lois les plus exhaustives [...] ne peuvent être interprétées sensément que dans le contexte de la common law [...]

De plus, puisque tous ces termes ne sont sensiblement pas définis, le choix du législateur doit être considéré comme ayant relativement peu d'importance. Voir également Thomas A. Cromwell, *Locus Standi: A Commentary on the Law of Standing in Canada* (Toronto : Carswell, 1986), aux pages 163 et 164 (*Locus Standi*), plus particulièrement sa très juste description (à la page 163) du [TRADUCTION] « vide sémantique » avec

the various “tests” for standing, both statutory and common law. Although directed at differences between the French and English texts of subsection 18.1(4) of the *Federal Courts Act*, the following statement in *Khosa* (at paragraph 39) seems equally apt in the interpretation of the words “directly affected” in subsection 18.1(1):

A blinkered focus on the textual variations might lead to an interpretation at odds with the modern rule [of statutory interpretation] because, standing alone, linguistic considerations ought not to elevate an argument about text above the relevant context, purpose and objectives of the legislative scheme....

[72] The approach of the courts as to the standing of those seeking judicial review should tend to be inclusive rather than exclusory. By way of analogy, the Supreme Court of Canada, recently wrote a unanimous decision in *Canada (Attorney General) v. McArthur*, 2010 SCC 63, [2010] 3 S.C.R. 626, saying at paragraphs 11 and 12, that one should not exaggerate the exclusive nature of section 18 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26] of the *Federal Courts Act*; a person should not be put through unnecessary and unproductive procedural hoops.

[73] Referring, for instance, to *Thorson v. Attorney General of Canada et al.*, [1975] 1 S.C.R. 138, one can understand the attitude of the Courts in exercising judicial discretion, particularly the majority decision at pages 161 and 162 where it allowed a member of the Canadian public (albeit a former president of the Exchequer Court) with no particular or unique interest, to challenge the constitutionality of certain federal legislation.

[74] One can even go much further back in history in referring to the Roman/Jewish historian Flavius Josephus in Book II of his dissertation *Against Apion* written toward the end of the first century of the Common Era, where he considered the writings of the Phoenecians, Chaldeans and Egyptians in respect of the laws of the Jewish nation and wrote at verse 28 (I refer to the latter portion):

lequel les tribunaux doivent composer pour appliquer les divers critères liés à la qualité pour agir, qu’il soient prévus par la loi ou tirés de la common law. Même s’il traite des différences entre les libellés anglais et français du paragraphe 18.1(4) de la *Loi sur les Cours fédérales*, l’extrait suivant de l’arrêt *Khosa* (au paragraphe 39) semble s’appliquer tout aussi bien à l’interprétation des mots « directement touché » du paragraphe 18.1(1) :

Une vision étroite des différences entre les deux textes risque de mener à une interprétation incompatible avec la règle moderne [d’interprétation des lois] parce que, isolément, les considérations linguistiques ne doivent pas élever un argument sur le texte au-dessus du contexte pertinent et de l’objet du régime législatif [...]

[72] Les tribunaux, dans leur approche à l’égard de la qualité pour agir des personnes sollicitant un contrôle judiciaire, devraient adopter une approche qui favorise l’inclusion plutôt que l’exclusion. Par analogie, la Cour suprême a récemment rendu un arrêt unanime dans l’affaire *Canada (Procureur général) c. McArthur*, 2010 CSC 63, [2010] 3 R.C.S. 626, dans lequel elle a affirmé aux paragraphes 11 et 12 qu’il ne fallait pas exagérer la portée de la compétence exclusive accordée par l’article 18 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26] de la *Loi sur les Cours fédérales* : une personne ne devrait pas avoir à franchir des étapes procédurales inutiles et improductive.

[73] Si l’on se penche, par exemple, sur l’arrêt *Thorson c. Procureur général du Canada et autres*, [1975] 1 R.C.S. 138, on peut comprendre l’attitude des tribunaux dans l’exercice de leur pouvoir discrétionnaire, particulièrement aux pages 161 et 162, où la Cour suprême du Canada a permis à un particulier canadien (quoiqu’il s’agit d’un ancien président de la Cour de l’échiquier) n’ayant aucun intérêt propre ou unique de contester la constitutionnalité d’une loi fédérale donnée.

[74] On peut même remonter beaucoup plus loin dans le temps et renvoyer au Livre II de la dissertation *Contre Apion* écrite par Flavius Josephus, historien romain et juif, vers la fin du premier siècle de l’ère chrétienne et dans lequel il a examiné les écrits des Phéniciens, des Chaldéens et des Égyptiens sur les lois de la nation juive. Le verset 28 se lit comme suit (voir la seconde phrase) :

If any judge takes bribes, his punishment is death: he that overlooks one that offers him a petition, and this when he is able to relieve him, is a guilty person.

[75] It all comes to the same thing. If there is merit to the issue raised, the Court should be lenient in permitting standing.

[76] In the present case, Public Mobile, Globalive and the other corporate respondents, were all in the same commercial situation. They all bid at the spectrum auction. All were successful. All got licences. The CRTC said that one of them, Globalive, was not eligible, particularly on the CRTC's view of foreign control and the debt structure of Globalive. The Governor in Council reversed that decision saying that the reversal was applicable only in this instance.

[77] Public Mobile was involved in the whole process. It made submissions to the Governor in Council. The impact was clearly stated by Mr. Alek Krstajic, chief executive officer of Public Mobile in his cross-examination in these proceedings conducted April 6, 2010, where he said in answer to questions 181 and 182, notwithstanding the objection of his own Counsel:

BY MR. HUBBARD:

181. Q. Sir, you would agree with me that Public Mobile has no direct interest in this Governor in Council decision?

MR. LASKIN: That's....

MR. HUBBARD: What's the basis for the refusal, Counsel?

MR. LASKIN: He started answering, so I'll let it go.

THE DEPONENT: Let me answer this. Yes, we do have a direct interest in this. If the order in council had said we've changed the laws and anybody who is a new entrant like Globalive, can have the same kind of structure as Globalive

Si un juge reçoit des présents, il est puni de mort. L'indifférence envers un suppliant qu'on pourrait secourir engage la responsabilité.

[75] Toute ces sources ne mènent qu'à une seule conclusion : si la question soulevée est d'une quelconque façon valable, la Cour devrait se montrer indulgente dans sa décision d'accorder la qualité pour agir.

[76] En l'espèce, Public Mobile, Globalive et les autres sociétés demandresses se trouvaient toutes dans la même situation sur le plan commercial. Elles ont toutes participé à la vente aux enchères du spectre. Elles ont toutes été retenues. Elles ont toutes obtenu des licences. Le Conseil a décidé que l'une d'elles, Globalive, n'y avait pas droit notamment en raison de la structure de son financement et parce qu'elle était, selon le Conseil, contrôlée par des étrangers. La gouverneure en conseil a modifié cette décision et a affirmé que son décret ne visait que Globalive.

[77] Public Mobile a participé à l'ensemble du processus. Elle a présenté des observations à la gouverneure en conseil. Les conséquences du décret de cette dernière ont été clairement exposées par M. Alek Krstajic, président-directeur général de Public Mobile, lors de son contre-interrogatoire dans la présente affaire, mené le 6 avril 2010, alors qu'il répondait aux questions 181 et 182, et ce, malgré l'objection soulevée par son propre avocat :

[TRADUCTION]

M. HUBBARD :

181. Q. Monsieur, seriez-vous d'accord avec moi pour affirmer que Public Mobile n'a aucun intérêt direct dans le décret de la gouverneure générale?

