



Dossier OF-Fac-Oil-T260-2013-03 02
Le 2 octobre 2014

Maîtres David J. Martin, Tamara Duncan,
Casey L. Leggett et Sarah E. Sharp
Martin + Associates
863, rue Hamilton
Vancouver (Colombie-Britannique) V6B 2R7
Télécopieur : 604-682-4209

Ordonnance d'audience OH-001-2014
Trans Mountain Pipeline ULC (Trans Mountain)
Demande visant le projet d'agrandissement du réseau de Trans Mountain (le projet)
Madame Lynne M. Quarmby et coll. – Avis de requêtes du 6 et du 15 mai 2014
Décision n° 34

Le 6 mai 2014, l'Office national de l'énergie a reçu un [avis de requête](#) (requête fondée sur la *Charte*) de M^{mes} Lynne M. Quarmby, Ruth Walmsley, Shirley Samples et Tzeporah Berman, MM. Eric Doherty, John Vissers, John Clarke et Bradley Shende, et ForestEthics Advocacy Association (les requérants) alléguant que les exigences relative à la qualité pour agir contenues dans la *Loi sur l'Office national de l'énergie* (la *Loi*) ou les décisions de l'Office relatives à la participation à l'audience sur le projet portent atteinte à la liberté d'expression garantie par l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la *Charte*). Les requérants ont signifié un avis de question constitutionnelle le 5 mai 2014.

Le 15 mai 2014, l'Office a reçu un deuxième [avis de requête](#) (requête d'ordre procédural) des requérants sollicitant l'audition de la requête fondée sur la *Charte* dans le cadre d'une audience orale, aux motifs d'équité de la procédure et de la preuve.

Dans sa [lettre](#) (lettre relative à la procédure) du 26 mai 2014, l'Office a défini une période pour permettre aux parties de présenter leurs observations sur la substance de la requête fondée sur la *Charte* et les étapes qui devraient être ajoutées, s'il y a lieu, pour l'audition de cette requête. La période accordée pour les observations a pris fin le 11 juillet 2014. Dans sa lettre relative à la procédure, l'Office a précisé qu'il avait le loisir de rendre une décision sur la requête fondée sur la *Charte* en tenant uniquement compte des observations écrites et des pièces au dossier à cette date.

.../2

Les requérants ont déposé d'autres observations. L'Office a aussi reçu des commentaires de différents intervenants, de Trans Mountain¹ et du [procureur général du Canada](#) (le Canada).

Au vu du dossier devant lui, et pour les motifs exposés ci-dessous, l'Office rejette la requête d'ordre procédural et la requête fondée sur la *Charte*.

1. Requête d'ordre procédural des requérants

À titre d'observation préliminaire, l'Office n'est pas convaincu de la nécessité d'engager une autre procédure orale ou un autre processus pour statuer sur la requête fondée sur la *Charte*.

Selon lui, une telle démarche servirait principalement aux parties à produire et à tester d'autres éléments de preuve factuels. Le processus établi par l'Office a déjà donné aux parties qui le désiraient la possibilité d'exposer leurs points de vue en détail et de déposer des affidavits. L'Office est arrivé à la conclusion qu'il n'y a pas de désaccord profond entre les parties sur les faits pertinents à la requête. L'objet de leur désaccord se situe plutôt dans les règles de droit qui s'appliquent.

Dans leur requête d'ordre procédural du 15 mai 2014, les requérants évoquent deux motifs pour étayer leur demande d'audience orale. Ils soutiennent d'abord que l'obligation d'équité procédurale à laquelle l'Office est tenu en vertu de la common law exige que la requête soit instruite dans le cadre d'une audience orale. Ils affirment ensuite qu'une audience orale est requise pour établir les faits en litige et les faits législatifs sur lesquels l'Office doit se fonder pour rendre une décision sur la requête fondée sur la *Charte*. Dans les documents soumis en appui à leur requête, la [Ville de Burnaby](#), [Robyn Allan](#), la [Ville de Vancouver](#) et la [Première Nation Tsartlip](#) ont indiqué qu'ils souscrivaient à l'analyse des requérants.

Dans sa réponse, Trans Mountain s'est opposée à toute nouvelle procédure, affirmant que l'Office a le pouvoir de trancher les « questions de droit » soulevées dans la requête fondée sur la *Charte* à partir uniquement des observations écrites. Dans ses [observations](#), l'Association canadienne des producteurs pétroliers (ACPP) s'est aussi interrogée sur l'utilité d'une audience orale. Elle a fait valoir que la Cour d'appel fédérale et la Cour Suprême du Canada traitaient de nombreuses affaires sur pièces seulement.

Le Canada, pour sa part, a soutenu que le dossier de preuve de la requête fondée sur la *Charte* ne saurait être complet sans un contre-interrogatoire.

.../3

¹ Trans Mountain a présenté une première [réponse](#) à la requête fondée sur la *Charte* le 16 mai 2014 et une [réplique](#), le 30 juin 2014.

(a) Équité procédurale

La common law impose à l'Office une obligation d'équité procédurale chaque fois qu'il doit rendre une décision administrative qui touche les droits, privilèges ou biens d'une personne². Comme l'a écrit la Cour Suprême du Canada, l'obligation vise à garantir que les décisions « sont prises au moyen d'une procédure équitable et ouverte, adaptée au type de décision et à son contexte légal, institutionnel et social, comprenant la possibilité donnée aux personnes visées par la décision de présenter leur [sic] points de vue complètement ainsi que des éléments de preuve de sorte qu'ils soient considérés par le décideur³. »

Toutefois, selon la juge L'Heureux-Dubé :

L'existence de l'obligation d'équité (...) ne détermine pas quelles exigences s'appliqueront dans des circonstances données. Comme je l'écrivais dans l'arrêt *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, « la notion d'équité procédurale est éminemment variable et son contenu est tributaire du contexte particulier de chaque cas. » Il faut tenir compte de toutes les circonstances pour décider de la nature de l'obligation d'équité procédurale⁴.

Dans *Baker*, la Cour a énuméré cinq facteurs non exhaustifs qui sont utiles pour déterminer en quoi consiste l'obligation d'équité procédurale dans des circonstances données. Il s'agit des facteurs suivants :

- (1) la nature de la décision recherchée;
- (2) la nature du régime législatif;
- (3) l'importance de la décision pour les personnes visées;
- (4) les attentes légitimes des personnes;
- (5) les choix de procédures de l'organisme⁵.