M. LASKIN : C'est [...]

M. HUBBARD : Pourquoi vous opposez-vous maître?

M. LASKIN : Il a commencé à répondre, je le laisserai donc faire.

LE TÉMOIN : Laissez-moi répondre à cette question. Nous avons bel et bien un intérêt direct dans la présente affaire. Si le décret avait changé le droit et que n'importe quelle nouvelle société étrangère, comme Globalive, pourrait avoir la

and can get foreign capital, I can tell you right now, this application would not have been brought forward, full stop. But the fact that they tried to say...this isn't in a change in the law, so look the other way, this thing isn't really a change in the law, and it only applies to Globalive, made it a direct impact on me because it directly impacts my ability to get more money and grow. And they're not having a level playing field, they're allowing Globalive to have access to foreign capital that I don't have. So, is that a direct impact on me? Let's go back to your economics lesson on what allows a company to grow. It's not just something as simple as market share. How do you get more markets? You get more capital that allows you to build very expensive networks and open more markets and therefore get more revenue. So, does it directly impact me when one competitor can have foreign capital and another can't? Yes, yes, it directly impacts me.

[78] Counsel for the Attorney General argued that the applicant did not “plead” the nature of the standing which it claimed in order to secure judicial relief. This is an application, not an action. The requirements under the *Federal Courts Rules* [SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)] for “pleading” are vague or even non-existent. I reviewed this situation in my decision in *Air Canada*, above, at paragraphs 77 to 85. Even if there were requirements for pleadings, to “plead” standing in the notice of application would be to anticipate a defence. There is no requirement to plead in anticipation of a defence. In the present application, the respondents provided no “pleading” of any kind. At the hearing, the parties were well aware of the arguments raised as to standing. Nobody was taken by surprise. Each party argued the matter fully. I reject any argument as to lack of “pleading”.

[79] I find that Public Mobile has sufficient interest in the matters at issue so as to be a person entitled to seek judicial review in these proceedings.

même structure que Globalive et aurait le droit d'obtenir du financement étranger, je peux vous garantir que la présente demande n'aurait jamais été présentée, point à la ligne. Mais le fait que la gouverneure en conseil ait essayé de dire [...] qu'il ne s'agissait pas d'une modification du droit, qu'il faut fermer les yeux parce que le droit n'a pas été modifié, et que le décret ne s'applique qu'à Globalive, cela me touche directement parce que cela nuit à ma capacité d'obtenir du financement et ainsi de croître. Et cela cause une inégalité des chances parce que la gouverneure en conseil permet à Globalive d'avoir accès à du financement étranger auquel je n'ai pas accès. Par conséquent, ne croyez-vous pas que ce décret me touche directement? Souvenons-nous de nos leçons d'économie quant aux éléments qui permettent à une société de croître. La part de marché n'explique pas tout. Comment augmente-t-on la part de marché d'une société? Vous obtenez davantage de capital qui vous permet de mettre en place des réseaux très dispendieux et d'ouvrir de nouveaux marchés, ce qui apporte davantage de revenus. Par conséquent, suis-je directement touché par le fait qu'un compétiteur peut obtenir du capital étranger et qu'un autre ne le peut pas? Oui, tout à fait, cela me touche directement.

[78] L'avocat du procureur général a avancé que la demanderesse n'avait pas « plaidé » la nature de la qualité pour agir qu'elle alléguait afin d'obtenir réparation par la Cour. Il s'agit d'une demande et non d'une action. Les exigences imposées par les *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)], à savoir que le demandeur « plaide » sont vagues ou même inexistantes. J'ai examiné la présente question dans la décision *Air Canada*, précitée, aux paragraphes 77 à 85. Même s'il existait des exigences selon lesquelles le demandeur doit plaider, le fait de « plaider » la qualité pour agir dans l'avis de demande équivaldrait à anticiper une défense. Il n'existe aucune exigence selon laquelle le demandeur doit plaider en prévision d'une défense. En l'espèce, les défendeurs n'ont aucunement « plaidé ». Lors de l'audience, les parties étaient parfaitement au courant des allégations soulevées à l'égard de la qualité pour agir. Personne n'a été pris par surprise. Les parties ont débattu à fond de cette question. Je rejette tout argument selon lequel le demandeur n'a pas « plaidé » la qualité pour agir.

[79] Je conclus que Public Mobile a un intérêt suffisant en l'espèce et qu'elle avait donc le droit de solliciter le présent contrôle judiciaire.

(b) Alternative Remedy

[80] The Attorney General's counsel argued that Public Mobile should not be allowed standing because it has an effective alternative remedy. This point was not vigorously pursued at the hearing. The argument is not based on any provision in the *Telecommunications Act* or other relevant statute; rather, it relies on a suggestion that certain legal tactics may be pursued by Public Mobile that may result in providing it with some relief that it may see as favourable. I repeat those tactics as suggested in the factum of the Attorney General at paragraph 66:

The only means by which Public Mobile can achieve legal certainty for its expressed concern is for the company to request a Canadian ownership and control review by the CRTC on the facts of its situation. If Public Mobile raises more foreign capital, and, as a result, the CRTC can no longer conclude that Public Mobile is not controlled in fact by a non-Canadian, Public Mobile can either ask the CRTC to reconsider its decision under section 62 of the Act, petition the Governor in Council to vary the decision under section 12, or appeal to the Federal Court of Appeal.

[81] The Attorney General cited the decision of the Federal Court of Appeal in *C.B. Powell Limited v. Canada (Border Services Agency)*, 2010 FCA 61, [2011] 2 F.C.R. 332, for the proposition that a party can proceed to the court system only after all adequate remedial resources in the administrative process have been exhausted.

[82] I agree that where the applicable statute or regulations provide for appeals, reviews and other such remedies in respect of decisions, it is appropriate that such avenues be exhausted before recourse to the courts. This does not mean that an opposing party who can offer legal strategies that may or may not work can, by suggesting such strategies, frustrate access to the courts. That is all that the Attorney General in paragraph 66, above, is suggesting.

[83] In the present situation, access to the court system is appropriate.

b) L'autre recours

[80] L'avocat du procureur général a plaidé que Public Mobile ne devrait pas avoir qualité pour agir parce qu'elle dispose d'un autre recours approprié. Le présent point n'a pas été débattu énergiquement lors de l'audience. L'argument ne trouve son fondement ni dans la *Loi sur les télécommunications* ni dans aucune autre loi pertinente; il est plutôt fondé sur la prétention que Public Mobile pourrait avoir recours à certaines stratégies juridiques qui pourraient lui apporter une réparation quelconque qu'elle pourrait considérer comme étant satisfaisante. Je cite le paragraphe 66 du mémoire du procureur général qui expose ces stratégies :

[TRADUCTION] La seule façon dont Public Mobile peut obtenir une certitude en droit quant aux préoccupations soulevées consiste à présenter au Conseil une demande d'examen de propriété et de contrôle canadiens en fonction des faits qui lui sont propres. Si Public Mobile obtient davantage de capital étranger et que le Conseil ne peut plus conclure que Public Mobile n'est pas contrôlée de fait par un non-Canadien, elle peut lui demander de réviser sa décision en vertu de l'article 62 de la Loi, demander au gouverneur général de modifier la décision en vertu de l'article 12 ou interjeter appel à la Cour d'appel fédérale.

[81] Le procureur général a invoqué l'arrêt rendu par la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *C.B. Powell Limited c. Canada (Agence des services frontaliers)*, 2010 CAF 61, [2011] 2 R.C.F. 332, pour affirmer qu'une partie ne peut s'adresser aux tribunaux qu'après avoir épuisé toutes les voies de recours utiles qui lui sont ouvertes en vertu du processus administratif.

[82] Je suis d'accord : si la loi ou le règlement applicable prévoit un droit d'appel ou de révision ou bien d'autres voies de recours semblables à l'égard d'une décision, il convient de les épuiser avant de saisir les tribunaux de l'affaire. Cela ne veut pas dire qu'une partie adverse qui propose des stratégies juridiques dont l'issue est incertaine empêche l'accès aux tribunaux en les proposant. C'est tout ce que le procureur général propose dans le paragraphe 66 cité cidessus.

[83] En l'espèce, l'accès aux tribunaux est approprié.

ISSUE 2: Whether the Governor in Council acted within its statutory mandate in varying the CRTC decision concerning Globalive

LA SECONDE QUESTION EN LITIGE : La gouverneure en conseil a-t-elle outrepassé son mandat légal en modifiant la décision du Conseil concernant Globalive?

(a) The Telecommunications Act

[84] It is common ground that the *Telecommunications Act*, S.C. 1993, c. 38 is the relevant statute under which both the CRTC and the Governor in Council made their decisions. Sections 4 and 5 [as am. by S.C. 2004, c. 25, s. 175] of that Act provide any person, other than a broadcasting undertaking, who operates any transmission facility of a Canadian carrier, is subject to the Act. Each of these terms is a defined term and, for purposes of these reasons, it can be accepted that each of Public Mobile, Globalive and the corporate respondents is a person who is subject to the Act.

[85] Section 7 of the Act sets out the objectives of Canadian telecommunications policy. It says:

Objectives

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

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

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

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

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

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

a) La Loi sur les télécommunications

[84] Tous conviennent que la *Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, ch. 38, est la loi pertinente et que tant le Conseil que la gouverneure en conseil ont rendu leur décision en vertu de cette loi. Les articles 4 et 5 [mod. par L.C. 2004, ch. 25, art. 175] de la Loi disposent que quiconque, hormis les entreprises de radiodiffusions, gère ou exploite une installation de transmission d'une entreprise canadienne est assujéti à la Loi. Chacun de ces termes est défini et, aux fins des présents motifs, on peut accepter que Public Mobile, Globalive et les sociétés défenderesses sont des personnes assujétiées à la Loi.

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

Politique

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[86] Sections 8, 10 and 11 of the Act permit the Governor in Council, by order, to issue directions to the CRTC on broad policy matters with respect to Canadian telecommunications policy objectives. No such order has been issued in this case.

[87] Subsection 12(1) of the Act permits the Governor in Council, on its own motion or on petition from another, by order, to vary or rescind or send back to the CRTC any CRTC decision. Subsection 12(8) requires reasons to be given. Section 13 requires consultation with the provincial government:

Variation,
rescission or
referral

12. (1) Within one year after a decision by the Commission, the Governor in Council may, on petition in writing presented to the Governor in Council within ninety days after the decision, or on the Governor in Council's own motion, by order, vary or rescind the decision or refer it back to the Commission for reconsideration of all or a portion of it.

...

Reasons

(8) In an order made under subsection (1) or (7), the Governor in Council shall set out the reasons for making the order.

Provincial
consultation

13. The Minister, before making a recommendation to the Governor in Council for the purposes of any order under section 8 or 12, or before making any order under section 15, shall

[86] Les articles 8, 10 et 11 de la Loi permettent au gouverneur en conseil, par décret, de donner au Conseil des instructions d'application générale relativement à la politique canadienne en matière de télécommunication. Aucun décret de ce type n'a été pris en l'espèce.

[87] Le paragraphe 12(1) de la Loi prévoit que le gouverneur en conseil peut, par décret, soit de sa propre initiative, soit sur demande écrite, modifier ou annuler la décision du Conseil ou la lui renvoyer. Le paragraphe 12(8) exige que des motifs soient énoncés. L'article 13 prévoit que les gouvernements des provinces peuvent consulter le gouverneur en conseil :

12. (1) Dans l'année qui suit la prise d'une décision par le Conseil, le gouverneur en conseil peut, par décret, soit de sa propre initiative, soit sur demande écrite présentée dans les quatre-vingt-dix jours de cette prise, modifier ou annuler la décision ou la renvoyer au Conseil pour réexamen de tout ou partie de celle-ci et nouvelle audience.

[...]

Modification,
annulation ou
réexamen

Motifs

(8) Le gouverneur en conseil énonce, dans un décret qu'il prend en vertu du paragraphe (1) ou (7), les motifs de celui-ci.

Consultation

13. Le ministre, avant de présenter sa recommandation au gouverneur en conseil sur la prise d'un décret en vertu des articles 8 ou 12 ou avant de prendre un arrêté en vertu de l'article

notify a minister designated by the government of each province of the Minister's intention to make the recommendation or the order and shall provide an opportunity for each of them to consult with the Minister.

15, avise le ministre désigné par le gouvernement de chaque province de son intention de présenter la recommandation ou de prendre l'arrêté et lui donne la possibilité de le consulter.

[88] Section 72.15 [as enacted by S.C. 2005, c. 50, s. 2] exempts from a review by the Governor in Council decisions of the CRTC as to violation of its orders and imposition of a penalty. This is not relevant here.

[88] Suivant l'article 72.15 [édicte par L.C. 2005, ch. 50, art. 2], les décisions du Conseil en ce qui a trait à la violation de ses ordonnances et à l'imposition d'une pénalité ne peuvent pas faire l'objet d'une révision par le gouverneur en conseil. Cette disposition n'est pas pertinente en l'espèce.

[89] Subsection 16(1) [as am. by S.C. 2010, c. 12, s. 2184] of the Act provides that a Canadian carrier is eligible to operate as a telecommunications common carrier if it is a Canadian-owned and controlled corporation incorporated under Canadian or provincial laws:

[89] Le paragraphe 16(1) [mod. par L.C. 2010, ch. 12, art. 2184] de la Loi dispose qu'une entreprise de télécommunication est admissible à opérer en tant qu'entreprise canadienne si elle est une personne morale constituée sous le régime des lois fédérales ou provinciales et est la propriété de Canadiens et sous contrôle canadien :

Eligibility

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

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

Admissibilité

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

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

(b) it owns or operates only a transmission facility that is referred to in subsection (5).

b) soit n'est propriétaire ou exploitante que d'une installation de transmission visée au paragraphe (5).

[90] Subsection 16(3) of the Act which is pertinent here, defines what is Canadian-owned and controlled for the purposes of subsection 16(1):

[90] Le paragraphe 16(3) de la Loi, qui est pertinent en l'espèce, définit ce qu'on entend par propriété de Canadiens et sous contrôle canadien aux fins du paragraphe 16(1) :

16. ...

16. [...]