Dans leur requête d'ordre procédural, les requérants abordent les facteurs (1), (3) et (4) et affirment qu'ensemble, ils [traduction] « nécessitent un degré élevé d'équité procédurale. »

Sur le point soulevé par les requérants pour qui la requête fondée sur la *Charte* exige une [traduction] « compétence du plus haut niveau qu'un tribunal peut être appelé à exercer », l'Office admet que le premier facteur mentionné dans *Baker*, soit la nature de la décision recherchée, milite en faveur d'un degré plus élevé d'équité procédurale. En rendant une décision sur les droits constitutionnels des requérants, l'Office exerce nécessairement une fonction qui s'apparente davantage à un processus décisionnel judiciaire.

.../4

² *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817 (« *Baker* ») au paragraphe 20.

³ *Baker*, par. 22.

⁴ *Baker*, par. 21.

⁵ *Baker*, par. 23-28.

Cependant, l'analyse des autres facteurs dont fait état la Cour dans *Baker* montre que celle-ci circonscrit cette obligation :

- (2) *Régime législatif* – Le régime législatif dont relève l'Office prévoit un examen du dossier par lui⁶ et, parallèlement, un droit d'appel auprès de la Cour d'appel fédérale⁷ sur les questions de droit et de compétence soulevées dans une requête fondée sur la *Charte*. Dans *Baker*, la Cour indique clairement qu'une protection procédurale plus importante est requise quand la loi ne prévoit aucune procédure d'appel⁸.
- (3) *Importance de la décision* – La décision de l'Office n'a pas comme effet de restreindre indûment et de façon généralisée la liberté d'expression des requérants, mais d'imposer à cette liberté d'expression des balises dans le contexte bien précis d'une audience quasi judiciaire. L'Office a aussi jugé que le projet ne « touche directement » aucun des requérants sauf un, et que la preuve déposée par le groupe est, en bonne partie, non pertinente à sa décision. Les limites à la participation fixées par l'Office ne sont pas plus contraignantes que celles que pourrait avoir à respecter un éventuel intervenant dans un autre forum administratif ou judiciaire.
- (4) *Attentes légitimes* – L'article 35 des *Règles de pratique et de procédure de l'Office national de l'énergie (1995)* (les Règles) stipule expressément qu'un avis de requête « est établi par écrit », tout comme la réplique et les réponses qui suivent. Ce n'est qu'au cours d'une audience orale, qu'un avis de requête « peut » être présenté de vive voix. Par conséquent, les attentes des requérants qui disent s'attendre à ce que l'Office tienne une audience orale sur la requête fondée sur la *Charte* ne sont pas justifiées, et ce, même si l'Office peut s'écarter des Règles à sa guise.
- (5) *Choix de la procédure*. L'alinéa 8b) de la *Loi* autorise l'Office à établir ses propres règles. Le paragraphe 22(1) des Règles lui permet de décider si une audience publique se déroulera oralement ou sur pièces. L'expérience que l'Office a acquise au fil de ses audiences auxquelles ont pris part de nombreux intervenants et qui ont comporté une preuve spécialisée le rend apte à choisir la procédure, y compris pour les requêtes, qui lui permettra de respecter les délais impartis par la *Loi*.⁹

.../5

⁶ *Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R.C. 1985, ch. N-7, par. 21(1); *Règles de pratique et de procédure de l'Office national de l'énergie (1995)*, DORS/95-208, s.-al. 44(2)b)(i).

⁷ *Loi sur l'Office national de l'énergie*, par. 22(1)

⁸ *Baker*, par. 24.

⁹ Dans le contexte du projet, voir le par. 52(4) de la *Loi*.

Au-delà des facteurs énumérés dans *Baker*, la Cour suprême a établi clairement qu'un processus sur pièces uniquement peut être suffisant pour respecter l'obligation d'équité procédurale, plus particulièrement le droit d'une partie à défendre sa cause¹⁰. Bien que les tribunaux aient parfois fait valoir qu'un processus oral était justifié, ils ont habituellement agi de la sorte pour juger de la crédibilité d'une personne¹¹. Et, même dans ces cas, la question de la crédibilité devrait être au cœur même de la décision. La Cour d'appel fédérale, par exemple, a affirmé qu'[traduction] « [u]n tribunal administratif n'est pas tenu pour des raisons d'équité d'ordonner la tenue d'une audience simplement parce qu'une question de crédibilité est soulevée à l'égard d'une affaire dont il est saisi, quand le dossier sur lequel sa décision repose renferme des pièces satisfaisantes pour rendre celle-ci »¹².

Le débat entre les parties sur la requête fondée sur la *Charte* ne soulève aucun problème de crédibilité. De fait, rien dans le témoignage par affidavit des requérants – qui porte sur les effets du changement climatique et le processus de l'Office concernant une demande de participation à une audience – n'a été contredit par les autres parties, dont les observations constituaient surtout un argument juridique.

Pour les motifs susmentionnés, l'Office considère qu'un processus sur pièces est suffisant pour satisfaire aux exigences en matière d'équité procédurale. Comme il en est fait plus longuement état au point (b) ci-dessous, ce processus a donné aux parties une occasion acceptable de confronter leurs prétentions.

(b) Faits en litige et faits législatifs

Dans leur requête d'ordre procédural, les requérants ont fait valoir que la nature constitutionnelle de la requête fondée sur la *Charte* exige de l'Office qu'il tienne une audience orale pour établir les faits en litige et les faits législatifs requis afin de déterminer l'incidence des dispositions de la *Loi* qui sont contestées.

Les requérants mentionnent à juste titre le fait que la Cour suprême a mis en garde contre la tentation de trancher des questions liées à la *Charte* dans un « vide factuel ». Cependant, en l'espèce, les affidavits supplémentaires déposés durant la période accordée par l'Office pour transmettre des commentaires ont déjà permis de constituer un dossier bien étoffé. Par ailleurs, les éléments évoqués dans la requête fondée sur la *Charte* n'exigent pas tous de façon nette ce dossier, car ils soulèvent des points de droit. Même dans l'arrêt cité par les requérants, la Cour relève spécifiquement un point qui lui est soumis et « qui n'exige pas de contexte factuel »¹³.