Canadian ownership and control

(3) For the purposes of subsection (1), a corporation is Canadian-owned and controlled if

(3) Pour l'application du paragraphe (1), est la propriété de Canadiens et est contrôlée par ceux-ci la personne morale :

Contrôle et propriété canadiens

(a) not less than eighty per cent of the members of the board of directors of the corporation are individual Canadians;

a) dont au moins quatre-vingts pour cent des administrateurs sont des Canadiens;

(b) Canadians beneficially own, directly or indirectly, in the aggregate and otherwise than by way of security only, not less than eighty

b) dont au moins quatre-vingts pour cent des actions avec droit de vote émises et en circulation sont la propriété effective, directe ou

per cent of the corporation's voting shares issued and outstanding; and

(c) the corporation is not otherwise controlled by persons that are not Canadians.

[91] It is agreed that the "legal control" requirements of paragraphs 16(3)(a) and (b) have been met by Globalive. The CRTC and Governor in Council decisions differed as to whether the "control in fact" provision of paragraph 16(3)(c) had been met.

[92] Section 47 of the Act provides that the CRTC shall exercise its powers with a view to implementing Canadian telecommunications policy objectives:

Commission
subject to
orders and
standards

47. The Commission shall exercise its powers and perform its duties under this Act and any special Act

(a) with a view to implementing the Canadian telecommunications policy objectives and ensuring that Canadian carriers provide telecommunications services and charge rates in accordance with section 27; and

(b) in accordance with any orders made by the Governor in Council under section 8 or any standards prescribed by the Minister under section 15.

[93] Section 52 of the Act is directed at findings of fact by the CRTC. Subsection 52(1) provides that the CRTC's determination on a question of fact is binding and conclusive:

Questions
of law
and fact

52. (1) The Commission may, in exercising its powers and performing its duties under this Act or any special Act, determine any question of law or of fact, and its determination on a question of fact is binding and conclusive.

indirecte, de Canadiens, à l'exception de celles qui sont détenues à titre de sûreté uniquement;

c) qui n'est pas par ailleurs contrôlée par des non-Canadiens.

[91] Tous conviennent que Globalive satisfait aux exigences liées au « contrôle de droit » établies par les alinéas 16(3)a) et b). Dans leur décision, le Conseil et la gouverneure en conseil n'étaient pas du même avis quant à savoir si la disposition concernant le « contrôle de fait », soit l'alinéa 16(3)c), avait été respectée.

[92] L'article 47 de la Loi dispose que le Conseil doit exercer ses pouvoirs de façon à réaliser les objectifs de la politique canadienne en matière de télécommunication :

47. Le Conseil doit, en se conformant aux décrets que lui adresse le gouverneur en conseil au titre de l'article 8 ou aux normes prescrites par arrêté du ministre au titre de l'article 15, exercer les pouvoirs et fonctions que lui confèrent la présente loi et toute loi spéciale de manière à réaliser les objectifs de la politique canadienne de télécommunication et à assurer la conformité des services et tarifs des entreprises canadiennes avec les dispositions de l'article 27.

Conseil
soumis aux
normes et
décrets

[93] L'article 52 de la Loi porte sur les conclusions de fait tirées par le Conseil. Le paragraphe 52(1) dispose que les décisions sur les questions de fait sont obligatoires et définitives :

52. (1) Le Conseil connaît, dans l'exercice des pouvoirs et fonctions qui lui sont conférés au titre de la présente loi ou d'une loi spéciale, aussi bien des questions de droit que des questions de fait; ses décisions sur ces dernières sont obligatoires et définitives.

Question
de droit ou
de fait

Factual findings of court	(2) In determining a question of fact, the Commission is not bound by the finding or judgment of any court, but the finding or judgment of a court is admissible in proceedings of the Commission.	(2) Dans les décisions qu'il rend sur des questions de fait, le Conseil n'est pas lié par les conclusions ou jugements des tribunaux, lesquels sont cependant admissibles devant lui.	Jugements d'autres tribunaux
Pending proceedings	(3) The power of the Commission to hear and determine a question of fact is not affected by proceedings pending before any court in which the question is in issue.	(3) Le Conseil peut juger les questions de fait dont connaît déjà un tribunal.	Litispendance
[94] Sections 60 through 63 of the Act deal with decisions of the CRTC. Subsection 64(1) [as am. by S.C. 1999, c. 31, s. 206(F)] provides for an appeal to the Federal Court of Appeal on any question of law or of jurisdiction:		[94] Les articles 60 à 63 de la Loi portent sur les décisions du Conseil. Le paragraphe 64(1) [mod. par L.C. 1999, ch. 31, art. 206(F)] prévoit qu'il est possible d'interjeter appel devant la Cour d'appel fédérale sur des questions de droit ou de compétence :	
Appeal to Federal Court of Appeal	64. (1) An appeal from a decision of the Commission on any question of law or of jurisdiction may be brought in the Federal Court of Appeal with the leave of that Court.	64. (1) Avec son autorisation, il peut être interjeté appel devant la Cour d'appel fédérale, sur des questions de droit ou de compétence, des décisions du Conseil.	Droit d'appel
[95] The constant theme of the Act is adherence to Canadian telecommunications policy objectives. Those objectives are set out in section 7 of the Act. The opening paragraph of section 7 emphasizes that telecommunications plays an <i>essential</i> role in the maintenance of <i>Canada's identity and sovereignty</i> .		[95] Le respect des objectifs de la politique canadienne en matière de télécommunication constitue un thème récurrent dans la Loi. Ces objectifs sont établis à l'article 7 de la Loi. Le passage introductif de l'article 7 souligne que les télécommunications jouent un rôle <u>essentiel</u> pour <u>l'identité et la souveraineté du Canada</u> .	
(b) <u>Findings of Fact</u>		b) <u>Les conclusions de fait</u>	
[96] Subsection 52(1) of the <i>Telecommunications Act</i> as reproduced above, provides that a determination by the CRTC on a question of fact is binding and conclusive.		[96] Le paragraphe 52(1) de la <i>Loi sur les télécommunications</i> , qui est cité ci-dessus, prévoit que les décisions du Conseil sur les questions de fait sont obligatoires et définitives.	
[97] Counsel for Globalive traced this provision back to section 59 of the <i>National Transportation Act</i> , R.S.C., 1985, c. N-20 and right back to <i>The Railway Act</i> , 1903, S.C. 1903, c. 58, section 42, which provided that findings of fact were binding "on all courts". Thus, Globalive argued, subsection 52(1) must be read contextually so that the CRTC's findings of fact are binding on courts but not on the Governor in Council.		[97] L'avocat de Globalive a retracé l'origine du paragraphe 52(1) à l'article 59 de la <i>Loi sur les transports nationaux</i> , L.R.C. (1985), ch. N-20, puis à l'article 42 de l' <i>Acte des chemins de fer</i> , 1903, S.C. 1903, ch. 58, qui disposait que les conclusions de fait liaient « tous les tribunaux ». Globalive a plaidé que le paragraphe 52(1) devait être interprété dans son contexte et que, par conséquent, les conclusions de fait tirées par le Conseil liaient les tribunaux, mais non le gouverneur en conseil.	
[98] On the other hand, Public Mobile's counsel argues that subsection 52(1) is to be read without restriction and		[98] Par ailleurs, l'avocat de Public Mobile soutient qu'il faut interpréter le paragraphe 52(1) sans restriction	

applies equally to any body dealing with the CRTC's decisions, including the Governor in Council. They argue that *The Railway Act*, 1903 should not reach "beyond the grave" so as to constrain the modern *Telecommunications Act*.