.../6

¹⁰ *Commission des Relations de Travail du Québec c. Canadian Ingersoll Rand Co.*, [1968] R.C.S. 695; *Nicholson c. Haldimand Norfolk (Regional) Police Commissioners*, [1979] 1 S.C.R. 311.

¹¹ *Singh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1985] 1 R.C.S. 11 Voir, p. ex., *Khan v. University of Ottawa* (1997), 34 O.R. (3d) 535 (Cour d'appel de l'Ontario) (une audience réputée nécessaire à la suite d'un appel par une étudiante d'une note entraînant un échec au motif que le cahier d'examen renfermant ses réponses à un examen a été égaré).

¹² *Nuosci c. Canada (Gendarmerie royale du Canada)* (1994), 46 A.C.W.S. (3d) 924 (CAF).

¹³ *MacKay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357, par. 22.

Les requérants n'approfondissent pas la « conclusion sur la crédibilité » qui, selon eux, pourrait être exposée dans le cadre d'une audience ni comment cette conclusion pourrait aider l'Office. Fondamentalement, l'argument pour une autre procédure orale repose sur la nécessité d'écouter des témoignages spécifiquement oraux ou, comme le soutient le Canada, de vérifier la validité de la preuve déjà déposée. Les parties ont, par ailleurs, eu tout le temps nécessaire pour consigner dans des affidavits les faits en litige et les faits législatifs essentiels à leur cause.

Sur cet aspect, le Canada, dans ses observations, a allégué que les déclarations des requérants selon lesquelles l'Office aurait porté atteinte à leur liberté d'expression [traduction] « justifieraient un examen plus approfondi de la question, surtout que le Canada a offert depuis une preuve que les requérants avaient utilisé de nombreuses formes d'expression. » Pourtant, les requérants n'ont pas contredit la preuve du Canada dans leur réplique. Ils ont plutôt fait valoir que l'Office constitue [traduction] « le seul forum valable où ils peuvent présenter leurs préoccupations à l'égard du projet proposé. »

S'il est vrai, d'une part, qu'un tribunal conclura généralement qu'une partie, en s'abstenant de mener un contre-interrogatoire sur les faits avancés par une autre partie, accepte elle-même cette preuve¹⁴, l'Office, d'autre part, n'est, en l'espèce, ni lié par des règles strictes de preuve ni par une quelconque exigence légale de mener lui-même un tel contre-interrogatoire.

Dès lors que la preuve devant l'Office est suffisante pour qu'il rende une décision en toute connaissance de cause, il n'accueillera pas une preuve pour le simple plaisir de la chose. En l'espèce, la nécessité d'un contre-interrogatoire n'a pas été démontrée. L'Office rendra une décision sur la requête fondée sur la *Charte* à partir de la preuve et des observations écrites qui ont été déposées.

En parvenant à cette conclusion, l'Office n'indique pas quelle procédure il aurait adoptée si l'on avait présenté devant lui au cours de la période consacrée aux commentaires une cause défendable de violation des dispositions de la *Charte*. L'exigence relative à un processus oral a nécessairement un but axé sur les faits, et l'Office pourrait juger nécessaire d'adopter une démarche de ce genre si, en se basant sur les faits propres à l'affaire dont il est saisi, il estime avoir besoin d'une preuve pour faire une analyse « dans des limites qui soient raisonnables », comme le précise l'article 1 de la *Charte*. Comme il l'a indiqué plus loin, l'Office juge que l'allégation des requérants qu'il y a eu atteinte à la liberté d'expression consentie par l'alinéa 2*b*) de la *Charte* n'est pas fondée.

.../7

¹⁴ Voir Sopinka, Lederman & Bryant, *The Law of Evidence in Canada*, 3^e éd. (Markham (On): LexisNexis, 2009) à 1162.

2. La requête fondée sur la *Charte* des requérants

La requête fondée sur la *Charte* renferme plusieurs points constitutionnels. Tout d'abord, les requérants demandent un jugement déclaratoire établissant que l'article 55.2 de la *Loi* porte atteinte à la liberté d'expression garantie par l'alinéa 2*b*) de la *Charte* (contestation de la *Loi*). L'article 55.2 se lit comme suit :

Si une demande de certificat est présentée, l'Office étudie les observations de toute personne qu'il estime directement touchée par la délivrance du certificat ou le rejet de la demande et peut étudier les observations de toute personne qui, selon lui, possède des renseignements pertinents ou une expertise appropriée. La décision de l'Office d'étudier ou non une observation est définitive.

Les requérants soutiennent qu'[traduction] « il ne fait aucun doute » que le critère [traduction] « directement touché » contenu dans la *Loi* et adopté par le Parlement en 2012 constitue une entrave à la liberté d'expression.

Les requérants soulèvent trois autres points et demandent, dans chaque cas, une déclaration établissant que l'Office a lui-même interprété l'article 55.2 de la *Loi*, par ailleurs constitutionnel, d'une manière déraisonnable qui viole l'alinéa 2*b*) de la *Charte*. En premier lieu, les requérants allèguent que l'Office a mis sur pied un processus de demande de participation inutilement complexe (contestation du processus de demande de participation). En second lieu, ils affirment que l'Office a préconisé une interprétation [traduction] « extrêmement limitée » du critère « directement touché » qui est indiqué dans la *Loi* dans sa [décision relative à la participation](#) (contestation de la décision relative à la participation). En troisième et dernier lieu, les requérants allèguent que l'Office a, de manière déraisonnable, exclu de son examen les effets environnementaux et socioéconomiques en amont et en aval (contestation de la liste des questions).

Comme réparation, les requérants demandent à l'Office de rouvrir le processus relatif à la demande de participation pour permettre à [traduction] « toutes les personnes intéressées et touchées par » le projet de participer [traduction] « pleinement » à l'audience et d'entendre la preuve concernant les effets environnementaux et socioéconomiques en amont et en aval du projet.

Dans sa réponse datée du 16 mai 2014 à la requête fondée sur la *Charte*, M^{me} Robyn Allan indique qu'elle appuie globalement la thèse des requérants. Pour sa part, la Première Nation Tsartlip, dans ses observations en date du 24 juin 2014, se dit d'accord avec les requérants et ajoute que l'exclusion par l'Office des effets environnementaux et socioéconomiques en amont et en aval du projet de sa [liste des questions](#) [traduction] « le prive d'une base d'information qui donnera un sens au processus de consultation. »

Dans sa réponse du 15 mai 2014, Trans Mountain s'est opposée à la requête fondée sur la *Charte* en soutenant que l'alinéa 2b) [traduction] « n'impose pas à l'Office une obligation formelle de permettre aux parties qui, selon lui, ne sont pas directement touchées ou ne détiennent pas des renseignements pertinents ou une expertise appropriée de prendre part au processus. » Dans ses observations en date du 30 juin 2014, l'ACPP adopte une position semblable.

Dans ses observations datées du 27 juin 2014, le Canada s'oppose aussi à la requête fondée sur la *Charte* sur la question de la contestation de la *Loi* au motif que l'alinéa 2b) [traduction] « ne garantit pas un droit de participation à toutes les parties qui souhaitent comparaître devant l'Office. »

Comme il l'a exposé ci-dessous dans cet ordre, l'Office n'est pas convaincu que les contestations de la *Loi*, du processus de demande de participation et de la décision relative à la participation, ou de la liste des questions, sont fondées.

(a) Contestation de la Loi

Le terme « expression », tel que défini par la Cour suprême du Canada, est une vaste notion : elle comprend toute activité qui transmet ou tente de transmettre une signification¹⁵. En l'espèce, il ne fait aucun doute que la requête fondée sur la *Charte* est une forme d'« expression », et ni Trans Mountain, ni l'ACPP, ni le Canada ne soutiennent le contraire.

Toutefois, la portée de l'expression « protégée » de l'État en vertu de l'alinéa 2b) de la *Charte* est plus limitée. La Cour a statué que la violence comme forme d'expression, par exemple, ne reçoit pas la protection de la *Charte*¹⁶, pas plus que le droit d'expression dans certains lieux à « accès restreint » appartenant à l'État¹⁷.

De même, depuis la décision rendue en 1993 dans l'arrêt *Haig c. Canada*, la Cour suprême du Canada a expressément reconnu que l'alinéa 2b) de la *Charte* imposait généralement une obligation « négative » de non-ingérence au gouvernement, mais pas une obligation « positive » d'assistance. Comme l'écrivait la Cour :

Selon le point de vue traditionnel, exprimé dans le langage courant, la garantie de la liberté d'expression énoncée à l'al. 2b) interdit les bâillons mais n'oblige pas à la distribution de porte-voix¹⁸.

.../9

¹⁵ *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 RCS 927 (*Irwin Toy*), p. 969.

¹⁶ *Irwin Toy* aux pages 969 et 970.

¹⁷ *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 CSC 62 (*Ville de Montréal*) au par. 79.

¹⁸ *Haig c. Canada*, [1993] 2 RSC 995 à la page 1035.

Dans sa décision ultérieure de 1994 rendue dans *Association des femmes autochtones du Canada c. Canada*, la Cour a déclaré ce qui suit au sujet de la liberté d'expression :

La liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte* ne garantit aucun mode précis d'expression ou n'impose au gouvernement aucune obligation positive de consulter quiconque. Notre Cour a, dans l'arrêt *Haig*, clairement rejeté le droit à une tribune précise ou à un mode précis d'expression¹⁹.

Dans l'arrêt *Baier c. Alberta*²⁰, rendu plus récemment, en 1997, la Cour a établi de la façon indiquée ci-dessous les conditions à prendre en considération pour conclure à une violation de la *Charte* dans les cas où des droits positifs sont revendiqués :

(1) la demande doit reposer sur des libertés fondamentales garanties par la *Charte* plutôt que sur l'accès à un régime légal précis; (2) le demandeur doit démontrer que l'exclusion du régime légal constitue une entrave substantielle à l'exercice de l'activité protégée par l'al. 2b) ou que l'objet de l'exclusion était de faire obstacle à une telle activité; (3) l'État doit pouvoir être tenu responsable de toute capacité d'exercer une liberté fondamentale²¹.

Trans Mountain et le Canada ont tous deux soutenu que les requérants revendiquaient un « droit positif » auquel le critère énoncé dans *Baier* s'applique.

De leur côté, les requérants prétendent qu'ils ne font que revendiquer l'accès à une tribune qui existe déjà et à laquelle ils ont eu recours dans le passé pour s'exprimer. Selon eux, donc, le test courant concernant la liberté d'expression garantie par l'alinéa 2b) de la *Charte* dans les lieux appartenant à l'État s'applique. La Cour suprême a défini ce critère dans l'arrêt *Ville de Montréal c. 2952-1366 Québec Inc.* de la façon suivante :

La question fondamentale quant à l'expression sur une propriété appartenant à l'État consiste à déterminer s'il s'agit d'un endroit public où l'on s'attendrait à ce que la liberté d'expression bénéficie d'une protection constitutionnelle parce que l'expression, dans ce lieu, ne va pas à l'encontre des objectifs de l'al. 2b) est censé favoriser, soit : (1) le débat démocratique, (2) la recherche de la vérité; et (3) l'épanouissement personnel. Pour trancher cette question, il faut examiner les facteurs suivants :

- a) la fonction historique ou réelle de l'endroit;
- b) les autres caractéristiques du lieu qui laissent croire que le fait de s'y exprimer minerait les valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression²².

.../10

¹⁹ *Association des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 RSC 627 au par. 73.

²⁰ 2007 CSC 31 (*Baier*).

²¹ *Baier* au par. 30.

²² *Ville de Montréal* au par. 74.

(i) *Application de l'arrêt Baier*

L'Office est convaincu que les conditions énoncées dans *Baier* s'appliquent dans le cas de la contestation de la *Loi*. Dans cet arrêt, la Cour a affirmé que les « droits positifs » sont en cause quand les requérants prétendent que le gouvernement « devrait légiférer ou prendre d'autres mesures pour appuyer ou permettre une activité expressive »²³. L'Office est d'avis que la contestation de la *Loi* constitue une telle revendication.