[99] To determine whether the question as to the reach of subsection 52(1) of the Act applies to the Governor in Council's decision, the Court must first consider whether the Governor in Council disturbed a "finding of fact" by the CRTC.

[100] The Supreme Court of Canada provided useful guidance on this issue in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235. The majority decision written by Iacobucci and Major J.J. noted the important distinction between findings of fact and conclusions drawn from those findings, which conclusions are sometimes, somewhat carelessly, also called findings of fact. If a court finds that a person committed acts A and B and failed to commit act C, these are findings of fact. If the Court then concludes that as a result, the person was negligent, that is a conclusion drawn from the findings of fact. The result is termed a question of mixed fact and law. The majority wrote at paragraph 26:

D. *Standard of Review for Questions of Mixed Fact and Law*

At the outset, it is important to distinguish questions of mixed fact and law from factual findings (whether direct findings or inferences). Questions of mixed fact and law involve applying a legal standard to a set of facts: *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at para. 35. On the other hand, factual findings or inferences require making a conclusion of fact based on a set of facts. Both mixed fact and law and fact findings often involve drawing inferences; the difference lies in whether the inference drawn is legal or factual. Because of this similarity, the two types of questions are sometimes confounded. This confusion was pointed out by A. L. Goodhart in "Appeals on Questions of Fact" (1955), 71 *L.Q.R.* 402, at p. 405:

et que ce paragraphe s'applique de la même façon à toute entité appelée à se pencher sur les décisions du Conseil, y compris le gouverneur en conseil. Il allègue qu'il ne faut pas [TRADUCTION] « donner une seconde vie » à l'*Acte des chemins de fer*, 1903 de façon à restreindre la portée de la *Loi sur les télécommunications* en vigueur actuellement.

[99] Pour déterminer si le paragraphe 52(1) de la *Loi sur les télécommunications* s'applique au décret de la gouverneure en conseil, la Cour doit établir si la gouverneure en conseil a modifié une « conclusion de fait » du Conseil.

[100] La Cour suprême du Canada a fourni des conseils utiles à cet égard dans l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235. Les motifs de la majorité, qui ont été rédigés par les juges Iacobucci et Major, ont révélé l'importante distinction qu'il faut faire entre les conclusions de fait et les inférences découlant de ces conclusions, lesquelles inférences sont parfois aussi appelées, quelque peu maladroitement, conclusions de fait. Si un tribunal conclut qu'une personne a commis les actes A et B, mais pas l'acte C, il s'agit de conclusions de fait. Si la Cour infère par la suite qu'il ressort de ces conclusions de fait que la personne a été négligente, il s'agit d'une inférence tirée sur le fondement de ces conclusions. C'est ce qui est appelé question mixte de fait et de droit. La majorité a écrit ce qui suit au paragraphe 26 :

D. *La norme de contrôle applicable aux questions mixtes de fait et de droit*

D'entrée de jeu, il importe de distinguer les questions mixtes de fait et de droit des conclusions factuelles (qu'il s'agisse de conclusions directes ou d'inférences). Les questions mixtes de fait et de droit supposent l'application d'une norme juridique à un ensemble de faits : *Canada (Directeur des enquêtes et des recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, par. 35. Par contre, les conclusions ou les inférences de fait exigent que soit tirée une conclusion factuelle d'un ensemble de faits. Tant les questions mixtes de fait et de droit que les questions de fait exigent souvent du tribunal qu'il tire des inférences; la différence réside dans le caractère — juridique ou factuel — de ces inférences. En raison de cette similitude, on confond parfois les deux catégories de questions. Cette confusion a été soulignée par A. L. Goodhart dans « Appeals on Questions of Fact » (1955), 71 *L.Q.R.* 402, p. 405 :

The distinction between [the perception of facts and the evaluation of facts] tends to be obfuscated because we use such a phrase as “the judge found as a fact that the defendant had been negligent,” when what we mean to say is that “the judge found as a fact that the defendant had done acts A and B, and as a matter of opinion he reached the conclusion that it was not reasonable for the defendant to have acted in that way.”

In the case at bar, there are examples of both types of questions. The issue of whether the municipality ought to have known of the hazard in the road involves weighing the underlying facts and making factual findings as to the knowledge of the municipality. It also involves applying a legal standard, which in this case is provided by s. 192(3) of the *Rural Municipality Act, 1989*, S.S. 1989-90, c. R-26.1, to these factual findings. Similarly, the finding of negligence involves weighing the underlying facts, making factual conclusions therefrom, and drawing an inference as to whether or not the municipality failed to exercise the legal standard of reasonable care and therefore was negligent.

[101] Once it is determined that a finding is one of mixed fact and law, the court must consider whether the alleged error is purely one of law that is subject to review on the correctness standard. The majority in *Housen* wrote at paragraph 27:

Once it has been determined that a matter being reviewed involves the application of a legal standard to a set of facts, and is thus a question of mixed fact and law, then the appropriate standard of review must be determined and applied. Given the different standards of review applicable to questions of law and questions of fact, it is often difficult to determine what the applicable standard of review is. In *Southam, supra*, at para. 39, this Court illustrated how an error on a question of mixed fact and law can amount to a pure error of law subject to the correctness standard:

... if a decision-maker says that the correct test requires him or her to consider A, B, C, and D, but in fact the decision-maker considers only A, B, and C, then the outcome is as if he or she had applied a law that required consideration of only A, B, and C. If the correct test requires him or her to consider D as well, then the decision-maker has in effect applied the wrong law, and so has made an error of law.

Therefore, what appears to be a question of mixed fact and law, upon further reflection, can actually be an error of pure law.

[TRADUCTION] La distinction entre [la perception des faits et l’appréciation de ceux-ci] a tendance à être embrouillée parce que nous utilisons la formule « le juge a conclu au fait que le défendeur avait été négligent », alors que ce que nous voulons dire, c’est que « le juge a constaté le fait que le défendeur a commis les actes A et B et, suivant son opinion, il a conclu qu’il n’était pas raisonnable pour ce dernier d’avoir agi ainsi ».

L’affaire qui nous occupe présente des exemples des deux catégories de questions. Pour répondre à la question de savoir si la municipalité aurait dû connaître le danger présenté par le chemin, il faut apprécier les faits à l’origine de l’affaire et tirer des conclusions factuelles relativement à la connaissance de la municipalité. Il faut appliquer à ces conclusions factuelles une norme juridique qui, en l’occurrence, est énoncée au par. 192(3) de la *Rural Municipality Act, 1989*, S.S. 1989-90, ch. R-26.1. De même, pour pouvoir conclure à la négligence, il faut apprécier les faits essentiels, en tirer des conclusions factuelles puis en dégager une inférence, c’est-à-dire se demander si la municipalité a oui ou non omis de respecter la norme de diligence raisonnable et si elle a, par conséquent, été négligente ou non.