Entre autres choses, les requérants affirment que [traduction] « toutes les personnes intéressées et touchées par » le projet devraient pouvoir participer à une audience, une règle qui est beaucoup plus large que le critère « [toute personne] directement touchée » énoncé dans l'article 55.2. L'Office a pris en compte la décision de la *Greater Vancouver Transportation Authority*²⁴ citée par les requérants, mais il y voit une distinction. Contrairement à la restriction contestée dans *Vancouver*, l'article 55.2 s'intéresse à la question de savoir qui peut avoir recours à une tribune fournie par l'État et non ce qui peut être exprimé sur cette tribune.

En l'espèce, les requérants demandent essentiellement au gouvernement de légiférer pour soutenir leur participation en tant que groupe. Puisque les requérants allèguent que le critère de participation de l'Office en vigueur avant 2012 est valable pour établir que leur revendication s'applique à des droits négatifs et non positifs, le passage ci-dessous de *Baier* est intéressant :

Dans l'arrêt *Dunmore*, l'accès à la tribune d'origine législative en cause avait auparavant été étendu aux demandeurs, avant de leur être enlevé par une modification législative. La Cour a néanmoins conclu que le droit revendiqué était un droit positif. Il en va de même en l'espèce. Les appelants étaient auparavant inclus dans le régime législatif en cause. La Loi modificative les en a exclus. Aujourd'hui, ils demandent l'inclusion dans un régime législatif dont le champ d'application est restreint, élément qui est une caractéristique d'une demande visant un droit positif. Les appelants demandent en fait à la Cour de constitutionnaliser le régime antérieur²⁵.

En appliquant le critère énoncé dans *Baier*, l'Office juge que la requête fondée sur la *Charte* consiste à revendiquer un droit de participation au processus de l'Office et non l'exercice d'une liberté fondamentale. Les requérants cherchent à rouvrir le processus de demande de participation et à réviser les listes des questions de l'Office.

Les requérants ne contestent pas la preuve du Canada qu'ils ont eux-mêmes exprimée avec ferveur à l'extérieur du processus de l'Office sur les questions qu'ils entendaient porter à l'attention de celui-ci. Par conséquent, l'Office accepte cette preuve, qui dénote que les requérants se sont prononcés eux-mêmes en se prévalant de diverses tribunes, notamment des discussions en groupe, des éditoriaux de journaux, des entrées de blogues sur le Web, des articles et des rapports, des gazouillis, des assemblées publiques, des manifestations publiques et des pétitions²⁶.

.../11

²³ *Baier* au par. 35.

²⁴ *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiants et étudiantes – Section Colombie-Britannique*, 2009 CSC 31.

²⁵ *Baier* aux par. 37 et 38.

²⁶ Voir l'affidavit de Wendy Andrews joint aux observations du Canada.

L'argument des requérants selon lequel l'Office est la seule tribune qui importe fait écho à la prétention des appelants dans *Baier* concernant le « rôle tout à fait particulier » d'un poste de conseiller scolaire²⁷. La Cour suprême a rejeté cet argument en ces termes :

À mon avis, les appelants n'ont pas établi que le fait d'être en pratique exclus des conseils scolaires entrave substantiellement leur possibilité de s'exprimer sur les questions touchant le système d'éducation. La Loi modificative les prive peut-être d'un moyen d'expression en particulier, mais il n'a pas été démontré qu'il leur serait impossible, faute d'être inclus dans ce régime légal, de s'exprimer sur ce sujet. Comme l'a indiqué le juge Bastarache dans l'arrêt *Delisle*, au par. 41, une transmission moins efficace du message ne signifie pas que l'al. 2b) est violé. Il doit exister une entrave substantielle à une liberté fondamentale. Les employés d'écoles peuvent s'exprimer de bien d'autres façons qu'en se portant candidats aux élections des conseillers scolaires et en exerçant cette fonction²⁸.

Par ailleurs, l'Office a rendu la [décision n° 25](#) datée du 23 juillet 2014 portant sur des requêtes visant à modifier la liste des questions, qui avaient été déposées par la Ville de Vancouver et des parents de l'école élémentaire Cameron de Burnaby. Dans cette décision, l'Office a mentionné que tout lien entre le projet et les effets environnementaux en amont serait « indirect » et « pas nécessairement lié » à l'approbation du projet. Par conséquent, l'argument des requérants selon lequel l'Office est la seule tribune qui compte sur les questions de changement climatique est une mauvaise interprétation. Comme l'a souligné le Canada, les requérants ont à leur disposition de nombreuses options d'expression, et se sont déjà prévalus d'un certain nombre d'entre elles.

En outre, l'Office n'est pas persuadé que les contraintes imposées relativement à la participation à l'audience sur le projet entravent « substantiellement » le droit des requérants de s'exprimer. Ces limites, comme cela a été indiqué, ne sont pas différentes de celles qu'un éventuel intervenant aurait pu rencontrer dans tout autre forum administratif ou judiciaire. Plus important encore, elles ne restreignent nullement l'éventail des autres formes d'expression qui s'offrent aux requérants sur les questions qu'ils souhaitent soulever auprès de l'Office. Le fait d'avoir refusé au requérant le *mode* d'expression qu'ils privilégiaient ne signifie pas pour autant qu'on ait fait « substantiellement » entrave à leur liberté d'expression.

L'Office fait remarquer que les requérants n'ont pas donné suite à l'invitation qu'il a lancée dans sa lettre relative à la procédure à citer tout texte juridique particulier se prononçant sur la question de savoir si l'alinéa 2b) de la *Charte* imposait à un tribunal ou une cour quasi judiciaire une obligation de permettre à tout membre intéressé du public de participer à son processus.

Les requérants n'ont cité que l'arrêt *Doré c. Barreau du Québec*²⁹, où l'on indique que la proposition de l'Office de limiter la participation doit établir un juste équilibre entre les droits accordés par la *Charte* et les objectifs de la loi au moment de rendre des décisions. Ni les requérants ni aucune autre partie n'ont fourni de fondement juridique indiquant que l'on pouvait invoquer l'alinéa 2b) pour limiter un tribunal ou une cour relativement à ses décisions sur la capacité d'agir. Un tel précédent aurait d'importantes conséquences sur l'efficacité du système judiciaire.

.../12

²⁷ *Baier* au par. 44.

²⁸ *Baier* au par. 48.

²⁹ 2012 CSC 12.

Puisque l'analyse des deux premiers facteurs énoncés dans *Baier* suffisent pour rejeter la contestation de la *Loi*, l'Office ne juge pas nécessaire de s'attarder au troisième facteur ni, du reste, à analyser la requête sous l'angle de l'article premier de la *Charte*.