[101] Une fois que la cour a établi qu’une conclusion constitue une question de fait et de droit, elle doit déterminer si l’erreur alléguée est une pure erreur de droit assujettie à la norme de la décision correcte. La majorité dans l’arrêt *Housen* a écrit ce qui suit au paragraphe 27 :

Une fois établi que la question examinée exige l’application d’une norme juridique à un ensemble de faits et qu’il s’agit donc d’une question mixte de fait et de droit, il faut alors déterminer quelle est la norme de contrôle appropriée et l’appliquer. Vu les diverses normes de contrôle qui s’appliquent aux questions de droit et aux questions de fait, il est souvent difficile de déterminer celle qui s’applique. Dans l’arrêt *Southam*, précité, par. 39, notre Cour a expliqué comment une erreur touchant une question mixte de fait et de droit peut constituer une pure erreur de droit, assujettie à la norme de la décision correcte :

... si un décideur dit que, en vertu du critère applicable, il lui faut tenir compte de A, B, C et D, mais que, dans les faits, il ne prend en considération que A, B, et C, alors le résultat est le même que s’il avait appliqué une règle de droit lui dictant de ne tenir compte que de A, B et C. Si le bon critère lui commandait de tenir compte aussi de D, il a en fait appliqué la mauvaise règle de droit et commis, de ce fait, une erreur de droit.

Par conséquent, ce qui peut paraître une question mixte de fait et de droit peut, après plus ample examen, se révéler en réalité une pure erreur de droit.

[102] The decision of the Governor in Council did not disagree with the CRTC on its factual determinations. It disagreed with the CRTC as to the conclusions to be drawn from those facts. This is quite apparent, for instance, with reference to the following “Whereas” clauses at page 3:

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

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

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

[103] This is also apparent in reading the schedule, much of which has been set out earlier in these reasons. I repeat paragraph 20:

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

[104] I conclude, therefore, that the Governor in Council has not made any different findings of fact than those found by the CRTC. However, the Governor in Council has drawn different conclusions from those findings. It has made a legal determination drawn from those facts. As such, the findings of the Governor in Council based on a legal determination are to be judicially

[102] Dans son décret, la gouverneure en conseil n’a pas remis en question les conclusions de fait du Conseil. Elle était en désaccord avec le Conseil quant aux inférences tirées sur le fondement de ces conclusions de fait, ce qui ressort clairement, par exemple, des « Attendu[s] » des pages 3 et 4 :

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

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

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

[103] Cela ressort également de l’annexe, dont la plus grande partie a été citée ci-dessus. Je reproduit de nouveau le paragraphe 20 :

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

[104] Je conclus donc que la gouverneure en conseil n’a pas tiré de conclusions de fait différentes de celles tirées par le Conseil. La gouverneure en conseil a toutefois fait des inférences différentes sur le fondement de ces conclusions de fait. Elle a tiré des conclusions de droit sur le fondement de ces faits. Par conséquent, la norme de contrôle applicable au décret de la gouverneure en

reviewed on a standard of correctness (*Dunsmuir*, above, at paragraph 50).

(c) Legal Findings

[105] As determined above, the decision of the Governor in Council involves legal findings and is to be determined on a standard of correctness. The governing legal provisions are those of the *Telecommunications Act*.

[106] The legal basis upon which the Governor in Council has stated that its decision was made has been set out at page 2 of the “Whereas” recitals:

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

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

Whereas Globalive, as a new entrant, was a successful bidder in the Advanced Wireless Spectrum licensing process and was issued spectrum licences by the Minister of Industry;

Whereas, in order to operate as a telecommunications common carrier in Canada, Globalive must satisfy the Canadian ownership and control requirements set out in the Act;

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

conseil pris sur le fondement des conclusions de droit est la décision correcte (*Dunsmuir*, précité, paragraphe 50).

c) Les conclusions de droit

[105] Comme je l’ai mentionné ci-dessus, le décret de la gouverneure en conseil renferme des conclusions de droit qui doivent être contrôlées selon la norme de la décision correcte. Les dispositions applicables se trouvent dans la *Loi sur les télécommunications*.

[106] La gouverneure en conseil a précisé le fondement légal de son décret aux pages 2 et 3 des « Attendu[s] » :

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

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

Attendu que Globalive, à titre de l’un de ces nouveaux venus, a été un soumissionnaire gagnant du processus d’attribution de licences du spectre des services sans fil évolués et que le ministre de l’Industrie lui a délivré des licences du spectre;

Attendu que pour être admise à opérer comme entreprise de télécommunication au Canada, Globalive doit satisfaire aux exigences de propriété et de contrôle canadiens énoncées dans la Loi;

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

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

[107] The Governor in Council has in many respects adhered to and acknowledged the Canadian telecommunication policy objectives as set out in section 7 of the Act. However, the Governor in Council has stepped outside those provisions by inserting a previously unknown policy objective into section 7; namely, that of ensuring access to foreign capital, technology and experience. Secondly it erred by limiting its decision to Globalive only. What is the effect of so doing?

[108] There is no doubt that the Governor in Council is bound by the Act and that the courts may, by way of judicial review, determine whether the Governor in Council has acted within or outside the provisions of the Act. The Supreme Court of Canada has recently followed such a practice in *Montréal (City) v. Montreal Port Authority*, 2010 SCC 14, [2010] 1 S.C.R. 427. LeBel J. for the Court wrote at paragraphs 33 and 47:

However, in a country founded on the rule of law and in a society governed by principles of legality, discretion cannot be equated with arbitrariness. While this discretion does of course exist, it must be exercised within a specific legal framework. Discretionary acts fall within a normative hierarchy. In the instant cases, an administrative authority applies regulations that have been made under an enabling statute. The statute and regulations define the scope of the discretion and the principles governing the exercise of the discretion, and they make it possible to determine whether it has in fact been exercised reasonably.

...

The respondents' decisions were consistent neither with the principles governing the application of the *PILT Act* and the *Regulations* nor with Parliament's intention. The way they exercised their discretion led to an unreasonable outcome that

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

[107] La gouverneure en conseil a, à de nombreux égards, fait siens et reconnu les objectifs de la politique canadienne en matière de télécommunication établis à l'article 7 de la *Loi sur les télécommunications*. Cependant, la gouverneure en conseil s'est écartée des dispositions de cet article lorsqu'elle a ajouté un nouvel objectif aux objectifs de la politique établis par l'article 7, à savoir garantir l'accès aux capitaux, à la technologie et au savoir-faire étrangers. Elle a également commis une erreur en affirmant que son décret ne visait que Globalive. Quelles en sont les conséquences?

[108] Il ne fait aucun doute que le gouverneur en conseil est lié par la *Loi sur les télécommunications* et que les tribunaux peuvent, par voie de contrôle judiciaire, établir si le gouverneur en conseil a respecté ou outrepassé les dispositions de la *Loi sur les télécommunications*. La Cour suprême du Canada a récemment adopté une telle approche dans l'arrêt *Montréal (Ville) c. Administration portuaire de Montréal*, 2010 CSC 14, [2010] 1 R.C.S. 427. Le juge Lebel, au nom de la Cour suprême, a écrit ce qui suit aux paragraphes 33 et 47 :

Toutefois, dans le cadre d'un État fondé sur la primauté du droit et d'une société régie par des principes de légalité, pouvoir discrétionnaire ne saurait être assimilé à arbitraire. Certes, ce pouvoir discrétionnaire existe, mais il s'exerce à l'intérieur d'un cadre juridique déterminé. L'acte discrétionnaire se situe dans une hiérarchie normative. Dans les présents dossiers, l'autorité administrative applique un règlement lui-même pris en vertu d'une loi habilitante. La loi et les règlements délimitent l'étendue du pouvoir discrétionnaire ainsi que les principes qui gouverneront son exercice et permettront d'apprécier le caractère raisonnable de celui-ci.

[...]

Lorsqu'elles ont pris leurs décisions, les intimées n'ont pas respecté les principes d'application du texte de la *LPRI* et du *Règlement* et l'intention du législateur. Cet exercice de la discrétion des intimées entraînait un résultat déraisonnable, qui

justified the exercise of the Federal Court's power of judicial review.

[109] The Supreme Court of Canada, in dealing with a decision of the Governor in Council in reviewing a decision of the CRTC in *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735, stated the same principles. Estey J. for the Court wrote at page 748:

Let it be said at the outset that the mere fact that a statutory power is vested in the Governor in Council does not mean that it is beyond review. If that body has failed to observe a condition precedent to the exercise of that power, the court can declare that such purported exercise is a nullity.

[110] He wrote further at page 752:

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

[111] The issues in the *Inuit Tapirisat* case are different from the issues in the present case in that *Inuit Tapirisat* was dealing with the procedural aspects concerning a decision of the Governor in Council. In the present case, we are dealing with the legal basis for such a decision.

[112] The Federal Court of Appeal in *Canada (Wheat Board) v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 214, [2010] 3 F.C.R. 374 had stated that it is settled law that the Governor in Council must stay within its boundaries of the enabling statute. Noël J.A. for the Court wrote at paragraph 37:

It is well-settled law that when exercising a legislative power given to it by statute, the Governor in Council must stay within the boundary of the enabling statute, both as to empowerment and purpose. The Governor in Council is otherwise free to

justifiait l'exercice du pouvoir de contrôle judiciaire de la Cour fédérale.

[109] La Cour suprême du Canada, alors qu'elle se penchait sur une décision du gouverneur en conseil qui avait révisé une décision du Conseil dans l'affaire *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735, a énoncé les mêmes principes. Le juge Estey, au nom de la Cour suprême, a écrit ce qui suit à la page 748 :

Il faut dire tout de suite que la simple attribution par la loi d'un pouvoir au gouverneur en conseil ne signifie pas que son exercice échappe à toute révision. Si ce corps constitué n'a pas respecté une condition préalable à l'exercice de ce pouvoir, la cour peut déclarer ce prétendu exercice nul.

[110] Le juge Estey a ajouté ce qui suit à la page 752 :

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

[111] Les questions en litige dans l'affaire *Inuit Tapirisat* sont différentes de celles en l'espèce : cette affaire portait sur les aspects procéduraux d'une décision rendue par le gouverneur en conseil. La présente affaire porte sur le fondement juridique d'une telle décision.

[112] La Cour d'appel fédérale, dans l'arrêt *Canada (Commission du blé) c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 214, [2010] 3 R.C.F. 374, a affirmé qu'il était bien établi en droit que le gouverneur en conseil doit demeurer dans les limites de la loi habilitante. Le juge Noël a écrit ce qui suit au nom de la Cour d'appel fédérale au paragraphe 37 :

Il est bien établi en droit que lorsque le gouverneur en conseil exerce un pouvoir conféré par une loi, il doit demeurer dans les limites de la loi habilitante en ce qui a trait à l'habilitation et à la finalité. Le gouverneur en conseil est à tous les autres

exercise its statutory power without interference by the Court, except in an egregious case or where there is proof of an absence of good faith (*Thorne's Hardware Ltd. et al. v. The Queen et al.*, [1983] 1 S.C.R. 106, page 111; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, [1980] 2 S.C.R. 735).

[113] A decision maker such as the Governor in Council is not only required to take into consideration the relevant statutory criteria, but also to exclude irrelevant criteria. Binnie J. for the majority of the Supreme Court of Canada in *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, 2003 SCC 29, [2003] 1 S.C.R. 539 wrote at paragraph 172:

The principle that a statutory decision maker is required to take into consideration relevant criteria, as well as to exclude from consideration irrelevant criteria, has been reaffirmed on numerous occasions.

[114] The same proposition was stated by Cory J. (as he then was) in delivering the judgment of the Ontario Divisional Court in *Doctors Hospital and Minister of Health et al., Re* (1976), 12 O.R. (2d) 164, at page 174:

It has been held that even if made in good faith and with the best of intentions, a departure by a decision-making body from the objects and purposes of a statute pursuant to which it acts is objectionable and subject to review by the Courts.

[115] The Governor in Council in this case misdirected itself in law, particularly as expressed in the “reasons” as set out in the following “Whereas” clauses [at pages 2 and 4]:

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

...

égard libre d'exercer son pouvoir conféré par la loi sans l'intervention de la Cour, sauf dans un cas flagrant ou lorsque la preuve établit l'absence de bonne foi (*Thorne's Hardware Ltd. et autres c. La Reine et autre*, [1983] 1 R.C.S. 106, page 111; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre*, [1980] 2 R.C.S. 735).

[113] Un décideur tel que le gouverneur en conseil est non seulement tenu de prendre en considération les critères légaux pertinents, mais il doit également exclure ceux qui ne le sont pas. Le juge Binnie, au nom de la majorité de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, 2003 CSC 29, [2003] 1 R.C.S. 539, a écrit ce qui suit au paragraphe 172 :

Le principe voulant que le décideur légal soit tenu de prendre en considération les critères pertinents, tout comme il se doit d'exclure ceux qui ne le sont pas, a été réitéré à maintes reprises.

[114] Le même principe a été énoncé par le juge Cory (plus tard juge à la Cour suprême du Canada) dans une décision de la Cour divisionnaire de l'Ontario dans l'affaire *Doctors Hospital and Minister of Health et al., Re* (1976), 12 O.R. (2d) 164, à la page 174 :

[TRADUCTION] Il a été statué que, même s'il est commis de bonne foi et avec la meilleure des intentions, tout manquement d'un organe décisionnel à l'objet de la loi qui l'autorise à agir est contestable et peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire par les tribunaux.

[115] La gouverneure en conseil en l'espèce a commis des erreurs de droit, particulièrement dans ses « motifs » formulés dans les « Attendu[s] » suivants [aux pages 3 et 5] :

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

[...]

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

[116] In the present case, the *Telecommunications Act* makes it clear in the opening portion of section 7 that telecommunications has an *essential* role in the maintenance of Canada's identity and sovereignty. Paragraph 7(d) states as a policy objective the *promotion* of ownership and control of Canadian carriers by Canadians. Section 16 of the Act requires legal control and control in fact to be Canadian.

[117] In the first of the above "Whereas" clauses, the Governor in Council misdirected itself in law by interpreting the Canadian ownership and control requirements of the *Telecommunications Act*, to use its words, "in a way that ensures access to foreign capital, technology and experience is encouraged". While the Governor in Council is correct in saying in the same clause that "the Act does not impose limits on foreign investment" it must be kept in mind that the Act does not refer anywhere to "foreign investment" or to "foreign capital, technology and experience". What the Act does say is that telecommunications has an essential role in the maintenance of Canada's identity and sovereignty and provides a policy objective which requires Canadian ownership and control to be promoted. There is no policy objective in the Act that encourages foreign investment. The Act provides tests as to Canadian ownership and control including in paragraph 16(3)(c) that a corporation not be *otherwise controlled* by a non-Canadian. The intent of the Act is clear that a situation such as this is to be determined in a manner so as to ensure that there is Canadian control. Where there is a concern that foreign investment and other factors may put Canadian control at risk then it is the promotion of Canadian control that is to be the essential criterion upon which the matter is to be determined. It is for Parliament not the Governor in Council to rewrite the Act.