(ii) *Application de l'arrêt Ville de Montréal*

Même si l'Office avait erré en concluant que le critère énoncé dans *Baier* s'applique à la requête fondée sur la *Charte*, le critère privilégié par les requérants qui repose sur l'arrêt *Ville de Montréal* n'est pas d'une plus grande utilité pour la contestation de la *Loi*. En vertu de ce critère, la question est de savoir si l'Office, tribunal administratif quasi judiciaire, « est un endroit public où l'on s'attendrait à ce que la liberté d'expression bénéficie d'une protection constitutionnelle parce que l'expression, dans ce lieu, ne va pas à l'encontre des objectifs que l'al. 2b) est censé favoriser. »

Dans ses observations en date du 30 juin 2014, l'ACPP répond à cette question en ces termes :

[Traduction] L'Office n'est pas un endroit public comme peut l'être une aérogare. Ce n'est pas le côté d'un autobus. Ce n'est pas une voie publique ou un parc public, ou un autre lieu public du même genre. Il ne s'agit d'aucun type de lieux publics où on a constaté que la liberté d'expression était exercée ou où on s'attendrait à ce qu'elle le soit. Le débat politique entre citoyens n'a généralement pas plus sa place devant une cour que durant un processus quasi judiciaire. La salle d'audience de l'Office n'est pas la salle municipale.

Dans leur requête fondée sur la *Charte*, les requérants allèguent que l'Office a une fonction d'expression et que la participation du public est au cœur de son mandat. Selon l'Office, les requérants dénaturent le sens évident que la Cour donne au terme « expression » dans l'arrêt *Ville de Montréal*, comme l'incarne le passage suivant de cette décision :

Sa fonction – l'activité qui s'y déroule – est-elle compatible avec la libre expression publique? Ou s'agit-il d'une activité qui commande un certain isolement et un accès limité? Le droit d'entrer librement dans ce lieu et d'y présenter son message, par des paroles ou par des actes, serait-il compatible avec ce qui s'y fait? Ou les activités qui s'y déroulent s'en trouveraient-elles entravées? De nombreuses fonctions de l'administration publique, des réunions du Cabinet au simple travail de bureau, nécessitent un certain isolement. Élargir le droit à la liberté d'expression à de tels lieux pourrait bien compromettre la démocratie et l'efficacité de la gouvernance³⁰.

En ce qui concerne l'alinéa 2b), la question à débattre est de savoir si l'endroit appartenant à l'État qui est en cause est compatible avec la « libre expression publique ». Les tribunaux quasi judiciaires comme l'Office fixent invariablement des règles de procédure et de décorum ainsi que des règles relatives à la pertinence qui limitent la liberté d'expression. Ces lieux n'ont jamais été des tribunes permettant une expression libre et ouverte. À l'instar d'une cour, on ne peut pas entrer librement dans ce lieu et y présenter son message.

.../13

³⁰ *Ville de Montréal* au par. 76 (le soulignement est de nous).

L'Office encourage la participation du public à ses processus, non pas pour le plaisir de la chose, mais pour l'aider à remplir le mandat qui lui est conféré par la loi, soit de réglementer, dans l'intérêt du public canadien, les pipelines, la mise en valeur des ressources énergétiques et le commerce de l'énergie. Quand il s'agit d'une audience qu'il tient en application de l'article 52, la participation du public permet à l'Office de prendre connaissance de la preuve qui est pertinente aux questions qu'il doit trancher et qui ont trait à la sécurité, à l'environnement et aux points de vue des populations autochtones. Les éléments de preuve et les documents versés par les parties outillent l'Office pour formuler une recommandation éclairée au gouverneur en conseil sur la question de savoir si le projet est dans l'intérêt public ou non. Toutefois, sous ce régime légal, l'Office n'est tenu d'entendre que les personnes qu'il estime directement touchées par la réalisation d'un projet ou qu'il juge en possession de renseignements pertinents ou d'une expertise appropriée³¹.

Accorder un droit inconditionnel à la « libre expression publique » à l'Office se ferait incontestablement aux dépens de l'atteinte des objectifs qui lui sont prescrits par la *Loi*. Et, cela se ferait également au prix d'une valeur qui est au cœur de la garantie énoncée au point 2 b), soit la recherche de la vérité³². L'Office ne peut pas entendre, de manière efficiente, efficace et équitable, la preuve et les témoignages dont il a besoin pour juger si un projet est dans l'intérêt public s'il doit faire comparaître devant lui toutes les personnes qui souhaitent exprimer une opinion au sujet du projet en question.

Cela ne signifie pas pour autant que l'Office ne peut pas entendre un large éventail de points de vue pendant l'audience consacrée à un projet. L'Office a accordé le statut d'intervenant à environ 400 personnes ou groupes et celui d'auteurs de lettres de commentaires à quelque 1 250 demandeurs. Une telle participation permet à l'Office de recueillir les points de vue de personnes touchées par le projet envisagé par Trans Mountain provenant de toutes les sphères de la société canadienne.

Pour les raisons évoquées ci-dessus, l'Office juge que, même si le critère énoncé par la Cour suprême dans l'arrêt *Ville de Montréal* s'appliquait en l'espèce, la contestation de la *Loi* par les requérants serait vouée à l'échec.

(b) Autres contestations

Subsidiairement, les requérants ont contesté la prise de décision même de l'Office plutôt que la *Loi*. De façon plus précise, ils ont contesté son processus de demande de participation, sa Décision concernant la participation et la façon d'arrêter la liste des questions au motif que chaque élément contrevient à l'alinéa 2b) de la *Charte*. Par le fait même, selon les requérants, l'Office a outrepassé les pouvoirs qui lui sont accordés par la loi.

.../14

³¹ *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*, L.C. 2012, ch. 19, art.2(2).

³² *Ville de Montréal* au par. 74.

(i) *Contestation du processus de demande de participation*

Tout d'abord, les requérants allèguent que l'Office a mis sur pied un processus de demande de participation [traduction] « inutilement complexe » dont l'effet a été la suppression du droit de s'exprimer. Les requérants s'en prennent plus particulièrement à la procédure établie par l'Office concernant l'affichage des coordonnées des parties et l'échéancier pour déposer des documents. Les requérants laissent aussi entendre que l'alinéa 2b) accordent aux parties intéressées le droit de faire une brève déclaration orale.