Attendu que la gouverneure en conseil considère que le présent décret se fonde sur les faits propres à ce cas et n'a des répercussions directes importantes que sur Globalive; [Non souligné dans l'original.]

[116] En ce qui a trait à la présente affaire, la *Loi sur les télécommunications* prévoit clairement dans le passage introductif de l'article 7 que les télécommunications jouent un rôle essentiel pour l'identité et la souveraineté du Canada. L'alinéa 7d) établit que l'un des objectifs de la politique est la promotion de l'accession à la propriété des entreprises canadiennes, et à leur contrôle, par des Canadiens. L'article 16 de la Loi dispose que le contrôle de droit et le contrôle de fait doivent être canadiens.

[117] Dans le premier « Attendu » cité ci-dessus, la gouverneure en conseil a commis une erreur de droit lorsqu'elle a estimé que les exigences de propriété et de contrôle canadiens prévues par la *Loi sur les télécommunications* devaient être interprétées « de manière à favoriser l'accès aux capitaux, à la technologie et au savoir-faire étrangers ». La gouverneure en conseil a raison d'affirmer dans la même phrase que « la Loi ne limite pas l'investissement étranger dans les entreprises de télécommunication », mais il faut garder à l'esprit qu'il n'est aucunement question d'« investissement étranger » ni de « capitaux, à la technologie et au savoir-faire étrangers » dans la Loi. La Loi prévoit plutôt que les télécommunications jouent un rôle essentiel pour l'identité et la souveraineté du Canada et elle établit que l'un des objectifs de la politique est de promouvoir l'accession à la propriété des entreprises canadiennes, et à leur contrôle, par des Canadiens. Aucun des objectifs de la politique prévus par la Loi n'a pour but de favoriser l'investissement étranger. La Loi établit le critère lié à la propriété et au contrôle canadiens, notamment à l'alinéa 16(3)c), qui prévoit que la personne morale ne doit pas par ailleurs être contrôlée par des non-Canadiens. L'esprit de la Loi est clair : une affaire telle que celle en l'espèce doit être tranchée de façon à s'assurer que la personne morale est contrôlée par des Canadiens. Lorsque l'on craint que l'investissement étranger et d'autres facteurs constituent une menace envers le contrôle canadien, le critère essentiel dont il faut alors tenir compte pour trancher l'affaire est la promotion du contrôle canadien. Il appartient au législateur et non au gouverneur en conseil de réécrire la Loi.

[118] In the second of the above “Whereas” clauses, the Governor in Council acted outside the legal parameters of the Act in stating that its decision impacts only on Globalive. The Governor in Council cannot restrict its interpretation to one individual and not to others who may find themselves in a similar circumstance.

[119] These improper considerations were fundamental to the determination of the Governor in Council to reverse the decision of the CRTC. Therefore, the decision of the Governor in Council must be quashed.

CONCLUSIONS

[120] For the reasons provided, I have determined that the applicant Public Mobile has standing to seek judicial review of the decision of the Governor in Council dated 10 December 2009. That decision was based on errors of law and must be quashed.

[121] Counsel for Globalive submitted that, in the event that I made such a determination, it would be reasonable to stay the determination for a period of time so as to permit Globalive and any other relevant person to pursue such appeals and other remedies as may be available. I will stay my judgment for a period of 45 days.

COSTS

[122] I invited counsel for the parties to make submissions as to costs of the hearing. After discussion, it was determined that those submissions could be made after the release of these reasons. I invite counsel, therefore, to provide written submissions as to costs, both allocation and quantum, not to exceed 3 pages, within 30 days of the date of release of these reasons.

[123] No costs will be awarded for or against any of the interveners.

[118] Dans le deuxième « Attendu » cité cidessus, la gouverneure en conseil a outrepassé les dispositions de la *Loi sur les télécommunications* lorsqu’elle a affirmé que son décret ne visait que Globalive. La gouverneure en conseil ne pouvait pas limiter son interprétation à un seul intéressé à l’exclusion des autres intéressés qui pourraient se trouver dans une situation semblable.

[119] Ces considérations inappropriées étaient au cœur du décret de la gouverneure en conseil par lequel elle a modifié la décision du Conseil. Par conséquent, le décret de la gouverneure en conseil doit être annulé.

CONCLUSION

[120] Pour les motifs exposés cidessus, je conclus que la demanderesse Public Mobile a qualité pour solliciter le contrôle judiciaire du décret pris le 10 décembre 2009 par la gouverneure en conseil. Ce décret était fondé sur des erreurs de droit et doit être annulé.

[121] L’avocat de Globalive a avancé que, dans le cas où je rendrais une telle décision, il serait raisonnable d’en suspendre l’application pendant une certaine période de temps de façon à ce que Globalive et tout autre intéressé puissent interjeter appel ou exercer toute autre voie de recours s’offrant à eux. Je suspendrai l’application de mon jugement pour une période de 45 jours.

LES DÉPENS

[122] J’ai demandé aux parties de présenter des observations quant aux dépens liés à l’instruction. Après discussion, il a été décidé que ces observations seraient présentées après le prononcé des présents motifs. J’invite donc les avocats à fournir des observations écrites quant aux dépens, tant en ce qui concerne leur répartition que leur montant. Les observations doivent avoir au plus 3 pages et être présentées dans les 30 jours après la communication des présents motifs.

[123] Aucuns dépens ne seront adjugés en faveur des intervenants ou contre eux.

JUDGMENT

FOR THE REASONS PROVIDED, THIS COURT ADJUDGES that:

1. The application is allowed;
2. It is declared that the decision of the Governor in Council P.C. 2009-2008 dated December 10, 2009 is null and void in that it was determined on a basis in law not provided for in the *Telecommunications Act*, S.C. 1993, c. 38;
3. The decision of the Governor in Council aforesaid is quashed;
4. The provisions of paragraphs 2 and 3 of this judgment are stayed for a period of 45 days from the date of the release of the reasons and judgment herein;
5. No costs shall be awarded for or against any of the interveners;
6. Counsel for the remaining parties shall provide written submissions as to costs, both as to the allocation and quantum, not to exceed 3 pages in length, within 30 days from the date of the release of the reasons and judgment herein.

JUGEMENT

POUR LES MOTIFS EXPOSÉS, LA COUR STATUE :

1. La demande est accueillie;
2. Le décret C.P. 2009-2008 du 10 décembre 2009 pris par la gouverneure en conseil est infirmé parce qu'il était fondé sur des considérations juridiques étrangères à la *Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, ch. 38;
3. Le décret de la gouverneure en conseil mentionné ci-dessus est annulé;
4. L'application des paragraphes 2 et 3 du présent jugement est suspendue pour une période de 45 jours après la communication des présents motifs et jugement;
5. Aucuns dépens ne sont adjugés en faveur des intervenants ou contre eux;
6. Les avocats des parties doivent fournir des observations écrites sur les dépens, tant en ce qui concerne leur répartition que leur montant. Les observations doivent avoir au plus 3 pages et être présentées dans les 30 jours après la communication des présents motifs et jugement.