Trans Mountain soutient que l'alinéa 2b) n'est pas en cause dans la prétention des requérants à l'égard de la demande de participation et affirme que [traduction] « ni l'État ni l'Office n'ont d'obligation positive de permettre aux requérants de participer à un processus donné. »

L'Office juge que l'analyse exposée dans *Baier* et évoquée précédemment s'applique aussi à la contestation de ses décisions. La revendication des requérants à l'égard du processus de l'Office n'est autre chose qu'une revendication de « droits positifs » selon laquelle l'Office doit modifier son processus pour permettre la participation « effective » des parties à l'audience. La demande repose sur les conditions d'accès des requérants à l'audience de l'Office, et non sur la liberté d'expression. Si l'on applique l'analyse de l'arrêt *Baier*, la « diminution » de la capacité de communiquer un message ne constitue pas l'entrave substantielle nécessaire à l'application de l'alinéa 2b)³³.

Selon le même raisonnement que dans le cas de la contestation de la *Loi*, l'Office est également d'avis que, si l'arrêt *Baier* ne s'applique pas, une analyse conforme à l'arrêt *Ville de Montréal* mène à la même conclusion, soit que les procédures de l'Office n'entraînent pas l'application de l'alinéa 2b).

Pour ces motifs, l'Office juge que la jurisprudence sur laquelle repose la demande des requérants, en l'occurrence *Doré c. Barreau du Québec*³⁴, ne soutient pas leur argument. Dans *Doré*, la Cour suprême a établi la nécessité pour les tribunaux, en rendant des décisions qui mettent en cause la *Charte*, qu'ils mettent « en balance la gravité de l'atteinte à la valeur protégée par la Charte, d'une part, et les objectifs que vise la loi, d'autre part »³⁵. La Cour exige qu'on se demande si « le décideur a restreint le droit protégé par la Charte de manière disproportionnée et donc déraisonnable³⁶. » Avant de faire cette analyse de justification, il faut avoir conclu au préalable qu'il y a eu atteinte aux droits protégés par l'alinéa 2b). Dans le cas présent, les requérants ne peuvent pas demander à l'Office d'utiliser l'analyse relative au juste équilibre élaborée dans *Doré* sans d'abord faire la démonstration de la façon dont les droits protégés par l'alinéa 2b) sont mis en cause par leur contestation du processus de demande de participation sur les tests applicables.

.../15

³³ *Longley c. Canada (Procureur général)*, 2007 CAON 852 au par. 109.

³⁴ 2012 CSC 12 (*Doré*)

³⁵ *Doré* au par. 56 (le soulignement est de nous).

³⁶ *Doré* au par. 6 (le soulignement est de nous).

Les requérants affirment que les séances d'information publiques de l'Office montrent de façon éloquente que son processus porte atteinte aux droits protégés par l'alinéa 2b). Cependant, comme cela est mentionné dans le document de l'Office déposé dans l'affidavit de Nikki Skuce, ces séances ne sont pas propres à l'audience pour le projet en cours, mais existent depuis plusieurs années, notamment pour l'audience sur le projet Enbridge Northern Gateway³⁷. Elles visent à faciliter l'accès à l'audience et, par ricochet, la capacité des participants à faire valoir leur point de vue auprès de l'Office. Ces séances d'information revêtent une importance particulière pour les participants qui ne connaissent pas bien le fonctionnement de l'Office ou d'un tribunal, ou ceux qui ne sont pas représentés par un avocat. L'Office fait remarquer qu'il existe peu de tribunaux qui n'offrent pas une forme ou une autre d'aide (que ce soit sous forme de documents ou de services) au public à l'égard de leurs procédures. Cette aide est une façon de reconnaître la courbe d'apprentissage qui est inhérente à toute procédure judiciaire.

(ii) *Contestation de la Décision concernant la participation*

La deuxième affirmation des requérants est que l'Office a enfreint l'alinéa 2b) en interprétant de façon indûment étroite la notion de « directement touché » contenue à l'article 55.2 de la *Loi*. Sans évoquer aucune erreur de droit précise dans la décision de l'Office, les requérants soutiennent que celui-ci a le pouvoir discrétionnaire – qu'il aurait dû exercer – d'appliquer une norme de droit public [traduction] « large et généreuse » à l'égard des droits à la participation.

Trans Mountain soutient que l'Office a appliqué une [traduction] « démarche raisonnable » dans son interprétation et son application de l'article 55.2 et que la prétention des requérants n'entraîne pas, une fois de plus, l'application de l'alinéa 2b) de la *Charte*.

Comme c'était le cas pour la contestation du processus de demande de participation, l'Office estime que l'arrêt *Baier* s'applique à la contestation de la Décision concernant la participation. Une fois encore, les requérants revendiquent des « droits positifs » selon lesquels l'Office doit agir de manière à élargir la tribune qu'il a mise en place pour permettre aux gens de s'exprimer afin qu'inclure un nombre encore plus grand de participants à l'audience. Pour les motifs susmentionnés, cette prétention ne résiste pas à l'analyse exposée dans *Baier*.

À l'instar de sa démarche relativement à la contestation du processus de demande de participation, l'Office n'a pas besoin de faire une analyse de l'équilibre entre les droits accordés par l'alinéa 2b) et les objectifs visés par la loi établie dans l'arrêt *Doré* dans les cas où les droits en question ne sont pas en cause.

.../16

³⁷ Affidavit de Nikki Skuce, au par. 8 (déposé avec la requête fondée sur la *Charte* en date du 6 mai).

En dépit de cela, l'Office est d'avis que l'application qu'il fait de l'article 55.2 produit un équilibre raisonnable entre le droit à la libre expression d'éventuels participants à l'audience et les objectifs de la loi. L'Office a notamment tenu compte des activités qu'exerce chaque requérant dans la zone prévue pour la réalisation du projet, des incidences de celui-ci sur l'environnement et des répercussions de celles-ci sur les activités du requérant. L'évaluation du critère des personnes « directement touchées » énoncé dans la *Loi* en fonction de la proximité entre ces éléments garantit à la plupart des personnes touchées par le projet une possibilité raisonnable de faire valoir leurs points de vue tout en instituant un processus efficient. L'Office a aussi tenu compte des intérêts et des conséquences directes de nature commerciale ou financière et de l'utilisation des terres et des ressources à des fins traditionnelles par les Autochtones.

Dans leur requête fondée sur la *Charte*, les requérants posent, pour la forme, la question suivante : [traduction] « comment un seul résident de la grande région de Vancouver, même, peut-il ne pas être touché directement par le projet? » L'Office est d'avis qu'une interprétation aussi large de l'article 55.2 entraverait la capacité de tout le monde de participer de façon significative à l'audience visant à étudier le projet. Elle empêcherait aussi la réalisation des objectifs qui sont communs à l'alinéa 2b) de la *Charte* au mandat conféré à l'Office par la loi – en l'occurrence la recherche de la vérité – en rendant impossible à gérer de façon fonctionnelle le déroulement opportun et la logistique entourant l'audience.

(iii) *Contestation de la liste des questions*

Enfin, les requérants allèguent que l'exclusion par l'Office des effets environnementaux et socioéconomiques en amont et en aval de sa liste des questions constituait une entrave à leurs droits de libre expression.

Trans Mountain a fait valoir que l'alinéa 2b) n'était pas en jeu dans la contestation de la liste des questions et a renchérit en soutenant qu'il serait déraisonnable d'exiger de l'Office qu'il se penche sur des questions qui ne sont pas de sa compétence.

L'Office n'est pas convaincu que les questions qu'il a incluses dans sa liste contreviennent à la liberté d'expression des requérants. Bien que le choix des questions qu'il a fait impose une restriction liée au contenu, cette restriction ne porte pas atteinte aux droits protégés par l'alinéa 2b) de la *Charte*. En appliquant le raisonnement de la Cour suprême dans l'arrêt *Greater Vancouver Transportation Authority*³⁸, l'Office arrive à la conclusion que l'arrêt *Ville de Montréal*, plutôt que *Baier*, s'applique en l'espèce. Toutefois, dans l'arrêt *Ville de Montréal*, la Cour suprême a clairement établi que les restrictions relativement au contenu dans des lieux publics ne mettent pas nécessairement en jeu l'alinéa 2b). Comme il l'a affirmé ci-dessus au sujet de la contestation de la *Loi*, même si de telles restrictions peuvent susciter un examen en vertu de la *Charte* quand elles concernent un parc public, elles sont indispensables à la gestion juste et efficiente d'une audience par un tribunal.

.../17

³⁸ *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiants et étudiantes – Section Colombie-Britannique*, 2009 CSC 31 au par. 35.

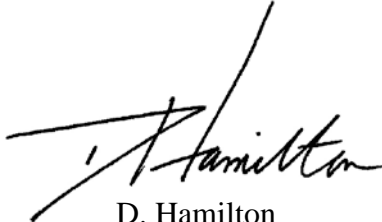
Étant donné que l'Office a conclu que l'alinéa 2b) n'était pas en jeu dans la contestation de la liste, il s'ensuit qu'il n'y a pas lieu d'effectuer une analyse d'équilibre comme celle élaborée dans *Doré*.

L'Office prend également acte des nombreuses objections de fond concernant la liste des questions dans le contexte de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*, des engagements pris en matière de changements climatiques à l'échelle mondiale et d'autres sujets, avec preuve à l'appui. Or, les requérants ont rattaché ces objections à leur argument constitutionnel fondé sur l'arrêt *Doré* en affirmant que les décisions de l'Office [traduction] « n'établissaient pas un juste équilibre entre ses obligations prévues par la loi et les droits garantis par la *Charte*³⁹. » Contrairement aux requêtes de la Ville de Vancouver et des parents de l'école élémentaire Cameron de Burnaby, rejetées par l'Office dans sa décision n° 25, les requérants ne contestent pas distinctement le contenu de la liste des questions. Par conséquent, leurs objections doivent porter sur la liste des questions elle-même.

3. Dispositif

Étant donné que les requérants n'ont pas démontré que l'article 55.2 ou les actions de l'Office relativement à l'audience sur le projet contrevenaient à la *Charte*, leurs demandes de jugement déclaratoire, ainsi que leur demande de rouvrir le processus de demande de participation et les listes des questions sont rejetées.

Par conséquent, la requête des requérants fondés sur la *Charte* en date du 6 mai 2014 et la requête d'ordre procédural datée du 15 mai 2014 sont rejetées.



D. Hamilton
Membre présidant l'audience



P. Davies
Membre



A. Scott
Membre

³⁹ Voir la requête fondée sur la *Charte*, au par. 100.

c. c. Courriel de Trans Mountain regulatory@transmountain.com

Tous les intervenants

Procureur général du Canada, à l'attention de Directeur régional principal
(télécopieur : 604-666-1585)

Procureur général de l'Alberta, à l'attention de section du droit constitutionnel et
autochtone (télécopieur : 780-425-0307)

Procureur général de la Colombie-Britannique, à l'attention de Division du droit
constitutionnel et administratif (télécopieur : 250-387-6411)

Procureur général du Manitoba, à l'attention de directeur du droit constitutionnel
(télécopieur : 204-945-0053)

Procureur général du Nouveau-Brunswick (télécopieur : 506-453-3651)

Procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador, à l'attention de gestionnaire des
organismes centraux et des politiques juridiques (télécopieur : 709-729-2129)

Procureur général des Territoires du Nord-Ouest, à l'attention de Directeur – Division
juridique (télécopieur : 867-873-0234)

Procureur général de la Nouvelle-Écosse, à l'attention de ministère de la Justice, division
des services juridiques (télécopieur : 902-424-4556)

Procureur général du Nunavut, à l'attention de Directeur – Division juridique et
constitutionnelle (télécopieur : 867-975-6349)

Procureur général de l'Ontario, à l'attention de directeur du droit constitutionnel
(télécopieur : 416-326-4015)

Procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard (télécopieur : 902-368-4910)

Procureur général du Québec, à l'attention de Procureur général
(télécopieur : 418-644-7030)

Procureur général de la Saskatchewan, à l'attention de Ministère de la Justice
(télécopieur : 306-787-9111)

Procureur général du Yukon, à l'attention de Sous-ministre adjoint
(télécopieur : 867-667-5790)